

VD_OMNI PS.2007.0084 vom 19. März 2008

VD Tribunal cantonal, 2008-03-19, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PS.2007.0084

FR: VD_OMNI PS.2007.0084 du 19 mars 2008

IT: VD_OMNI PS.2007.0084 del 19 marzo 2008

Regeste

X. /Caisse cantonale de chômage, Office régional de placement de Moudon | Assuré qui s'engage à commercialiser un assortiment de marchandises dans les domaines du chauffage et de l'énergie. Activité exercée en tant qu'agent exclusif et non pas sur la base d'un contrat de travail. Compte tenu de la nature indépendante de l'activité, la caisse a appliqué à tort la jurisprudence relative aux employés du service externe d'une entreprise en prenant en compte dès la conclusion du contrat un salaire horaire de 20 fr. à titre de gain intermédiaire. Dès lors que le recourant n'avait pas commencé son activité durant la période considérée, aucun montant ne peut être retenu à titre de gain intermédiaire. Recours contre la demande de restitution admis.

Erwägungen

E. 1

Déposé dans le délai de trente jours prévu par l'art. 60 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA; RS.830.1), le recours est au surplus recevable en la forme, de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

E. 2

Le litige porte sur la décision de la caisse de retenir un gain intermédiaire fictif calculé à raison de 20 francs de l'heure pour une occupation à 100% du 1^{er} septembre au 5 octobre 2006 d'une part, et d'exiger d'autre part la restitution d'un montant de 1'492.80 francs correspondant aux indemnités de chômage versées à tort durant la période du 1^{er} au 11 septembre 2006 et du 23 au 30 septembre 2006. a) A teneur de l'art. 95 al. 1 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI, RS.837.0), la demande de restitution est régie par l'art. 25 LPGA. Selon l'art. 25 al. 1 LPGA (première phase), les prestations indûment touchées doivent être restituées. La restitution ne peut être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile. Cette disposition est issue de la réglementation et de la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de la LPGA (ATF 130 V 319 consid. 5.2 et les références). Selon cette jurisprudence, développée à partir de l'art. 47 al. 1 de loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS; RS 831.10) dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002 et applicable par analogie à la restitution d'indemnités indûment perçues de l'assurance chômage (cf. ATF 122 V 368 consid. 3, 110 V 179 consid. 2a, et les références), l'obligation de restituer suppose que soient remplies les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale de la décision par laquelle les prestations en cause ont été allouées (cf. ATF C11/05 du 16 août 2005 et les références citées). La reconsidération et la révision sont désormais explicitement réglées à l'art. 53 al. 1 et 2 LPGA qui codifie la jurisprudence antérieure à son entrée en vigueur: selon un principe général du droit des assurances sociales, l'administration peut reconsidérer une décision

formellement en force de chose jugée sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée quant au fond, à condition qu'elle soit sans nul doute erronée et que sa rectification revête une importance notable. En outre, par analogie avec la révision des décisions rendues par les autorités judiciaires, l'administration est tenue de procéder à la révision d'une décision rentrée en force formelle, lorsque sont découverts des faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuves susceptibles de conduire à une appréciation juridique différente (ATF du 16 août 2005 précité, consid. 3 et les références). La jurisprudence du Tribunal fédéral ne définit pas la notion d'erreur manifeste. Les arrêts rendus se réfèrent simplement au caractère "sans nul doute erroné" de l'acte, qui est apprécié au regard des circonstances d'espèce (v. Tribunal administratif PS.2005.0037 du 11 mai 2005 et la jurisprudence citée). Quant à l'art. 53 LPGA, il s'est contenté de codifier les critères définis par la jurisprudence, sans apporter de précision particulière à ce sujet (v. Groupe de travail de la société suisse de droit des assurances, Rapport sur une partie générale du droit des assurances sociales, Berne 1984, pp. 32 et 53; U. Kieser, ATSG-Kommentar, § 33 ad art. 53, p. 542). On peut cependant admettre que la nécessité de revenir sur une décision entrée en force résulte toujours d'une contradiction entre ce qui a été décidé et l'état de fait et/ou l'application des bases juridiques pertinentes. En d'autres termes, l'erreur manifeste peut aussi bien résulter d'une fausse application du droit que de l'établissement des faits et leur appréciation (v. U. Kieser, op. cit., p. 134; le même, *Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung*, Zurich 1999, § 608, p. 297; P. Saladin, op. cit., p. 118).

b) En application de l'art. 24 al. 1 LACI, est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle; l'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain. En vertu de l'art. 24 al. 3 LACI, est réputée perte de gain la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux. Lorsque l'assuré réalise un revenu inférieur à l'indemnité de chômage à laquelle il peut prétendre, il a droit à des indemnités compensatoires pendant le délai-cadre d'indemnisation (art. 41a al. 1 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 -OACI; RS.837.02). Le revenu provenant d'un gain intermédiaire est pris en compte dans chaque période de contrôle pendant laquelle la prestation de travail est fournie (principe de survenance); la date à laquelle l'assuré réalise sa créance est sans importance (Seco, IC janvier 2007, C 133). La jurisprudence a précisé qu'un assuré ne perd pas son droit à l'indemnité du seul fait qu'un salaire, annoncé comme gain intermédiaire à la caisse de chômage, est inférieur aux usages professionnels et locaux. Dans cette hypothèse, il a droit à la compensation de la différence entre le gain assuré et le salaire correspondant aux usages professionnels et locaux (ATF 120 V 252 consid. 5e). Un salaire fictif, conforme à ces usages, remplace alors le salaire réellement perçu par l'assuré, pour le calcul de sa perte de gain (PS.2002.0016 du 11 août 2004 ; PS.2000.0011 du 28 août 2000 ; PS.1999.0145 du 23 mars 2000). Un salaire conforme aux usages professionnels et locaux est pris en compte dès le début du gain intermédiaire, même si aucun revenu n'a été réalisé pendant les premiers mois (Seco, IC janvier 2007, C 134). Ainsi, les indemnités compensatoires seront calculées sur la base du salaire conforme aux usages professionnels et locaux même si l'assuré ne réalise aucun gain ou seulement un gain minime (DTA 2002 n° 13 p. 110 consid. 5). En pratique, la caisse examine si le salaire est conforme aux usages professionnels et locaux en se fondant sur les prescriptions légales, la statistique des salaires, l'échelle des salaires usuelles dans l'entreprise ou de la branche, les contrats type ou les conventions collectives de travail. Elle

peut le cas échéant se procurer les directives émises par les associations professionnelles (Seco, IC janvier 2007, C 134). Une rétribution à la commission ne représente pas un salaire conforme aux usages professionnels et locaux si le revenu de l'assuré n'est pas en rapport avec sa prestation de travail (Seco, IC janvier 2007, ibidem). Pour les employés du service externe d'une entreprise rémunérés à la commission, il y a lieu de prendre comme salaire conforme aux usages professionnels et locaux un salaire horaire de 20 francs à compter du début du travail, même si l'assuré n'a réalisé aucun revenu pendant les premiers mois (ATF C 258/97 du 27 octobre 1997 publié in DTA 1998 p. 179; Seco, bulletin MT/AC 99/3 fiche 1/1). L'assuré qui prend une activité indépendante au nom de son obligation de diminuer le dommage a les mêmes droits que s'il prenait une activité salariée pour autant qu'il continue à remplir les conditions ouvrant le droit à l'indemnité de chômage, en particulier qu'il reste apte au placement (Seco, IC janvier 2007, C 144). La notion de revenu conforme aux usages professionnels s'applique également aux gains provenant d'une activité indépendante (ATFA C 12/01 non publié du 16 avril 2002, PS.2000.0198 du 19 juin 2002 ; seco, IC janvier 2007, C146) . Enfin, selon la jurisprudence, lorsqu'un assuré exerce une activité qui devrait normalement n'être fournie que contre rémunération mais que celle-ci fait défaut, par exemple en cas de bénévolat, il faut prendre en compte un gain intermédiaire présumé, soit le gain qui aurait normalement dû être réalisé eu égard aux usages professionnels et locaux (ATF 120 V 252 déjà cité; DTA 2000, n. 32), cela même si l'activité ne vise pas un but lucratif mais tend à maintenir l'assuré en situation d'être engagé sur le marché du travail (v. PS.2003.0023 du 5 septembre 2003). c) aa) Dans le cas d'espèce, la Caisse a considéré que le recourant avait conclu un contrat de travail avec Y. _____ à partir du 1 er septembre 2006 avec une rémunération à la commission et qu'il convenait de prendre en compte un gain intermédiaire dès cette date, ceci quand bien même le recourant explique avoir été en formation et n'avoir obtenu aucune rémunération durant la période durant laquelle il a été employé de la société (soit du 1 er septembre au 5 octobre 2006). La Caisse a calculé le gain intermédiaire en se fondant, en application de l'art. 24 al. 3 LACI, sur un salaire horaire fictif de 20 francs dès le 1 er septembre 2006, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral et aux directives du Seco relatives au salaire horaire d'un employé à plein temps exerçant une activité dans le service externe d'une entreprise et rémunéré à la commission (DTA 1998 p. 179 et Bulletin MT/AC 99/3 fiche 1/1précités). Sur cette base, elle a retenu au titre de gain intermédiaire un salaire mensuel fictif de 3'360 francs pour le mois de septembre 2006. bb) Il convient d'examiner si c'est à juste titre que la Caisse a considéré que le recourant avait conclu un contrat de travail avec Y. _____. Il convient plus particulièrement d'examiner si le contrat conclu le 22 août 2006 était un contrat de voyageur de commerce au sens des art. 347 et suivants CO, soit un contrat de travail, ou plutôt un contrat d'agence. L'agent et le voyageur de commerce exercent une fonction économique identique: tous deux sont des représentants qui doivent établir ou maintenir la liaison entre l'entreprise dont ils proposent les produits et la clientèle. Mais le voyageur de commerce se trouve dans un rapport juridique de subordination à l'égard de son employeur, caractéristique du contrat de travail (Christiane Brunner, Jean-Michel Bühler et Jean-Bernard Waeber, Commentaire du contrat de travail, deuxième éd. p. 302). En l'occurrence, l'instruction a permis d'établir qu'on ne retrouvait pas dans les relations entre le recourant et Y. _____ les éléments caractéristiques du contrat de travail, à savoir notamment le devoir de suivre des instructions et l'obligation de rendre compte de son activité (cf. Christiane Brunner, Jean-Michel Bühler et Jean-Bernard Waeber, op. cit. p. 10). Il résulte en effet du courrier d'Y. _____ du 18 janvier 2008 que le recourant était libre

dans l'organisation de son travail, qu'il n'avait pas de comptes à rendre à Y._____ et qu'il n'était pas censé recevoir des instructions. Le contrat s'apparentait ainsi plutôt à un contrat d'agence, à savoir le contrat par lequel un mandant charge à titre permanent une personne de négocier pour lui la conclusion d'affaires ou d'en conclure en son nom et pour son compte, sans être lié à lui par un contrat de travail (cf. art. 418 a CO). A la différence du travailleur, l'agent agit à titre indépendant, sans être lié au mandant par un rapport de dépendance (cf. Pierre Tercier, Les contrats spéciaux, deuxième éd. p. 534 no 4357 et références). d) Vu ce qui précède, c'est à tort que la Caisse a considéré que le recourant était lié à Y._____ par un contrat de travail dès le 1^{er} septembre 2006 et qu'elle a appliqué la jurisprudence concernant les employés du service externe en prenant en compte à titre de gain intermédiaire une rémunération horaire de 20 francs. Dès lors que le recourant exerçait une activité indépendante en tant qu'agent exclusif et n'était pas lié par un contrat de travail, c'est également à tort que la Caisse a appliqué le principe selon lequel un salaire conforme aux usages professionnels et locaux doit être pris en compte dès la conclusion du contrat, même si l'activité exercée ne procure aucun revenu. Même si le contrat a été conclu à partir du 1^{er} septembre 2006, force est de constater que le recourant, en raison de la formation qu'il devait suivre, n'a en réalité pas pu commencer son activité à ce moment là et qu'il n'a pas travaillé durant le mois de septembre 2006. Dans ces circonstances, s'agissant d'une activité exercée à titre indépendant qui n'avait pas encore débuté, on ne saurait retenir l'existence d'un gain intermédiaire en application de l'art. 24 al. 3 LACI. En tous les cas, on ne saurait considérer qu'en versant les indemnités de chômage du mois de septembre 2006 sans prendre un compte un gain intermédiaire, la Caisse aurait commis une erreur manifeste l'autorisant à reconsidérer sa décision en application de l'art. 53 al. 2 LPGA.

E. 3

Il résulte de ce qui précède que le recours doit être admis et les décisions attaquées annulées, l'arrêt étant rendu sans frais ni dépens.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.