

# **BGE 121 V 353**

Bundesgericht (BGE), 1995-03-20, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_121 V 353](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_121_V_353)

FR: ATF 121 V 353

IT: DTF 121 V 353

## **Regeste**

Regeste Art. 11 Abs. 1 und Art. 24 Abs. 2 AVIG. - Zwischenverdienst; anrechenbarer Verdienstausschlag. Bestätigung der Rechtsprechung. - Bei Vorliegen von Zwischenverdienst ist die Arbeitslosenentschädigung unabhängig von der Grösse des Arbeitsausfalls allein aufgrund des Verdienstausschlages gemäss Art. 24 Abs. 2 AVIG zu berechnen.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le litige porte sur le droit de l'intimée aux indemnités de chômage à partir du 1er janvier 1993.

### **E. 2**

L'assuré a droit à 80 pour cent de la perte de gain aussi longtemps que le nombre maximum d'indemnités journalières (art. 27) n'a pas été atteint.

### **E. 3**

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. Les gains accessoires ne sont pas pris en considération (art. 23, 3e al.).

### **E. 4**

a) Dans deux arrêts de principe ( ATF 120 V 502 , 233), le Tribunal fédéral des assurances s'est prononcé sur la portée du nouvel art. 24 LACI , dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 1992 (Voir aussi GERHARDS, Zwischenverdienst, SZS 1994 pp. 331 ss, et SPIRA, Prise en considération du gain intermédiaire, RSA 1995 pp. 15-16). Analysant les travaux préparatoires de cette nouvelle norme légale, le tribunal a considéré que la volonté du législateur était d'admettre qu'en matière de gain intermédiaire, l'indemnité de chômage se calcule en fonction de la perte de gain subie, quelle que soit la durée de la perte de travail en cause, et non pas en fonction de la perte de travail, comme l' art. 11 LACI le prévoit. En d'autres termes, toutes les formes d'activités lucratives qui étaient qualifiées par le passé de travail à temps partiel (art. 18 al. 1 en liaison avec les art. 22 sv. LACI), de gain intermédiaire (ancien art. 24 LACI ), ou de travail de remplacement (ancien art. 25 LACI ), tombent désormais sous le coup du nouvel art. 24 LACI . Il s'ensuit que les méthodes de calcul de l'indemnité exposées dans les arrêts ATF 112 V 229 et 237 n'ont désormais plus cours. BGE 121 V 353 S. 359 Par ailleurs, à l'exception du cas prévu à l' art. 24 al. 4 LACI , la nouvelle réglementation en matière de gain intermédiaire ne prend plus en compte aucune limite temporelle, en dehors de celle du délai-cadre. Dès lors, les éléments d'appréciation - aléatoires - qui étaient contenus dans l'ancien droit (le caractère provisoire et précaire de l'activité exercée) et qui donnaient lieu à des difficultés d'application, ne

doivent plus être pris en considération lors de l'application du nouvel art. 24 LACI . b) Cela étant, si durant la période de contrôle en cause, un assuré accepte un travail dont la rémunération n'est pas réputée convenable au sens de l' art. 16 LACI , il a droit à l'indemnisation de sa perte de gain en vertu de l' art. 24 al. 1 et 3 LACI . En revanche, si pendant cette même période, l'assuré exerce une activité lucrative réputée convenable, qui lui procure désormais un revenu correspondant au moins à celui de l'indemnité de chômage, on ne se trouve plus en présence d'un gain intermédiaire au sens de l' art. 24 LACI . Quant au point de savoir si une activité doit être qualifiée de convenable ou non, en particulier eu égard au salaire offert, il s'apprécie en fonction d'un rapport de travail déterminé. En bref, selon cette jurisprudence, un chômeur partiel ne saurait prétendre des indemnités de chômage, lorsque le revenu qu'il tire de son activité lucrative dépendante et résiduelle satisfait aux conditions d'un travail convenable, et notamment excède le montant de l'indemnité maximale (80% de la perte de gain prise en considération) qu'il pourrait toucher en cas de chômage complet ( ATF 120 V 502 consid. 8c et ATF 120 V 233 consid. 5c).

#### **E. 5**

a) En l'espèce, à partir du 1er janvier 1993, l'intimée a continué à exercer son activité lucrative de secrétaire à temps partiel, mais avec un horaire de travail réduit de 10% seulement. Elle a donc le statut de chômeuse partielle, le revenu qu'elle tire de cette activité constituant un gain intermédiaire au sens de l' art. 24 LACI ( ATF 120 V 502 consid. 8a-b; ATF 120 V 233 consid. 5a-b). b) S'agissant du salaire mensuel que l'intimée retire de son activité lucrative (3'709 francs), le recourant considère, en comparant ce revenu à celui d'une activité exercée à plein temps, qu'il est inférieur d'environ 18% à celui que l'assurée gagnait jusqu'au 27 avril 1992. Ce mode de calcul, consistant à comparer (par extrapolation) le revenu théorique d'une activité à plein temps avec un ancien salaire effectif ne peut être confirmé, car il ne trouve aucun appui dans la loi. En effet, si le salaire de 3'709 francs est conforme aux usages professionnels et BGE 121 V 353 S. 360 locaux, comme l'admet l'OFIAMT, cela signifie que l'intimée subit une perte de gain effective de 1'274 francs (4'983 francs - 3'709 francs), soit environ 25% du salaire qu'elle touchait jusqu'au 27 avril 1992 et non pas une perte théorique de seulement 18%. c) Par ailleurs, on l'a vu au consid. 4a ci-dessus, il résulte clairement de la nouvelle réglementation du gain intermédiaire que l'indemnité due à un assuré en vertu de l' art. 24 al. 2 LACI doit être calculée uniquement en fonction de la perte de gain et indépendamment de l'ampleur de la perte de travail, ce qui constitue une dérogation à l' art. 11 al. 1 LACI . En bonne logique, cela signifie donc que la prétendue "zone grise" dont parle l'OFIAMT dans son recours n'existe pas. En effet, est seule décisive l'étendue de la perte de gain subie, même si la perte de travail n'atteint pas le minimum fixé par l' art. 11 al. 1 LACI , comme c'est le cas en l'espèce. Sur le principe, le droit de l'intimée aux indemnités de chômage doit par conséquent être reconnu, cette dernière pouvant prétendre la compensation de sa perte de gain effective, jusqu'à concurrence de 80% de celle-ci. Le recours de l'OFIAMT est mal fondé.

#### **E. 6**

Aux termes du dispositif de l'arrêt attaqué, la cause est renvoyée au Département de l'économie publique, pour qu'il statue sur le recours de B. dirigé contre la décision de la Caisse cantonale neuchâteloise d'assurance contre le chômage du 24 mars 1993, relative à l'indemnisation du chômage subie par l'assurée en février 1993 (supra, consid. 3a). Il paraît dès lors utile, par économie de procédure, d'attirer l'attention des parties sur les éléments suivants: a) S'agissant du cas particulier du mois de février 1993, qui ne comptait que 20

jours ouvrables, la Cour de céans a récemment jugé qu'il fallait également tenir compte de la règle de l' art. 40a OACI lors de la comparaison de l'indemnité de chômage avec le gain assuré, lorsque les hasards du calendrier aboutissent à des solutions inéquitables ( ATF 121 V 51 , ainsi que l'arrêt non publié OFIAMT c. F. du 13 mars 1995). En particulier, le Tribunal fédéral des assurances a considéré ce qui suit dans l'arrêt F.: aa) Sous le titre marginal "Conversion du gain mensuel en gain journalier", l' art. 40a OACI dispose en effet que "le gain journalier se détermine en divisant le gain mensuel par 21,7"; quant à l'indemnité journalière, elle équivaut d'après l' art. 22 al. 1 LACI - dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 mars 1993 - aux 80% du gain assuré journalier. Ainsi, BGE 121 V 353 S. 361 une saine comparaison exige que ce facteur soit également pris en compte lors de la détermination de l'indemnité journalière. Dans ces conditions, lorsqu'il s'agit de déterminer si le gain intermédiaire réalisé par un assuré travaillant à temps partiel est inférieur ou non à l'indemnité à laquelle il aurait droit (cf. art. 16 al. 1 let . e LACI), l'indemnité journalière doit être comparée avec le gain journalier dont il est question à l' art. 40a OACI , ce dernier étant lui-même calculé en divisant le salaire mensuel par 21,7. Dès lors, en se référant aux principes exposés ci-dessus au consid. 3b, on doit admettre que si le gain journalier est inférieur à l'indemnité journalière, on se trouve également en présence d'un gain intermédiaire, de sorte que les conditions permettant de compenser la différence sont remplies au sens de l' art. 24 al. 2 et 3 LACI . A l'inverse, si le gain journalier est supérieur à l'indemnité journalière, il ne s'agit pas d'un gain intermédiaire. bb) Cette solution présente d'une certaine manière l'avantage de mettre sur pied d'égalité les assurés rémunérés mensuellement avec ceux qui perçoivent un salaire horaire. Elle s'accorde du reste avec la lettre et l'esprit des art. 21 LACI et 40a OACI, dans la mesure où un chômeur n'a nullement droit à une indemnité de chômage représentant 80% de son salaire assuré, mais bien à une indemnité journalière équivalant à 80% du salaire journalier assuré. Au demeurant, dans un arrêt non publié B. du 27 août 1985, la Cour de céans avait considéré que l' art. 40a OACI n'est pas contraire à la loi. b) C'est ainsi que dans l'affaire F. précitée, le salaire mensuel de l'assuré intimé se montait à 6'509 francs, ce qui correspond à un gain journalier assuré de 299 fr. 95 (6'509 fr. : 21,7); l'indemnité journalière s'élève donc à 239 fr. 95 (80% de 299 fr. 95). L'intimé réalisait un gain intermédiaire de 4'882 fr. 60 à la suite de la réduction de son horaire de travail, ce qui équivaut à un gain journalier brut de 225 francs (4'882 fr. 60 : 21,7). Ce montant de 225 francs étant inférieur à celui de l'indemnité journalière (239 fr. 95), le Tribunal fédéral des assurances a jugé que pour le mois de février 1993, l'assuré avait droit à la compensation de la différence entre le salaire assuré et son gain intermédiaire, conformément à l' art. 24 al. 2 et 3 LACI .

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