

# **BGer C 168/04 vom 27. September 2005**

Bundesgericht, 2005-09-27, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_C\\_168\\_04](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_C_168_04)

FR: TF C 168/04 du 27 septembre 2005

IT: TF C 168/04 del 27 settembre 2005

## **Regeste**

Assurance-chômage

## **Erwägungen**

### **E. 1**

La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'assurance-chômage. Cependant, le cas d'espèce reste régi par les dispositions de la LACI en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement pertinents se sont produits ( ATF 129 V 4 consid. 1.2, 127 V 467 consid. 1). En outre, le Tribunal fédéral des assurances apprécie la légalité des décisions attaquées, en règle générale, d'après l'état de fait existant au moment où la décision litigieuse a été rendue ( ATF 129 V 4 consid. 1.2, 121 V 366 consid. 1b). Pour les mêmes motifs, les dispositions de la nouvelle du 22 mars 2002 modifiant la LACI, entrée en vigueur le 1er juillet 2003 (RO 2003 1728), ainsi que les dispositions de l'OACI modifiées le 28 mai 2003, entrées en vigueur le 1er juillet 2003 également (RO 2003 1828), ne sont pas non plus applicables.

### **E. 2.1**

Aux termes de l' art. 23 al. 1 1<sup>ère</sup> phrase LACI, est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence, y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement, dans la mesure où elles ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail. Cette disposition ne définit pas la période de référence pour le calcul du gain assuré. Le législateur a délégué cette compétence au Conseil fédéral qui en a fait usage en édictant l'art. 37 aOACI dont le premier alinéa se réfère, à titre de règle générale, au dernier mois de cotisation précédant le début du délai-cadre d'indemnisation. Des exceptions sont prévues aux alinéa 2 et 3 afin de permettre de tenir compte des fluctuations du revenu de l'assuré qui peuvent résulter, par exemple, de changements réitérés d'emplois, le cas échéant exercés à temps partiel, de la fixation du revenu en fonction du résultat ou encore du fait que l'assuré qui est partie à un rapport de travail durable n'est occupé que sur appel avec une fréquence variable ( ATF 121 V 172 consid. 4b et les arrêts cités, Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], n° 316, p. 120 ss).

### **E. 2.2**

Indépendamment du principe prévu à l'al. 1 de l'art. 37 aOACI et de ses exceptions (al. 2 et 3), l'al. 3bis de cette disposition règle les situations dans lesquelles les variations du salaire sont dues à un motif particulier, à savoir «l'horaire de travail usuel dans la branche» ou le

«genre du contrat de travail». Le gain assuré est alors calculé «sur les douze derniers mois, mais au plus sur la moyenne de l'horaire de travail convenu contractuellement». Selon la jurisprudence, le terme «mois» figurant à l' art. 37 al. 3bis OACI désigne les mois civils, les mois durant lesquels l'assuré n'a pas exercé d'activité n'étant pas pris en compte au nombre des douze derniers mois au sens de cette disposition ( ATF 121 V 177 consid. 4e). Celle-ci vise tout spécialement les personnes mentionnées à l' art. 8 al. 1 OACI , soit celles qui exercent des professions avec des changements de place fréquents ou des engagements de durée limitée, notamment les acteurs et les artistes ( ATF 121 V 173 consid. 4b in fine, DTA 2001 n° 15, p. 153 consid. 2c).

### **E. 3.1**

Etant donné la profession exercée par la recourante, le gain assuré doit être calculé selon l' art. 37 al. 3bis OACI . Comme l'ont à juste titre retenu les premiers juges, l' art. 37 al. 3ter OACI ne trouve en revanche pas application - ce que la recourante ne conteste du reste pas. En effet, cette disposition n'entre pas en considération lorsque, comme en l'espèce, les périodes de cotisation n'ont pas été exclusivement accomplies durant le délai d'indemnisation échu (Nussbaumer, op. cit., n° 321, p. 121), la recourante ayant réalisé des revenus après la fin du précédent délai-cadre, écoulé le 6 février 2002.

### **E. 3.2**

En l'occurrence, la période de référence s'étend du 14 avril 2001 au 13 avril 2002 (dernier jour de travail accompli par la recourante; cf. ATF 121 V 172 ss consid. 4). Des décomptes de l'intimée (cf. en particulier, courrier du 31 mars 2003 au juge instructeur du Tribunal administratif du canton de Vaud), il ressort que la totalité des gains réalisés par la recourante durant cette période s'élève à 15'208 fr. (y compris les indemnités compensatoires). Dans son calcul, confirmé par les premiers juges, l'intimée a divisé ce montant par 5,98 mois civils pour retenir un gain assuré de 2'547 fr. 40 (recte : 2'543 fr. 15).

### **E. 4.1**

Sans remettre en cause l'application de l' art. 37 al. 3bis OACI en tant que telle, la recourante conteste le mode de calcul appliqué par l'intimée et confirmé par les premiers juges. Selon elle, calculer le gain assuré en divisant la somme des gains intermédiaires réalisés dans la période de référence par le nombre de mois durant lesquels l'assuré a exercé une activité, en prenant en compte le mois entier même s'il n'a travaillé que pendant quelques jours de ce mois, violerait les principes de l'interdiction de l'arbitraire, de la légalité et de l'égalité de traitement. Au travers de divers exemples chiffrés, la recourante expose que pour un salaire identique, on aboutit à un gain assuré différent en fonction d'une répartition, également différente, des périodes pendant lesquelles les revenus à considérer ont été obtenus. Plus les emplois sont de courte durée - et donc répartis sur un nombre de mois plus élevé - et plus le calcul prescrit par l' art. 37 al. 3bis OACI conduit à un résultat plus défavorable pour l'assuré. Ainsi, dans son cas, le gain assuré se trouve réduit du fait que l'intimée a pris en compte un revenu réalisé pendant trois jours seulement (en octobre 2001) au cours d'un mois civil.

### **E. 4.2**

Les principes de l'égalité ( art. 8 Cst , 4 aCst.) et de l'interdiction de l'arbitraire ( art. 9 Cst. , art. 4 aCst. ) sont étroitement liés. Une décision est arbitraire lorsqu'elle ne repose pas sur des motifs sérieux et objectifs ou n'a ni sens ni but. Elle viole le principe de l'égalité de traitement lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif

raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou lorsqu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances. L'inégalité de traitement apparaît ainsi comme une forme particulière d'arbitraire consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait être traité de manière semblable ou inversement (cf. ATF 125 I 4 consid. 2b/aa et les références citées). Ces principes n'excluent toutefois pas un certain schématisme, inévitable en l'espèce, tant il est vrai que le législateur ne peut pas tenir compte de toutes les situations particulières dans un groupe d'assurés, tels les comédiens et artistes, qui par la nature même de leur activité, sont soumis à des engagements de durée limitée et variable, avec parfois de sensibles fluctuations de revenus.

#### **E. 4.3**

Vouloir, comme le soutient la recourante, prendre en considération pour les artistes et autres personnes visées par l' art. 37 al. 3bis OACI , les gains réalisés en fonction de la période de cotisation durant la période de référence, peut conduire à d'autres inégalités par rapport à d'autres groupes d'assurés (cf. ATF 123 I 8 consid. 6b). Ainsi, en prenant en compte un gain de 15'208 fr. pour 91 jours travaillés (cf. courrier de l'intimée au tribunal administratif du 31 mars 2003 et calcul du gain assuré du 23 septembre 2002), on aboutit à un salaire de 167 fr. 10. Multiplié par 21,7 (cf. DTA 1996/1997 n° 9 p. 46 consid. 4c), on arrive à un gain mensuel assuré de 3'626 fr. Si l'on prend les gains réalisés par rapport à la période de cotisations durant une période de référence de douze mois (abstraction faite des mois durant lesquels aucune activité n'a été exercée), on obtient un gain assuré de 3'461 fr., tel qu'il ressort du calcul établi par la caisse le 12 juin 2002). Or, dans ces deux cas de figure, les montants obtenus sont sensiblement supérieurs au salaire net de 1'486 euros (après déduction des frais professionnels) que la recourante a réalisé pour la période pendant laquelle elle a travaillé à plein temps (du 1er février au 13 avril 2002).

#### **E. 4.4**

C'est dire, comme le relèvent les premiers juges, que la solution envisagée par le Conseil fédéral, même si elle peut ne pas apparaître comme satisfaisante à tous égards, tend néanmoins à empêcher de mettre sur un même pied les personnes qui exercent des professions impliquant des contrats de courte durée, entrecoupés de périodes d'inactivité, et les assurés qui ne sont pas soumis à un tel régime contractuel. Elle vise précisément à prendre en considération les particularités résultant de situations où les revenus de l'assuré varient en raison du métier exercé pour ne pas avantager les personnes qui sont soumises à des changements de place fréquents ou des engagements de durée limitée par rapport à celles qui ont conclu un contrat de travail d'une certaine durée; dans cette mesure, elle a donc pour but de traiter de manière différente ce qui n'est pas semblable. Au demeurant, la question de l'égalité de traitement soulevée par la recourante se pose de la même manière quand il s'agit de fixer le gain assuré lors de l'ouverture d'un premier délai-cadre d'indemnisation. Ici également, l'application de l' art. 37 al. 3bis OACI conduit à prendre en compte un mois civil entier même si un seul jour de travail a été accompli pendant le mois. Or, cette solution n'a jamais été remise en cause par le Tribunal fédéral des assurances ( ATF 121 V 165 [cas d'un réalisateur de films]; DTA 1996/1997 n° 9 p. 35 [cas d'un caméraman]).

#### **E. 4.5**

Quant au principe de la légalité, on ne voit guère qu'il puisse être invoqué en l'occurrence dès lors que l'intimée s'est fondée sur une disposition réglementaire qui repose sur une

délégation de compétence du législateur (art. 23 al. 1 dernière phrase LACI). La recourante se limite du reste à invoquer la violation de ce principe, sans motiver ce grief.

**E. 5**

Il résulte de ce qui précède que le recours est mal fondé.

**E. 6**

Vu la nature du litige, la procédure est gratuite ( art. 134 OJ ).

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