

# **BGer C\_195/2003 vom 19. August 2004**

Bundesgericht, 2004-08-19, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_C\\_195\\_2003](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_C_195_2003)

FR: TF C\_195/2003 du 19 août 2004

IT: TF C\_195/2003 del 19 agosto 2004

## **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 déterminants se sont produits ( ATF 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 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**

Le Tribunal fédéral des assurances n'a pas à entrer en matière sur les conclusions de la recourante tendant à ce que la caisse de chômage soit condamnée à lui accorder une prétention de droit civil sous la forme de dommages et intérêts (cf. art. 122 OJ).

Le litige porte donc uniquement sur le calcul du gain assuré déterminant pour la fixation de l'indemnité de chômage allouée à l'intéressée.

### **E. 3**

Aux termes de l'art. 23 al. 1, première 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 OACI, dans sa teneur jusqu'au 30 juin 2003, dont le premier alinéa se réfère à titre de règle générale au dernier mois de cotisation précédant le début du délai-cadre d'indemnisation. Afin d'atténuer l'effet de variations purement casuelles du revenu, la période de référence est portée à six mois en application de l'art. 37 al. 2 OACI, dans sa teneur jusqu'au 30 juin 2003, lorsque l'écart entre le revenu ainsi déterminé et celui du seul dernier mois atteint dix pour cent en valeur absolue (Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], ch. 315 p.

120). La caisse peut cependant se fonder sur une période de référence plus longue, mais au plus sur les douze derniers mois de cotisation, lorsque le résultat obtenu en application des alinéas 1 et 2 se révèle injuste pour l'assuré (al. 3).

Les exceptions prévues par ces deux derniers alinéas doivent ainsi 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 (rémunération à la commission) 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, tels le personnel de vente auxiliaire et certains agents de compagnies privées de sécurité ( ATF 121 V 172 consid. 4b et les arrêts cités; Nussbaumer, op. cit., ch. 316 p. 120 s.).

#### **E. 4.1**

En vertu de l' art. 110 LACI , dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2002, qui l'autorisait, en tant qu'autorité de surveillance chargée d'assurer l'application uniforme du droit, le seco a édicté la directive 99/2 - fiche 10/1 (Bulletin MT/AC 99/2), en vigueur jusqu'au 30 juin 2003, dont la teneur est la suivante :

art. 37 al. 3 OACI

Le salaire moyen des douze derniers mois de cotisation au plus est déterminant s'il se révèle être plus avantageux pour l'assuré (comparativement aux alinéas 1 ou 2) et qu'il diffère de dix pour cent au moins du dernier salaire ou du salaire moyen des six derniers mois.

Lorsque le contrat de travail a duré douze mois ou plus, le salaire moyen est calculé sur la base des douze derniers mois de cotisation, sauf dans les cas où le rapport de travail était inférieur à douze mois.

#### **E. 4.2**

Dans un arrêt récent H.-L. du 8 avril 2004, C 340/00, le Tribunal fédéral des assurances a jugé que la notion, contenue à l' art. 37 al. 3 OACI , dans sa teneur jusqu'au 30 juin 2002, du caractère « injuste » du calcul selon les alinéas 1 et 2 étant une notion juridique indéterminée, ce qui impliquait une grande latitude de jugement conférée à l'administration ou au juge. L'art. 37 al. 3 devait être interprété conformément à son but. Celui-ci était de permettre un calcul qui ne fût pas désavantageux pour l'assuré. Cela à la différence de l'alinéa 2, où une période de référence de six mois devait être prise en compte, même si elle était défavorable à l'assuré.

Cela étant, un seul critère quantitatif, sous la forme d'un écart de dix pour cent, n'était pas pertinent pour concrétiser la notion du caractère injuste, du moment qu'il limitait indûment la marge d'appréciation de l'administration ou du juge. Dès lors, en restreignant le pouvoir d'appréciation que le Conseil fédéral avait expressément réservé aux caisses de chômage dans l'application de l'ancien art. 37 al. 3 OACI ( ATF 111 V 247 consid. 2b), la directive du seco, en vigueur jusqu'au 30 juin 2003, introduisait une condition supplémentaire, qui n'était prévue ni par la loi (ancien art. 23 al. 1 LACI ), ni par l'ordonnance (ancien art. 37 al. 1 à 3 OACI), ce que le seco ne pouvait précisément pas faire dans l'exercice de la compétence qui lui était attribuée par l'ancien art. 110 LACI ( ATF 127 V 63 consid. 4 in fine et les arrêts cités). Dans cette mesure, la directive précitée ne liait ni les administrés, ni le juge, ni même l'administration ( ATF 127 V 61 consid. 3a et les références citées).

### **E. 5.1**

En l'espèce, la recourante a obtenu de son employeur un bonus d'un montant de 5'000 fr. à la fin de l'année 2000. Le versement de cette indemnité était régi par l'avenant au contrat de travail valable dès le 1er mars 2000. Selon cette convention, l'indemnité était allouée à la fin de l'année et se rapportait à l'année civile en cause. Elle avait pour but de récompenser le comportement professionnel de la collaboratrice, compte tenu du chiffre d'affaires, de la marge et des éventuelles pertes sur débiteurs.

Cela étant, il y a lieu d'admettre que la rétribution en question avait le caractère d'une gratification qui fait partie du gain assuré ( art. 23 al. 1 LACI en relation avec les art. 5 al. 2 LAVS et 7 let. c RAVS; ATF 122 V 363 consid. 3a et les références). Le montant de 5'000 fr. doit être dès lors réparti sur l'ensemble de l'année 2000 (cf. ATF 122 V 366 consid. 4d; DTA 2003 no 24 p. 246 consid. 2, 1988 no 15 p. 120 consid. 4), ce qui donne un revenu mensuel moyen de 5'416 fr. pour cette année-là (65'000 fr. : 12).

### **E. 5.2**

En instance cantonale, la recourante a allégué que les parties n'avaient pas conclu un nouvel avenant pour l'année 2001, l'avenant signé le 1er mars 2000 ayant été tacitement reconduit l'année suivante. Elle conclut à ce que le revenu mensuel moyen soit également fixé à 5'416 fr. pour les trois premiers mois de l'année 2001.

Ce point de vue est mal fondé. Certes, selon la jurisprudence, les gratifications font partie du gain assuré, indépendamment du fait qu'elles peuvent faire ou non l'objet d'une action en justice ( ATF 122 V 366 consid. 4d). Il n'en demeure pas moins qu'en raison du risque d'abus, seules peuvent être prises en compte les rétributions effectivement allouées durant une période de référence ( ATF 122 V 366 consid. 4d; DTA 1995 no 15 p. 81 consid. 2c). Dans la mesure où la recourante n'a pas reçu de gratification durant la période du 1er janvier au 31 mars 2001 il n'y a pas lieu d'en tenir compte dans le calcul du revenu mensuel moyen pour cette période. Celui-ci doit dès lors être fixé à 5'000 fr.

### **E. 5.3**

Vu ce qui précède, la recourante a obtenu un gain de 5'000 fr. lors du dernier mois de cotisation précédant le début du délai-cadre d'indemnisation. Durant les six derniers mois, elle a obtenu un revenu de 31'248 fr. ( $[3 \times 5'416 \text{ fr.}] + [3 \times 5'000 \text{ fr.}]$ ), ce qui donne un revenu moyen de 5'208 fr. ( $31'248 \text{ fr.} : 6$ ).

Comme l'écart entre ce revenu moyen et celui du seul dernier mois n'atteint pas dix pour cent en valeur absolue, le gain assuré doit en principe être calculé selon l'ancien art. 37 al. 1 OACI . Toutefois, si l'on se fonde sur le salaire de la période des douze derniers mois de cotisation ( $[9 \times 5'416 \text{ fr.}] + [3 \times 5'000 \text{ fr.}] = 63'744 \text{ fr.}$ ), on obtient un revenu moyen de 5'312 fr. Il apparaît donc conforme à l'équité de fixer le gain assuré en se fondant sur la période des douze derniers mois de cotisation ( art. 37 al. 3 OACI , dans sa teneur jusqu'au 30 juin 2002; cf. consid. 4.2).

Dans cette mesure, le recours se révèle partiellement bien fondé, dans la mesure où il est recevable.