

# BGer C 311/05 vom 17. November 2006

Bundesgericht, 2006-11-17, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_C\\_311\\_05](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_C_311_05)

FR: TF C 311/05 du 17 novembre 2006

IT: TF C 311/05 del 17 novembre 2006

## Regeste

Assurance-chômage | Assurance-chômage

## Erwägungen

### E. 1

Le litige porte sur le montant du gain assuré, singulièrement sur la période de référence pour son calcul.

### E. 2.1

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 en vigueur depuis le 1er janvier 2003): le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation (art. 11) qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (al. 1). Il est déterminé sur la base du salaire moyen des douze derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation si ce salaire est plus élevé que le salaire moyen visé à l'al. 1 (al. 2). La période de référence commence à courir le jour précédant le début de la perte de gain à prendre en considération quelle que soit la date de l'inscription au chômage. A ce jour, l'assuré doit avoir cotisé douze mois au moins pendant le délai-cadre applicable à la période de cotisation (al. 3).

### E. 2.2

Sous l'égide de l'ancien droit, le Tribunal fédéral des assurances a reconnu une exception au système de l'art. 37 al. 1 à 3 aOACI (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002) qui prévoyait également plusieurs périodes de référence, plus ou moins longues (du dernier jusqu'aux douze derniers mois de cotisation), pour atténuer l'effet de variations purement casuelles du revenu. Cette jurisprudence concerne une journaliste qui avait été engagée le 21 février 1995 comme rédactrice à plein temps avant de se voir licenciée par son employeur en date du 31 août 1996. A la suite de son licenciement, celle-ci avait travaillé comme pigiste pour divers journaux tout en cherchant un nouvel emploi à 100 % et s'était finalement inscrite au chômage, en mai 1998, plus de 21 mois après la perte de son emploi de rédactrice. Le Tribunal fédéral des assurances avait estimé que dans la mesure où, pour éviter le chômage, un assuré acceptait un travail à temps partiel et en retirait donc un salaire inférieur à celui qu'il obtiendrait normalement, il fallait calculer le gain assuré sur la base du dernier salaire normal réalisé, pendant un mois au moins, au cours du délai-cadre applicable

à la période de cotisation ( ATF 127 V 351 consid. 3d; voir également ATF 112 V 226 consid. 2c). Le gain assuré de la journaliste avait ainsi été fixé sur la base de son dernier salaire comme rédactrice à plein temps.

### **E. 2.3**

Comme les modifications apportées à l'art. 37 al. 1 à 3 OACI concernent essentiellement la durée des périodes de référence servant de règle générale et subsidiaire pour le calcul du gain assuré et conservent la possibilité de choisir la période la plus avantageuse à l'intéressé, elles ne semblent pas devoir entraver l'application, sous le nouveau droit, du principe développé par la jurisprudence mentionnée. Celui-ci consiste à ne pas défavoriser l'assuré qui a accepté, pour satisfaire à son obligation de diminuer le dommage résultant de la perte de son travail en dépit du fait qu'il réunit toutes les conditions d'assurance, d'exercer une activité à temps partiel, repoussant ainsi le moment de se voir octroyer des indemnités de chômage. Cette question peut toutefois rester indécise, puisque l'exception prévue par la jurisprudence ne trouverait de toute façon pas application dans le cas d'espèce qui diffère sur un point essentiel de celui qui vient d'être exposé.

### **E. 3.1**

En effet, à l'inverse de la situation dans laquelle se trouvait la journaliste à compter du 1er septembre 1996, l'intimée, qui n'avait pas d'enfant à sa charge, ne subissait pas de perte de travail à prendre en considération avant le 1er mars 2005, puisque, son dernier salaire correspondant aux 70 % du précédent ( $[6'500 \times 70] : 100 = 4'550$ ), la perte en question ne se traduisait pas par un manque à gagner indemnisable atteignant plus de 30 % du gain assuré (cf. art. 8 al. 1 let. b qui renvoie à l'art. 11, en relation avec l'art. 22 al. 2 LACI). De surcroît, l'intimée ne se retrouvait pas sans emploi et n'en cherchait pas d'autre, puisqu'elle a volontairement quitté sa place, convenable, pour en prendre une autre, acceptant par là une réduction de son temps de travail et de son salaire de 30 %. Elle arguait certes de la promesse d'une rémunération et d'un taux d'occupation identiques à ceux de son ancienne activité, liés à l'augmentation du volume des affaires de son nouvel employeur; mais cette circonstance, trop aléatoire, ne justifie pas que l'on étende les effets de la jurisprudence inaugurée à l'ATF 112 V 226 et confirmée à l'ATF 127 V 348. Ce n'est pas à l'assurance-chômage d'assumer les risques qu'un assuré peut prendre en privilégiant une solution plus précaire que celle dans laquelle il se trouvait avec l'hypothétique espoir de se retrouver, à plus ou moins court terme, dans la même position qu'initialement.

### **E. 3.2**

C'est donc à juste titre que la caisse a fixé le gain assuré sur la base de l'art. 37 al. 2 OACI, le salaire moyen des douze derniers mois ( $[9 \times 4'550] + [3 \times 6'500] : 12 = 5'037,5$ ) étant plus élevé que celui des six derniers ( $[6 \times 4'550] : 6 = 4'550$ ). Le recours est donc bien fondé, de sorte que le jugement cantonal doit être annulé et la décision sur opposition confirmée.

### **E. 4**

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