

BGer C 340/00 vom 8. April 2004

Bundesgericht, 2004-04-08, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_C_340_00

FR: TF C 340/00 du 8 avril 2004

IT: TF C 340/00 del 8 aprile 2004

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 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

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 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. 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 aOACI lorsque l'écart entre le revenu ainsi déterminé et celui du seul dernier mois atteint 10 pour cent en valeur absolue (Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, 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 cotisations, 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, pp. 120 s.).

E. 3

Le recourant reproche aux premiers juges d'avoir retenu comme gain déterminant le salaire réalisé par l'assurée au cours des douze derniers mois (4'703 fr. 10), alors que ce revenu mensuel, en moyenne, n'était pas de 10 pour cent plus élevé que le salaire du dernier ou des six derniers mois (4'443 fr. 85). Il se réfère sur ce point à sa 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 10 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. Le seco soutient ainsi que si l'exigence d'un écart de 10 pour cent au moins posée à l'art. 37 al. 2 aOACI n'est pas reprise expressément par l'alinéa 3 de cette même disposition, elle y est sous-entendue, cette disposition étant subsidiaire à l'alinéa 2, lui-même subsidiaire à la règle générale exprimée par le premier alinéa de l'art. 37 aOACI.

E. 4.1

La directive 99/2 - fiche 10/1 a été édictée en vertu de l'art. 110 aLACI qui autorise le seco, en tant qu'autorité de surveillance chargée d'assurer l'application uniforme du droit, à donner des instructions aux organes d'exécution. Destinée à servir de guide aux caisses de chômage dans la manière de déterminer le gain assuré au sens des art. 23 aLACI et 37 aOCAI, cette circulaire doit être rangée parmi les ordonnances administratives dites interprétatives. Bien que de telles ordonnances exercent, par leur fonction, une influence indirecte sur les droits et les obligations des administrés, elles n'en ont pas pour autant force de loi. En particulier, elles ne lient ni les administrés, ni le juge, ni même l'administration dans la mesure où elles ne dispensent pas cette dernière de l'examen de chaque situation individuelle. Par ailleurs, elles ne peuvent créer de nouvelles règles de droit, ni contraindre les administrés à adopter un certain comportement, actif ou passif. En bref, elles ne peuvent sortir du cadre de l'application de la loi et prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 127 V 61 consid. 3a et les références citées).

E. 4.2

La notion, contenue à l'art. 37 al. 3 aOACI, du caractère « injuste » du calcul selon les alinéas 1 et 2 de l'art. 37 aOACI est une notion juridique indéterminée, ce qui implique une grande latitude de jugement conférée à l'administration ou au juge. L'art. 37 al. 3 aOACI doit être interprété conformément à son but. Celui-ci est de permettre un calcul qui ne soit pas désavantageux pour l'assuré. Cela à la différence de l'alinéa 2 de l'art. 37 aOACI, où une période de référence de six mois doit être prise en compte, même si elle est défavorable à l'assuré. En outre, par l'utilisation de la notion du caractère injuste, l'ordonnance fait implicitement référence à la notion d'équité selon l' art. 4 CC (Thomas Faesi, Arbeitslosenentschädigung und Zwischenverdienst - Ursachen und Wirkungen der zweiten Teilrevision des AVIG, thèse Zurich 1999, p. 412), ce qui exclut par principe tout schématisme et implique au contraire que l'on tienne compte de l'ensemble des

circonstances ou, à tout le moins, d'éléments pertinents. Cela étant, un seul critère quantitatif, sous la forme d'un écart de 10 pour cent, n'est pas pertinent pour concrétiser la notion du caractère injuste, du moment qu'il limite indûment la marge d'appréciation de l'administration ou du juge. Ce critère quantitatif pénalise particulièrement les salariés d'un certain âge, notamment en cas de licenciement, quand le salarié est obligé de reprendre une activité moins bien rémunérée qu'auparavant ou quand il se voit contraint d'accepter une baisse de salaire pour éviter un licenciement. Au demeurant, un tel critère ne tient pas compte du fait que pour les personnes percevant de bas salaires la réduction de l'indemnité (même si la limite de 10 pour cent n'est pas atteinte) peut avoir des conséquences sur les besoins vitaux de l'assuré et sa famille, ce qui n'est pas le cas pour les assurés ayant des revenus importants. D'ailleurs, selon l'art. 37 OACI, dans sa version en vigueur depuis le 1er juillet 2003, le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation 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'alinéa premier (al. 2). Aussi, dans la mesure où le Conseil fédéral a renoncé à la notion du caractère « injuste » du calcul selon l'alinéa premier de l'art. 37 OACI nouveau, tout critère quantitatif, sous la forme d'un écart minimum, n'est-il même pas envisageable. Vu ce qui précède, en restreignant le pouvoir d'appréciation que le Conseil fédéral a expressément réservé aux caisses de chômage dans l'application de l'art. 37 al. 3 aOACI (ATF 111 V 247 consid. 2b), la directive du seco, en vigueur jusqu'au 30 juin 2003, introduit une condition supplémentaire, qui n'est prévue ni par la loi (art. 23 al. 1 aLACI), ni par l'ordonnance (art. 37 al. 1 à 3 aOACI), ce que le seco ne peut précisément pas faire dans l'exercice de la compétence qui lui est attribuée par l'art. 110 aLACI (ATF 127 V 63 consid. 4 in fine et les arrêts cités).

E. 5

En l'espèce, l'assurée s'est annoncée le 8 septembre 1999 à l'assurance-chômage. Durant les six derniers mois, elle a obtenu un revenu identique, de sorte que son gain devait en principe être calculé selon l'art. 37 al. 1 aOACI. Elle a obtenu des primes spéciales en 1998 (versées en 1999). Selon que l'on applique l'alinéa 1 ou l'alinéa 3 de la disposition en cause, le gain assuré est de 4'443 fr. ou 4'703 fr., soit une indemnité (80 pour cent) de 3'554 fr. ou 3'762 fr. Que l'intimée n'ait pas reçu de primes en 1999, tient certainement au fait qu'elle a été licenciée en cours d'année ou qu'elle a subi « de facto » une réduction de salaire pour l'année 1999. Dans ces conditions, il était conforme à l'équité de tenir compte des primes en question et les premiers juges ont fait un usage correct de leur pouvoir d'appréciation. Le recours se révèle ainsi mal fondé.