

FR_GERICHTE 605 2023 34 vom 26. Oktober 2023

FR Kantonsgericht, 2023-10-26, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_605_2023_34

FR: FR_GERICHTE 605 2023 34 du 26 octobre 2023

IT: FR_GERICHTE 605 2023 34 del 26 ottobre 2023

Regeste

Arrêt de la Ie Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal | Arbeitslosenversicherung

Erwägungen

E. 1

Recevabilité Le recours a été interjeté en temps utile et dans les formes légales auprès de l'autorité judiciaire compétente à raison du lieu ainsi que de la matière. La recourante, dûment représentée, est en outre directement atteinte par la décision querellée et a dès lors un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit, cas échéant, annulée ou modifiée.

Tribunal cantonal TC Page 4 de 9

E. 2

Dispositions générales relatives au gain assuré Selon l'art. 23 al. 1 de la loi du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI; RS 837.0), 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 (première phrase). Le Conseil fédéral détermine la période de référence et fixe le montant minimum (quatrième phrase).

E. 2.1

Est déterminant, en règle générale, le salaire convenu contractuellement pour autant que l'assuré l'ait effectivement touché. La preuve de la perception effective du salaire est déterminante pour établir l'existence d'une période de cotisation et pour fixer le gain assuré. Sans elle, le calcul du gain assuré ne serait pas possible (cf. Bulletin LACI Indemnité de chômage [IC] Marché du travail/Assurance-chômage, C2, dans sa version en vigueur depuis janvier 2018).

E. 2.2

Le salaire pris en considération comme gain assuré se rapproche de la notion de salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 de la loi du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS; RS 831.10), mais ne se recouvre pas exactement avec celui-ci, comme cela ressort du terme "normalement" utilisé à l'art. 23 al. 1 LACI (arrêt TF 8C_479/2014 du 3 juillet 2015 consid. 3.2). Par ce terme, il faut entendre la rémunération touchée effectivement par l'assuré. Le salaire contractuel n'est donc déterminant que si les parties respectent sur ce point les clauses contractuelles. Un salaire contractuellement prévu mais non intégralement touché ne sera pris en considération que s'il a réellement été perçu par le travailleur durant une période prolongée et qu'il n'a jamais fait l'objet d'une contestation et

que lorsqu'on peut pratiquement écarter toute possibilité d'abus résultant d'un accord fictif entre un employeur et un travailleur au sujet du salaire que le premier s'engage à verser au second et qui, en réalité, ne serait pas ou pas totalement perçu par le travailleur. Sous l'angle de l'application de l'art. 23 al. 1 LACI, ou bien l'assuré établit la réalité d'un salaire soumis à cotisations et ce salaire est pris en compte au titre du gain assuré, ou bien il n'y parvient pas et le revenu allégué ne peut pas être pris en considération dans le calcul du gain assuré. Il n'y a pas de solution médiane (cf. RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n° 12ss ad art. 23 LACI).

E. 2.3

Comme a récemment eu l'occasion de le rappeler le Tribunal fédéral, un gain accessoire n'est pas assuré; est réputé accessoire tout gain que l'assuré retire d'une activité dépendante exercée en dehors de la durée normale de son travail ou d'une activité qui sort du cadre ordinaire d'une activité lucrative indépendante (art. 23 al. 3 LACI ; arrêt TF 8C_610/2022 du 13 septembre 2023, consid. 3.3).

E. 3

Dispositions spéciales relatives au gain assuré des handicapés Selon l'art. 40b OACI, est déterminant, pour le calcul du gain assuré des personnes qui, en raison de leur santé, subissent une atteinte dans leur capacité de travail durant le chômage ou immédiatement avant, le gain qu'elles pourraient obtenir compte tenu de leur capacité effective de gagner leur vie.

Tribunal cantonal TC Page 5 de 9

E. 3.1

Selon la jurisprudence, l'art. 40b OACI prescrit la correction du gain assuré lorsque celui-ci est fondé sur un salaire que l'assuré n'est plus en mesure de réaliser au moment de la survenance du chômage, en raison d'une invalidité survenue entre-temps. Une correction doit donc être effectuée lorsque le gain assuré se base sur un salaire que la personne assurée ne pourrait plus réaliser au moment du chômage en raison d'une invalidité (ATF 133 V 530 consid. 4.1.2). Pour le calcul du gain assuré selon l'art. 40b OACI, le salaire déterminant est celui que la personne assurée a effectivement réalisé avant l'atteinte à sa capacité de gain pour des raisons de santé, multiplié par le facteur résultant de la différence entre 100 % et le degré d'invalidité. Il est relevé que le revenu hypothétique d'invalidité ne doit pas être pris en compte comme gain assuré au sens de l'art. 40b OACI (ATF 132 V 357 consid. 3.2.4.3). Le gain assuré se mesure donc en fonction de la capacité de gain résiduelle, si bien que dans le cas d'un taux d'invalidité de 33% - par exemple - la capacité de gain n'est plus entière, mais réduite. Dans cette optique, une correction du gain assuré doit en principe également avoir lieu lorsque l'invalidité n'ouvre pas droit à une rente (ATF 133 V 524 consid. 5.2 et 5.3).

E. 3.2

Une atteinte a lieu « immédiatement avant » le chômage au sens de l'art. 40b OACI lorsque la diminution de la capacité de gain imputable à l'état de santé n'a pas (encore) eu d'effet sur le salaire déterminant pour le calcul du gain assuré selon l'art. 23 al. 1 LACI, en lien avec l'art. 37 OACI (ATF 133 V 530 consid. 4.1.2). La situation est différente lorsque l'assuré est déjà atteint dans sa capacité de gain bien avant le début du chômage. Dans ce cas, l'art. 40b OACI ne s'applique pas et le gain assuré est calculé sur la base du dernier salaire, lequel correspond à la capacité de gain résiduelle inchangée (arrêt C 314/02 du 4

mars 2005, consid. 2.2.1; RUBIN, Assurance-chômage, 2ème éd. 2006, p. 317 n. 4.6.12).

E. 3.3

La ratio legis de l'art. 40b OACI est, d'une part, d'assurer une coordination avec l'assurance-invalidité par une correction du gain assuré, dans le but d'empêcher une surindemnisation résultant de la coexistence d'une rente d'invalidité et d'indemnités de chômage (ATF 132 V 357 consid. 3.2.3) et, d'autre part, de délimiter la compétence de l'assurance-chômage par rapport à d'autres assureurs en fonction de la capacité de gain de la personne assurée (ATF 133 V 524 consid. 5.2).

E. 4

Dispositions relatives à la preuve Dans le droit des assurances sociales, la règle du degré de vraisemblance prépondérante est généralement appliquée. Dans ce domaine, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 353 consid. 5b; 125 V 193 consid. 2 et les références citées; arrêt TF 8C_704/2007 du 9 avril 2008 consid. 2; ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 319 consid. 5a). Si, malgré les moyens mis en œuvre d'office par le juge pour établir la vérité du fait allégué par une partie, conformément au principe inquisitoire, ou par les parties selon le principe de leur obligation

Tribunal cantonal TC Page 6 de 9 de collaborer, la preuve de ce fait ne peut être rapportée avec une vraisemblance prépondérante pour emporter la conviction du tribunal, c'est à la partie qui entendait en déduire un droit d'en supporter les conséquences (DTA 1996-1997 n°17 consid. 2a; 1991 n°11 et 100 consid. 1b; 1990 n°12 consid. 1b et les arrêts cités; ATF 115 V 113 consid. 3d/bb). Dans cette mesure, en droit des assurances sociales, le fardeau de la preuve n'est pas subjectif, mais objectif (RCC 1984 p. 128 consid. 1b).

E. 5

Problématique Est en l'espèce litigieuse, dans le cadre du droit aux prestations, la fixation du gain assuré. La recourante considère en substance que celui-ci devait être fixé sur la base du dernier double salaire qu'elle obtenait en travaillant globalement à 82.92%, aucune correction à la baisse ne devant s'opérer sur celui-ci, l'art. 40b OACI ne sachant s'appliquer à son cas.

E. 6

Discussion

E. 6.1

La recourante souffre depuis 2019 de problèmes de santé qui diminuent de 20% sa capacité de travail. Elle a ainsi dû renoncer à travailler à 100% et, le 1er novembre 2020, elle a trouvé un emploi à 80% qu'elle a conservé jusqu'au 30 juin 2022 avant de démissionner et de se présenter au chômage. Il ressort des certificats médicaux que cette démission n'était pas directement liée à des problèmes de santé, mais bien plutôt à une réorganisation de l'entreprise et à un management inadéquat qui ont mené à une péjoration des troubles

physiques et psychiques déjà présents. La psychiatre traitante a en effet clairement indiqué que sa patiente pouvait retravailler à 80%, à condition qu'elle change d'employeur. Cela s'est d'ailleurs confirmé par la suite, puisque la recourante a cherché et trouvé un nouvel emploi correspondant à ce dernier taux d'activité.

E. 6.2

Au vu de ce qui précède, on peine à comprendre pourquoi une correction du gain assuré devrait en l'espèce être réalisée. Il est rappelé que l'art. 40b OACI s'applique aux personnes qui, pour des raisons de santé, sont atteintes dans leur capacité de travail « durant le chômage ou immédiatement avant ». Une correction du gain assuré doit ainsi être faite lorsque la diminution de la capacité de gain imputable à l'état de santé n'a pas encore eu d'effet sur le salaire. Or, tel n'est manifestement pas le cas puisque, au moment où elle a demandé des prestations de chômage, la recourante travaillait au taux restreint de 80% depuis 20 mois déjà. Elle a ainsi démontré que ce taux d'activité correspondait à sa capacité de travail résiduelle, inchangée depuis 2019. Le gain assuré doit donc bel et bien être calculé sur la base du dernier salaire à 80%.

Tribunal cantonal TC Page 7 de 9

E. 6.3

La décision de la Caisse publique de chômage aurait été justifiée si les problèmes de santé de la recourante s'étaient manifestés peu avant sa demande de prestations de chômage. Dans ce cas, il aurait en effet fallu considérer qu'il n'appartenait pas à l'assurance-chômage de verser des indemnités sur la base d'un taux d'activité que l'intéressée n'était plus en mesure de poursuivre pour des raisons de santé. Toute perte de gain liée à l'état de santé doit en effet être comblée par l'assurance-invalidité. Si celle-ci refuse une rente au motif que la perte de gain n'atteint pas le minimum légal de 40%, les assurés ne sauraient compenser leur diminution de salaire par le biais du chômage, qui n'assure pas le risque lié à la santé. Or, on ne retrouve pas cette situation dans le cas d'espèce, puisque la recourante a mis en valeur sa capacité de gain résiduelle et qu'elle a travaillé durant presque deux ans à 80%. Pour appuyer ce qui précède, relevons que, en cas d'application de l'art. 40b OACI, c'est le salaire que l'assuré a effectivement touché avant que sa capacité de gain ne soit restreinte pour des raisons de santé qui est déterminant pour calculer le gain assuré. Dit salaire doit être multiplié par le facteur résultant de la différence entre 100 % et le degré d'invalidité (ATF 132 V 357 consid. 3.2.4.3). Or, force est de constater que, dans sa décision, la Caisse publique de chômage a diminué une seconde fois un salaire déjà restreint en raison de problèmes de santé, et qui correspondait dès lors bien au gain que la recourante était effectivement en mesure de réaliser malgré son invalidité. Preuve en est que la recourante a bel et bien fini par retrouver un travail correspondant – contrairement à ce que soutient la Caisse dans ses observations – à ce taux de 80% d'occupation qui était le sien avant de s'annoncer au chômage. Cela sans pour autant que son état de santé ne se soit amélioré. Malgré les explications données par la Caisse publique de chômage – qui paraît au demeurant, dans sa décision querellée, assimiler le cas de la recourante à celui d'une bénéficiaire de rente AI, ce qu'elle n'est pas – ce taux de 80% ne devrait pas subir de réduction supplémentaire. En effet, une telle réduction supplémentaire ne saurait correspondre à une perte de gain partielle que l'assurance-invalidité aurait éventuellement eu à combler en vertu du principe de coordination qu'entend garantir l'art. 40b OACI en réglant le partage des responsabilités entre les assurances sociales. Ce dernier article n'avait

donc pas à être appliqué en l'espèce.

E. 6.4

Au vu de ce qui précède, le gain assuré de la recourante n'aurait pas dû être corrigé. Le recours doit donc être admis. Il doit cependant être relevé que l'on ne saurait retenir le gain assuré (non corrigé) de CHF 5'689.95 fixé par l'autorité dans sa décision et admis par la recourante. Ce montant tient en effet compte du double salaire d'Office manager et de Conseillère générale.

Tribunal cantonal TC Page 8 de 9 Or, la recourante a continué à exercer ce dernier mandat politique durant la période litigieuse (p. 110, 60, 23, 5ss du dossier de la cause), le revenu perçu à cette occasion étant manifestement assimilable à un gain accessoire lequel ne saurait en principe être assuré. Ainsi, l'assurance-chômage n'avait pas à tenir compte de ce dernier revenu. La Caisse publique de chômage est dès lors invitée à tenir compte de ce qui précède et à procéder à la correction du gain assuré.

E. 7

Synthèse, frais et indemnité de partie Au vu de ce qui précède, le recours est admis. Il n'est pas perçu de frais vu la gratuité valant en la matière. La recourante ayant obtenu gain de cause, elle peut prétendre à une équitable indemnité de partie. Le 17 mai 2023, le mandataire de la recourante a remis une liste de frais pour un montant total de CHF 2'473.75, soit CHF 2'296.90 à titre d'honoraires (environ 9 heures de travail à CHF 250.00) et CHF 176.85 à titre de TVA (7.7%). La Cour peut se baser sur cette liste de frais, raisonnable, et faire droit au montant réclamé. Cette indemnité sera versée directement au mandataire du recourant. [dispositif en page suivante]

Tribunal cantonal TC Page 9 de 9 la Cour arrête : I. Le recours est admis. La cause est renvoyée à la Caisse publique de chômage pour nouveau calcul des indemnités de chômage sur la base d'un gain assuré corrigé au sens des considérants. II. Il n'est pas perçu de frais de justice. III. Une indemnité de partie de CHF 2'473.75, TVA par 176.85 comprise, est allouée à la recourante. Elle sera versée directement par l'autorité à Me Elio Lopes. IV. Notification. Un recours en matière de droit public peut être déposé auprès du Tribunal fédéral contre le présent jugement dans un délai de 30 jours dès sa notification. Ce délai ne peut pas être prolongé. Le mémoire de recours sera adressé, en trois exemplaires, au Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne. Il doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve et être signé. Les motifs doivent exposer succinctement en quoi le jugement attaqué viole le droit. Les moyens de preuve en possession du (de la) recourant(e) doivent être joints au mémoire de même qu'une copie du jugement, avec l'enveloppe qui le contenait. La procédure devant le Tribunal fédéral n'est en principe pas gratuite. Fribourg, le 26 octobre 2023/dhe Le Président La Greffière

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