

VD_OMNI PS.2002.0058 vom 15. Oktober 2003

VD Tribunal cantonal, 2003-10-15, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PS.2002.0058

FR: VD_OMNI PS.2002.0058 du 15 octobre 2003

IT: VD_OMNI PS.2002.0058 del 15 ottobre 2003

Regeste

c/Service de l'emploi | Lorsque l'assuré oeuvre dans une profession où les engagements de durée limitée sont usuels (comédiens) et que son gain assuré doit être calculé uniquement sur les gains intermédiaires et les indemnités compensatoires obtenus durant un délai cadre d'indemnisation, il convient de comparer le gain assuré calculé sur 6 mois civils entiers et celui calculé sur 12 mois civils entiers et de retenir le montant le plus favorable à l'assuré.

Erwägungen

E. 4

de cette disposition prévoit que lorsque le calcul du gain assuré est basé sur un gain intermédiaire que l'assuré a obtenu durant le délai-cadre applicable à la période de cotisation - soit les deux années ayant précédé le jour où sont réunies toutes les conditions dont dépend le droit à l'indemnité (art. 9 al. 3 LACI) - les indemnités compensatoires perçues durant cette période sont également prises en considération dans le calcul du gain assuré. Le législateur a délégué la compétence de déterminer la période de référence à prendre en considération pour le calcul du gain assuré au Conseil fédéral, qui a réglé cette question à l'art. 37 OACI. b) Dans son ancienne version en vigueur jusqu'au 30 juin 2003 (ci-après aOACI), l'art. 37 al. 1er disposait que le calcul du gain assuré est fondé sur le dernier mois de cotisation - savoir une période de trente jours de cotisation, les périodes de cotisation n'atteignant pas un mois civil entier étant additionnées (art. 11 al. 2 OACI) - avant le début du délai-cadre d'indemnisation. Toutefois, en présence d'un écart de 10% au moins - en faveur ou en défaveur de l'assuré - entre le salaire du dernier mois de cotisation et le salaire moyen des six derniers mois de cotisation, c'est ce dernier qui sert de base au calcul du gain assuré (art. 37 al. 2 aOACI), à moins que le calcul effectué sur la base des alinéas précités se révèle défavorable à l'assuré, auquel cas la caisse peut se fonder sur une période de référence plus longue, mais au plus sur les douze derniers mois de cotisation (art. 37 al. 3 aOACI). A ces règles générales, se sont ajoutées les deux règles spéciales des al. 3bis et 3ter, pour tenir compte de situations particulières. c) L'art. 37 al. 3bis OACI, maintenu en vigueur sans modification après le 30 juin 2003, prévoit ainsi que lorsque la rémunération subit des variations, soit en raison de l'horaire de travail usuel dans la branche (telle celle des paysagistes ou des métiers du bâtiment, compte tenu du caractère saisonnier de ces activités), soit en raison du genre de contrat de travail (par exemple en cas de travail sur appel ou à domicile), le gain assuré est calculé sur les douze derniers mois, mais au plus sur la moyenne de l'horaire de travail convenu contractuellement (Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Band III, ad art. 23 LACI, p. 1206 ss, en particulier p. 1208, ch. 9 et 10). Sont à prendre en considération les douze derniers mois civils, à l'exclusion des mois durant lesquels l'assuré n'a pas du tout travaillé: en d'autres termes, le salaire moyen se calcule en divisant la somme des gains réalisés par le nombre de

mois durant lesquels l'assuré a travaillé, à l'exclusion seulement de ceux durant lesquels il n'a eu aucune activité (ATF 121 V 165, consid. 4e). Le Tribunal fédéral a précisé que cette disposition particulière visait tout spécialement les professions mentionnées à l'art. 8 al. 1 OACI, soit les personnes connaissant des changements de place fréquents ou des engagements de durée limitée, tels les journalistes, les musiciens, les techniciens du film et les artistes (ATF 121 V 173, consid. 4b in fine), dans la mesure toutefois où la particularité du contrat qu'elles ont passé s'avère être effectivement, dans le cas d'espèce, à l'origine des variations de salaire visées par l'art. 37 al. 2bis (ATF 127 V 348, consid. 3, traitant le cas d'une journaliste n'ayant pas connu de telles variations et pour laquelle l'application de cette disposition fut en conséquence exclue; voir également ATF non publiés C 271/99 du 22 mai 2000, C 436/99 du 22 septembre 2000 et C 114/99 du 27 juillet 2001). Les circulaires de l'Ofiamt puis du Seco relatives à l'indemnité de chômage se réfèrent aux règles qui précèdent et précisent la manière de les appliquer (Bulletin MT/AC 99/2 fiches 9; circulaire IC janvier 2003, C 20 ss). d) L'art. 37 al. 3ter aOACI, qui a été modifié après le 30 juin 2003, concernait l'hypothèse d'un assuré dont la période de cotisation, permettant de prétendre à nouveau au versement d'indemnités de chômage, a été accomplie exclusivement durant un délai-cadre d'indemnisation écoulé. En pareil cas, le gain assuré est calculé en règle générale sur les six derniers mois de cotisation (et non pas civils) de ce délai-cadre, la circulaire précitée retenant que l'on peut déroger à cette règle si le salaire moyen des douze derniers mois est supérieur de 10% au moins au salaire moyen des six derniers mois de cotisation (Circulaire IC, C 43). Si par contre l'assuré a exercé durant un mois au moins une activité soumise à cotisation entre l'expiration du précédent délai-cadre d'indemnisation et sa réinscription au chômage, il convient de s'en tenir aux règles de l'art. 37 al. 1er à 3bis OACI (Circulaire IC, c 49). 2. a) Le recourant conteste le mode de calcul de la prise en compte du gain intermédiaire réalisé pendant le mois de décembre 2000, en particulier le fait que l'indemnité compensatoire aurait été prise en considération seulement sur les quatre jours travaillés pendant cette période de contrôle. Le recourant relève avec raison que si son contrat de travail avait débuté au début du mois de janvier 2001 pour se terminer à la fin du mois de février 2002, le calcul de son gain assuré aurait pu être plus élevé. Il en irait de même s'il n'avait réalisé aucun gain intermédiaire pendant le mois de décembre 2000. Mais tel n'a cependant pas été le cas. Le recourant a bien été engagé dès le 26 décembre 2000 par D. _____ de Genève et il a effectivement touché un salaire de 1'000 fr. pour cette activité; il est vrai que la directive du Seco (Bulletin MT/AC 2000/3) impose un certain schématisme qui ne tient pas compte de toutes les circonstances de chaque cas particulier, mais ce schématisme n'est en soi pas critiquable. Il est en tous les cas conforme à la volonté du législateur tendant à prendre en considération les indemnités compensatoires dans le calcul du gain assuré, sans toutefois que l'assuré soit placé dans une situation plus favorable que celle de celui qui se présente pour la première fois au chômage (voir ATF 127 V 56, consid. 4 c). Il serait au demeurant contraire au texte de l'ancien art. 24 al. 2 LACI, en vigueur jusqu'au 30 juin 2003, de prendre en compte la part de l'indemnité compensatoire afférente aux jours pour lesquels l'assuré n'a pas réalisé un gain intermédiaire. b) La caisse de chômage a toutefois modifié le décompte du mois de décembre 2000 pour lequel une indemnité compensatoire de 1'637 fr.70 avait été calculée en tenant compte du gain intermédiaire de 1'000 fr. réalisé par l'assuré. Elle a établi un nouveau décompte le 21 juin 2001 en considérant à juste titre que depuis le 26 décembre 2001, le recourant avait retrouvé un emploi convenable avec un revenu supérieur au gain assuré qui ne justifiait plus aucune indemnisation; mais elle a payé

l'indemnité complète pour les dix-sept premiers jours indemnisables du mois, soit 1'974 fr.55. Ainsi, la caisse de chômage n'a en définitive versé aucune indemnité compensatoire du gain intermédiaire pendant le mois de décembre 2000. Comme le droit du recourant à l'indemnité compensatoire est limité à 12 mois en vertu de l'art. 24 al. 4 LACI, la caisse de chômage a pu accorder l'indemnité compensatoire pour le mois d'avril 2001 (l'indemnité compensatoire du mois de décembre ayant été annulée) et elle a aussi modifié le 21 juin 2001 le décompte de cette période de contrôle pour fixer le montant de l'indemnité compensatoire à 1'161 fr.50 équivalent à dix jours indemnisables compte tenu du gain intermédiaire réalisé de 1'600 fr. c) En outre, il n'est pas contesté que le recourant fait partie des personnes, exerçant des professions dans lesquelles les changements de places ou les engagements de durée limitée sont usuels au sens de l'art. 8 al. 1 lettre b OACI. En conséquence, les mois durant lesquels le recourant a réalisé des gains intermédiaires sont pris en compte comme des mois civils entiers et les mois durant lesquels l'assuré n'a exercé aucune activité ne sont pas pris en compte. Mais, il se pose la question de savoir si le recourant est soumis aux exigences de l'art. 37 al. 3bis OACI, dès lors qu'il exerce une profession où les engagements de durée limitée sont usuels, ou bien à celles de l'art. 37 al 3ter aOACI, car la période de cotisation qui entre en considération a été accomplie exclusivement durant le délai-cadre de la période d'indemnisation; la période de cotisation prévue par l'art. 37 al. 3 ter aOACI vise toutefois des mois de cotisation et non pas des mois civils entiers, alors que ce dernier critère semble plus adapté aux professions visées par l'art. 8 OACI. En pareil cas, il semble judicieux d'établir un calcul comparatif du gain assuré pour les revenus obtenus les six derniers mois et du gain assuré pour ceux obtenus les douze derniers mois, en calculant la période sur la base de mois civils entiers et en retenant le montant qui est le plus favorable à l'assuré (voir dans le même sens, l'avis du seco du 24 mars 2003 dans le dossier PS 2003/0042). A cet effet, il convient de retenir comme point de départ le mois d'avril 2001, pendant lequel la dernière indemnité compensatoire du délai cadre a été versée au recourant, pour déterminer la période de six mois, respectivement de douze mois à prendre en considération. La comparaison du calcul du gain assuré entre la période de 6 mois et celle de 12 mois donne le résultat suivant :

Périodes de référence (mois civils)	Salaires (Gains intermédiaires)	Indemnités compensatoires	Totaux	Gain assuré
6 mois	15'862.30	3'670.30	19'532.60	3'255.45
12 mois	26'322.15	10'012.05	36'334.20	3'027.85

E. 6

Ainsi, le gain assuré devrait être calculé sur la base des six derniers mois de travail effectif réalisé par l'assuré et à compter du mois d'avril 2001 et il s'élèverait à 3'255 fr. 45. Ce montant est supérieur à celui que la caisse de chômage avait retenu (3'137 fr) de sorte que le recours doit être partiellement admis dans cette mesure. 3. Il résulte des considérants qui précèdent que le recours est partiellement admis et la décision attaquée annulée de même que la décision de la caisse de chômage fixant le montant du gain intermédiaire à 3'137 fr. Le dossier est retourné à la caisse de chômage afin qu'elle établisse un nouveau calcul du gain assuré conformément aux considérants du présent arrêt. Il n'y a en outre pas lieu de percevoir de frais de justice, ni d'allouer de dépens.