

VD_OMNI PS.2002.0094 vom 4. Juni 2003

VD Tribunal cantonal, 2003-06-04, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PS.2002.0094

FR: VD_OMNI PS.2002.0094 du 4 juin 2003

IT: VD_OMNI PS.2002.0094 del 4 giugno 2003

Regeste

c/Service de l'emploi | Lorsque l'assuré occupe deux emplois à temps partiel pendant la période de cotisation, il faut calculer le gain assuré en appliquant les critères de l'art. 37 OACI à chacun des deux emplois.

Volltext

Vaud Tribunal cantonal Cour de droit administratif et public 04.06.2003 PS.2002.0094

c/Service de l'emploi | Lorsque l'assuré occupe deux emplois à temps partiel pendant la période de cotisation, il faut calculer le gain assuré en appliquant les critères de l'art. 37 OACI à chacun des deux emplois.

CANTON DE VAUD TRIBUNAL ADMINISTRATIF Arrêt du 4 juin 2003 sur le recours interjeté par A. _____, domiciliée *****, contre la décision du Service de l'emploi du 7 juin 2002 rejetant son recours et confirmant la décision de la Caisse publique cantonale vaudoise de chômage du 31 janvier 2002 lui refusant les prestations de l'assurance-chômage. * * * * * Composition de la section: M. Eric Brandt, président; M. Marc-Henri Stoeckli et Mme Dina Charif Feller, assesseurs. Vu les faits suivants: A. _____, née le 21 décembre 1962, a travaillé à un taux d'activité de 50 % auprès de la société B. _____, devenue C. _____ AG, jusqu'au mois de septembre 2001, puis à raison d'un taux d'occupation de 70 % dès le mois d'octobre 2001. Parallèlement, elle a travaillé auprès de la compagnie aérienne D. _____ du 1er novembre 1997 au 30 novembre 2001. Son contrat de travail a été résilié le 25 octobre 2001 à la suite de la faillite du groupe E. _____. A. _____ a déposé une demande d'indemnités de chômage auprès de la Caisse publique cantonale vaudoise de chômage (ci-après : la caisse de chômage) en demandant l'indemnité pour un taux d'activité de 30 % à partir du 1er octobre 2001. L'attestation de l'employeur mentionne les revenus bruts suivants : Périodes mai 2001 juin 2001 juillet 2001 août 2001 sept. 2001 octobre 2001 Salaire de base 240.-- 2'400.-- 240.-- 1'320.-- Indemnités 31.95 120.35 91.50 377.45 Total 31.95 240.-- 2'400.-- 360.35 1'450.-- Jours de travail 2 20 2 11 0 Par ailleurs, l'assurée a réalisé un revenu brut de 2'150 fr. en travaillant à un taux d'activité de 50 % auprès de C. _____ AG puis, de 3'010 fr. dès le mois d'octobre 2001 pour le taux d'activité de 70 %. B. _____ Par décision du 31 janvier 2002, la caisse de chômage a refusé d'accorder à l'assurée les prestations de l'assurance-chômage aux motifs que le revenu de l'activité qu'elle continuait d'exercer auprès de C. _____ AG dépassait l'indemnisation mensuelle moyenne de 2'821 fr., correspondant au 80 % du gain assuré fixé à 3'529 fr. Par une décision complémentaire du 26 février 2002, la caisse de chômage a détaillé le calcul du gain assuré, en retenant comme salaire de base le revenu obtenu pendant le mois de septembre 2001. Sur un mois - du 1 au 30.09.01 C. _____ AG fr. 2'329,15 (2'150 +13e) D. _____ fr. 1'200.10 (1320 ./vac.) 3'529.25 Sur six mois - du 1.4.01 au

30.09.01 C. _____ AG fr. 13'974.90 D. _____ fr. 5'658.00 Total fr. 19'632.90
3'272.15 Sur 12 mois - du 1.10.00 au 30.09.01 C. _____ AG fr. 20'304.05 D. _____
fr. 12'511.25 Total fr. 32'815.30 2'734.61 C. _____ A. _____ a contesté la
décision de la caisse de chômage du 31 janvier 2002 par le dépôt d'un recours auprès du
Service de l'emploi le 25 février 2002. Elle précise avoir fait partie des ex-employés du
groupe E. _____ licenciés avec effet immédiat le 25 octobre 2001. Elle demande le
paiement des indemnités de chômage correspondant au 100 % du salaire dû pendant les
deux mois du délai de congé légal, soit jusqu'au 30 novembre 2001, et des indemnités
correspondant au 80 % de son revenu dès le mois de décembre 2001, pour une perte
d'emploi estimée à 30 % auprès de la compagnie aérienne D. _____. Par décision du
7 juin 2002, le Service de l'emploi a partiellement admis le recours et il a renvoyé le dossier
à la caisse de chômage afin qu'elle fixe le montant du gain assuré à 3'582 fr.45 en prenant en
considération les revenus cumulés du mois d'octobre 2001, à savoir l'indemnité de 377 fr.45
versée par D. _____, le revenu brut de 3'010 fr. de l'activité exercée auprès C. _____
AG auquel s'ajoute une indemnité de 195 fr. correspondant au prorata du 13ème salaire.
D. _____ A. _____ a contesté cette décision par le dépôt d'un recours auprès du
Tribunal administratif le 4 juillet 2002. A l'appui de son recours, elle expose qu'elle n'a
exercé aucune activité pendant le mois d'octobre 2001 et que le seul vol prévu le
24 octobre 2001 a été annulé le jour précédant le départ. Elle explique aussi qu'aucun salaire
ne lui a été versé par D. _____ pour le mois d'octobre et que le seul montant de 377 fr.45
correspond au salaire d'un jour de travail du mois de septembre 2001 qui avait été oublié
lors du décompte du mois de septembre. A l'appui de son recours, elle produit les
décomptes de salaires de D. _____ des mois de septembre et d'octobre 2001, le
décompte du mois d'octobre 2001 précisant que le jour de vol indemnisé concerne le mois
de septembre 2001. Considérant en droit: 1. _____ Le recours a été déposé dans le
délai de trente jours fixé par l'art. 60 al. 1 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des
assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) et il respecte les conditions de forme posées
par l'art. 61 al. 1 let. b LPGA. 2. _____ a) L'assuré a droit à l'indemnité de chômage
notamment s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 8 al. 1 de la loi fédérale du
25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et indemnités en cas d'insolvabilité,
ci-après : la loi ou LACI). Est réputé sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de
travail et qui cherche à exercer une activité à plein temps (art. 10 al. 1 LACI). Selon l'art. 10
al. 2 LACI, est réputé partiellement sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de
travail et cherche à n'exercer qu'une activité à temps partiel (lettre a) ou occupe un emploi à
temps partiel et cherche à le remplacer par une activité à plein temps ou à le compléter par
une autre activité à temps partiel (lettre b). b) La jurisprudence a précisé que l'assuré qui
occupe plusieurs emplois peut solliciter l'indemnisation de chaque perte de gain partielle
subie lorsque le risque de chômage se réalise pour l'un de ces emplois, pour autant que le
revenu obtenu par l'emploi maintenu, considéré alors comme un gain intermédiaire, ne
dépasse pas l'indemnité à laquelle l'assuré pourrait prétendre en étant totalement au
chômage (voir ATF 120 V 514, consid. 9). Le législateur n'a en effet pas prévu que le
chômeur puisse toucher une indemnité supérieure à l'indemnité légale maximale qu'un
assuré n'exerçant qu'une seule activité lucrative salariée à plein temps pourrait prétendre en
cas de chômage complet, même s'il a occupé simultanément plusieurs emplois à temps
partiel et cotisé pour chacun des rapports de travail (ATFA non publié rendu le 22 mai 1996
en la cause OFIAMT c/M.). Par ailleurs, le droit à l'indemnité de chômage suppose que
l'assuré a subi une perte de travail à prendre en considération (art. 8 al. 1 lettre b LACI).

Selon l'art. 11 LACI, la perte de travail doit être prise en considération lorsqu'elle se traduit par un manque à gagner et dure au moins deux journées de travail consécutives (al. 1). En revanche, la perte de travail pour laquelle le chômeur a droit au salaire ou une indemnité pour cause de résiliation anticipée des rapports de travail n'est pas prise en considération (al. 3). c) En l'espèce, la recourante est partiellement sans emploi au sens de l'art. 2 al. 2 LACI dès lors qu'elle occupe un emploi à temps partiel et cherche à le compléter par une activité à temps partiel ou à le remplacer par une activité à plein temps. En outre, la résiliation du contrat de travail intervenue au mois d'octobre 2001 permet à la recourante de revendiquer un droit au salaire jusqu'à la fin du mois de novembre 2001 de sorte que la perte de travail ne peut être prise en considération qu'à partir du 1er décembre 2001. Pour les salaires des mois d'octobre et novembre 2001, l'assurée avait la possibilité de requérir l'indemnité pour insolvabilité dès lors qu'une procédure de faillite était engagée contre l'employeur et pour autant qu'elle remplisse les conditions de l'exercice du droit à l'indemnité, fixées à l'art. 53 LACI (dépôt de la demande d'indemnisation auprès de la caisse publique compétente à raison du lieu de l'office des poursuites et des faillites concerné dans un délai de 60 jours à compter de la date de la publication de la faillite dans la Feuille officielle suisse du commerce). 2. a) Selon l'art. 23 LACI, est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est normalement obtenu 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 de telles allocations ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail. L'art. 3 LACI prévoit que les cotisations sont calculées d'après le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS. Ce salaire comprend en particulier toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé (art. 5 LAVS). En revanche, les prestations d'assurance en cas d'accident, de maladie ou d'invalidité, à l'exception des indemnités journalières selon l'art. 25 ter LAI, ne sont pas comprises dans le revenu de l'activité lucrative (art. 6 al. 2 lettre b RAVS). Par salaire déterminant obtenu au sens de l'art. 23 al. 1 LACI, il faut entendre la rémunération touchée effectivement par l'assuré (ATF 123 V 72, consid. 3). Le salaire contractuel n'est déterminant que si les parties respectent sur ce point les clauses contractuelles. Il s'agit en effet d'éviter des accords abusifs selon lesquels les parties conviendraient d'un salaire fictif qui, en réalité, ne serait pas perçu par le travailleur : un salaire contractuellement prévu ne sera dès lors pris en considération que s'il a réellement été perçu par le travailleur durant une période prolongée et s'il n'a jamais fait l'objet d'une contestation (DTA 1999 No 7, p. 27, 1995 No 15, p. 79). Par ailleurs, les indemnités versées pour les heures supplémentaires ne font pas partie du gain assuré (ATF 116 V 281), tout comme les indemnités pour vacances non obtenues (ATF 125 V 42, 123 V 70, DTA 2000 no 7, p. 33). b) En l'espèce, le travail de la recourante auprès de D._____ présente les caractéristiques d'un travail avec un horaire variable chaque mois; en outre, son taux d'activité auprès de la compagnie C._____ AG a passé de 50 à 70 % au mois d'octobre 2001. L'autorité intimée a retenu comme période déterminante pour fixer le gain assuré le mois d'octobre 2001 et elle a retenu l'indemnité versée ce mois (337 fr.45) par D._____. Toutefois, comme la recourante l'a prouvé en produisant les certificats de salaire des mois de septembre et octobre 2001, l'indemnité versée au mois d'octobre correspond à un jour de travail effectué dans le courant du mois de septembre 2001. Il convient donc de déterminer quelle est la période de référence à prendre en considération pour chaque emploi à temps partiel (voir ATF non publié du 22 mai 1996, rendu en la cause C 90/95 Kt). L'art. 37 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire

et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (OACI) définit dans les termes suivants les périodes de référence à prendre en considération pour le calcul du gain assuré : "al. 1 En règle générale, est réputée période de référence pour le calcul du gain assuré, le dernier mois de cotisation (art. 11) avant le début du délai-cadre relatif à la période d'indemnisation. (...) al. 2 Lorsqu'il y a un écart d'au moins 10 % entre le salaire du dernier mois de cotisation et le salaire moyen des six derniers mois, le gain assuré est calculé d'après ce salaire moyen. al. 3 Lorsque le résultat du calcul effectué sur la base des 1er et 2ème alinéas se révèle injuste pour l'assuré, la caisse peut se fonder sur une période de référence plus longue, mais au plus tard sur les douze derniers mois de cotisation. al. 3bis Lorsque le salaire varie en raison de l'horaire de travail usuel dans la branche ou du genre de contrat de travail, le gain assuré sera calculé sur les douze derniers mois, mais au plus sur la moyenne de l'horaire de travail convenu contractuellement." S'agissant de l'emploi de la recourante auprès de la compagnie C. _____ AG, l'autorité intimée a retenu le dernier salaire du mois d'octobre 2001 à raison de 3'010 fr. en ajoutant la participation au 13ème salaire. Bien que ce montant soit correct, il y a lieu de relever que la perte de travail ne peut être prise en considération qu'à partir du 1er décembre 2001, la période de référence pour le calcul du gain assuré est le dernier mois de cotisation, à savoir le mois de novembre 2001 pour lequel l'assurée a également touché un revenu de 3'010 fr. auquel s'ajoute la participation au 13ème salaire. En revanche, pour l'activité de la recourante auprès de la compagnie D. _____, il n'est pas possible de retenir les seules indemnités versées pendant le mois d'octobre 2001. En effet, le salaire de la recourante varie chaque mois en raison de la nature du contrat de travail. Le gain assuré, pour cette activité doit donc être calculé sur la base des douze derniers mois conformément à l'art. 37 al. 3 bis OACI. 3. Il résulte des considérants qui précèdent que le recours doit être partiellement admis et la décision attaquée annulée, de même que les décisions de la Caisse de chômage des 31 janvier et 25 février 2002. Le dossier est retourné à la Caisse de chômage afin qu'elle détermine le gain assuré de la recourante conformément aux considérants du présent arrêt. Il n'y a en outre pas lieu de percevoir des frais de justice (art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer de dépens. Par ces motifs le Tribunal administratif arrête: I. Le recours est partiellement admis. II. La décision du Service de l'emploi du 7 juin 2002 ainsi que les décisions de la Caisse publique cantonale vaudoise de chômage des 31 janvier et 26 février 2001 sont annulées, le dossier étant retourné à la caisse de chômage afin qu'elle statue sur le gain assuré de la recourante conformément aux considérants du présent arrêt. III. II n'est pas perçu de frais de justice, ni alloué de dépens. jc/Lausanne, le 4 juin 2003. Le président: Le présent arrêt est communiqué aux destinataires de l'avis d'envoi ci-joint La présente décision peut faire l'objet, dans les trente jours suivant sa communication, d'un recours au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne. Le recours s'exerce par acte écrit, déposé en trois exemplaires, indiquant : a) quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la présente décision; b) pour quels motifs le recourant s'estime en droit d'obtenir cette autre décision; c) quels moyens de preuve le recourant invoque à l'appui de ses motifs. La présente décision et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée, ainsi que les pièces invoquées comme moyens de preuve, lorsqu'elles se trouvent en mains du recourant, seront jointes au recours.