

VD_OMNI PS.2003.0195 vom 16. Dezember 2004

VD Tribunal cantonal, 2004-12-16, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PS.2003.0195

FR: VD_OMNI PS.2003.0195 du 16 décembre 2004

IT: VD_OMNI PS.2003.0195 del 16 dicembre 2004

Regeste

Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) Marché du travail et assurance-chômage c/ Service de l'emploi, Instance juridique chômage et/Caisse cantonale de chômage, et A. _____ | L'assuré, qui a accepté durant 16 mois une baisse de salaire, ne peut pas bénéficier d'un gain assuré calculé sur son ancien salaire plus élevé. La poursuite de son activité chez le même employeur ne peut en effet pas être qualifiée d'activité de remplacement ou d'activité temporaire. Recours au TFA rejeté.

Erwägungen

E. 1

Déposé dans les formes et délais légaux prévus aux art. 60, al. 1 et 61, let. b, de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA), du 6 octobre 2000, le recours est à ce titre recevable.

E. 2

La LACI et l'OACI ont été modifiés par la nouvelle du 22 mars 2002, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003. L'art. 131 al. 1 OACI prévoit que « l'ancien droit reste applicable aux faits survenus avant l'entrée en vigueur de la LACI ». En l'espèce, l'assuré a présenté sa demande d'indemnité au 1^{er} décembre 2002. La période de travail déterminante pour calculer le gain assuré s'est déroulée avant le 1^{er} juillet 2003, de sorte que c'est bien l'ancien droit qui est ici applicable. La présente autorité pourra tout au plus s'inspirer des nouvelles normes dans le sens qu'elle donne à l'ancien droit, sans toutefois sortir du cadre dessiné par les méthodes d'interprétation (v. Pierre Moor, Droit administratif, Berne 1994, I, p. 181).

E. 3

a) Aux termes de l'art. 23 al. 1, 1^{ère} 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 ». Le Tribunal fédéral des assurances a considéré que le gain assuré, au sens de cette disposition, devait être calculé 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 112 V 226, consid. 2c ; ATF 127 V 348, consid. 2; TFA du 17 janvier 2003 C 156/02). Il s'agit en effet d'éviter de pénaliser celui qui, pour éviter de cotiser au chômage, accepte une activité de remplacement, un travail partiel ou la réalisation d'un gain intermédiaire inférieur. Cette jurisprudence confirme ainsi le principe propre à l'assurance chômage « qu'il vaut toujours la peine de travailler ». En revanche, un autre principe, désormais ancré dans la nouvelle du 22 mars

2002 (v. nouvel art. 24 LACI), veut qu'on empêche de faire supporter à l'assurance chômage de fortes baisses de salaire de la collectivité. Ainsi, dans son message relatif à l'article précité, le Conseil fédéral précise plus particulièrement : « Le Conseil fédéral ne refusera de prendre en considération un gain intermédiaire, et donc ne refusera l'octroi d'indemnité compensatoire selon la règle de l'actuel art. 41a al. 3 OACI, que si le rapport de travail a été interrompu pendant moins d'un an, ou s'il est rétabli entre les mêmes parties avant un an, à l'une des conditions suivantes : a) réduction du temps de travail assorti d'une diminution de salaire non proportionnelle ; b) maintien du temps de travail, mais diminution du salaire. Il s'agit d'éviter, par cette clause dirigée contre les abus conjuguée aux critères des usages professionnels et locaux, que des coûts salariaux ne soient reportés sur l'assurance chômage. En particulier, le gain intermédiaire ne doit pas entraîner une dégradation générale des conditions de travail et de salaire, ni la transformation voulue d'emplois (normaux) en emplois (à gain intermédiaire) ». b) L'art. 23 al. 1, 1^{ère} phrase, LACI 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 al. 1 OACI, qui prévoit, dans sa teneur jusqu'au 30 juin 2003, à titre de règle générale de se référer au dernier mois de cotisation précédent 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'alinéa 2 de cette disposition, lorsque l'écart et le revenu ainsi déterminé et celui des six derniers mois atteint 10 % en valeur absolue. La caisse peut cependant se fonder sur une période de référence plus longue, mais au plus sur les douze derniers mois de cotisation, 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 (ATF 121 V 172, consid. 4b ; ATFA non publié du 19 août 2004 en la cause T contre Caisse de chômage de la Chambre vaudoise du commerce et de l'industrie; C195/03). Dans l'hypothèse visée par l'art. 37 al. 3 OACI, le Tribunal fédéral des assurances a encore précisé que cette règle ne visait pas les douze derniers mois civils précédent le début de la période d'indemnisation, mais bien les douze derniers mois de cotisation à l'intérieur du délai-cadre défini à l'art. 9 al. 3 LACI ; ces mois de cotisation peuvent être espacés par des laps de temps plus ou moins longs (v. DTA 1992, No 1, p. 67, consid. 3 ; PS 1998/0001 du 1^{er} février 1999). Dans un arrêt non publié du 10 juin 1996, OFIAMT c/ L. v. H et TA Niedwald, cité in PS 1998/0001, le Tribunal fédéral des assurances a plus particulièrement qualifié un contrat de travail sur appel de « Überbrückungstätigkeit », et non de véritable contrat de travail à temps partiel, admettant que l'assuré qui tente de palier à court ou moyen terme les conséquences préjudiciables de la perte de son emploi ne doit pas être pénalisé dans le calcul du gain assuré. Dès lors, l'activité accessoire, le « pont » en quelque sorte, censée remplacer au moins à titre provisoire l'activité précédemment exercée à plein temps, ne peut être considérée comme le dernier rapport de travail au sens de l'art. 4 al. OACI. c) Dans le cas d'espèce, le recourant a privilégié de manière louable une solution qui, certes, s'est soldée par un échec, mais qui aurait tout aussi bien pu le relancer économiquement, compte tenu de la perspective possible de réaliser des commissions sur affaires et, surtout, de l'engagement de son employeur de rétablir la situation salariale initiale aussitôt que possible. Il a alors

accepté une réduction de salaire hypothétique. Le Tribunal administratif constate toutefois que de fait, le recourant n'a ni perdu son emploi, ni à plus forte raison essayé sans succès de trouver un nouvel emploi durant un délai de résiliation. Il faut ainsi considérer que l'inscription possible de A. _____ au chômage, au moment où il accepté la baisse de salaire proposée par son employeur, reste un fait hypothétique, puisque les conditions mises à l'obtention d'indemnités de chômage, à savoir l'absence totale ou partielle d'emploi au sens de l'art. 8 al. 1 let.a LACI dans sa teneur au 30 juin 2003, n'étaient pas réunies. De plus, l'activité du recourant auprès du même employeur pendant seize mois ne peut pas être qualifiée d'activité de remplacement ou d'activité temporaire. Sa situation n'est donc pas comparable à celles examinées par le Tribunal fédéral des assurances dans la jurisprudence décrite ci-dessus.

E. 4

a) Il peut arriver que le juge soit appelé à combler des lacunes de la loi, soit à compléter le texte sans égard à sa lettre en tranchant des questions que l'application de la loi soulève inévitablement. On qualifie plus particulièrement d'« inconséquence » l'omission d'un texte légal de régler une question dont la solution résulte des idées et des buts du législateur. Tel est le cas notamment si le législateur s'est manifestement trompé sur des points de fait ou si, depuis l'adoption de la règle, les circonstances ont changé de manière telle que l'observation rigoureuse du texte apparaît comme un abus de droit (v. André Grisel, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel, 1984, I, p. 127-128, et la jurisprudence citée). b) En l'espèce, il n'y a pas lieu de remédier à une inconséquence de la loi. Il était au contraire conforme aux buts du législateur que l'on ne prenne pas en considération, pour le calcul du gain assuré, un gain plus élevé réalisé 16 mois avant la réelle perte d'emploi. Ce d'autant plus qu'il convenait ici de s'inspirer du Message du Conseil fédéral relatif à la nouvelle LACI, qui déclare qu'afin d'éviter des pratiques douteuses sur le marché de l'emploi, on ne peut pas considérer comme gain intermédiaire un salaire réduit indûment, réalisé auprès du même employeur après résiliation des rapports de service. A plus forte raison, ne pouvait ainsi pas être considéré comme tel, un salaire réduit sans qu'il n'y ait eu rupture du contrat de travail.

E. 5

Les considérants qui précèdent conduisent ainsi le tribunal à admettre le recours et à annuler la décision attaquée. Le présent arrêt sera rendu sans frais.