

## **VD\_OMNI PS.2004.0040 vom 28. Juni 2004**

VD Tribunal cantonal, 2004-06-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_PS.2004.0040](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PS.2004.0040)

FR: VD\_OMNI PS.2004.0040 du 28 juin 2004

IT: VD\_OMNI PS.2004.0040 del 28 giugno 2004

### **Regeste**

c/Service de l'emploi | L'art. 37 al. 3 bis OACI est applicable au calcul du gain assuré des intermittents du spectacle; question laissée ouverte de savoir, lorsque les conditions d'application des al. 3bis et 3ter sont réunies simultanément, (tel n'est pas le cas de la recourante), si l'assuré peut se prévaloir de la règle la plus favorable.

### **Erwägungen**

#### **E. 37**

al. 1, 2, 3 et 3ter OACI). La circulaire précitée fournit quelques précisions supplémentaires. S'agissant de l'art. 37 al. 3bis OACI, en effet, il n'est pas tenu compte des mois, compris dans la période de douze mois civils précitée, où l'assuré n'a pas travaillé (sous une réserve, qui est en l'occurrence sans intérêt). En d'autres termes, on calcule le salaire moyen en divisant la somme des gains réalisés par le nombre de mois durant lesquels l'assuré a travaillé (même si tel n'a été le cas que durant un ou deux jours durant le mois, le mois entier compte), à l'exclusion dès lors de ceux durant lesquels il n'a eu aucune activité (sur ce point, la circulaire paraît reprendre la solution de l'ATF 121 V 165, cons. 4e). Quant à l'alinéa 3ter, il concerne 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; dans ce cas, le gain assuré est calculé en règle générale sur les six derniers mois de cotisation de ce délai-cadre; la circulaire précitée explique encore qu'il peut être dérogé à cette formule " 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 chiffre C 43). La circulaire indique encore que cette disposition n'est pas applicable si, entre l'expiration du délai-cadre d'indemnisation et la réinscription de l'assuré au chômage, ce dernier a exercé pendant un mois au moins une activité soumise à cotisation; dans une telle hypothèse, il s'agit de s'en tenir aux règles de l'art. 37 al. 1 à 3bis OACI. La circulaire comporte encore un modèle de calcul, qui préconise d'ailleurs d'examiner deux variantes, la plus favorable devant ensuite être retenue comme gain assuré (voir chiffre C 49). Dans l'hypothèse où l'art. 37 al. 3ter OACI et ce modèle de calcul seraient applicables, il conviendrait de vérifier le montant du gain assuré en se fondant sur une période de six mois de cotisation (et non des mois civils), respectivement de douze mois de cotisation, en tenant compte des indemnités compensatoires (selon art. 23 al. 4 LACI) ou non (art. 37 al. 3 OACI). La caisse a effectué ces calculs; le gain assuré s'élèverait alors, (pour autant que ces calculs soient corrects, ce qui n'est pas évident), dans le cas le plus favorable, à 3'461 francs. c) C'est ce dernier type de calcul, fondé sur l'art. 37 al. 3ter OACI que préconise la recourante. Dans son écriture du 24 mars 2003, le seco paraît aller dans ce sens; il suggère ce qui suit : "(...) Le Seco a décidé de considérer à la fois les périodes de cotisations et les mois civils. La détermination du gain assuré est donc

déterminée en prenant en compte le montant perçu (gain + indemnités compensatoires) durant les mois civils nécessaires pour obtenir six, le cas échéant douze mois de cotisation. (...) d) La modification de l'OACI du 28 mai 2003, entrée en vigueur le 1er juillet de la même année (ROLF 2003, 1828; il en va de même de la révision de la LACI du 22 mars 2002), n'a pas porté sur l'art. 37 al. 3bis OACI; la nouvelle concerne en revanche l'alinéa 3ter. Les directives de juin 2003 du seco, relatives à la révision précitée confirment au surplus que le gain assuré, pour les professions où soit les changements d'employeurs sont fréquents, soit les contrats de durée limitée sont usuels, est soumis, s'agissant de la période de référence pour le calcul de ce gain, à l'art. 37 al. 3bis OACI (chiffre 4 de cette circulaire). Ce document évoque au surplus les changements intervenus pour ces professions dans le cadre des art. 13 al. 4 LACI et 12a OACI; ces dispositions assouplissent s'agissant de ces dernières le régime relatif à la période de cotisation, laquelle a passé de six à douze mois, dans le cadre du nouveau droit. On ne s'étendra pas sur ces nouvelles règles, qui n'ont pas vocation à s'appliquer ici (plus concrètement, la prolongation de la période de cotisation de six à douze mois ne saurait s'appliquer à l'assurée, dont le délai-cadre d'indemnisation s'est ouvert sur la base de l'ancien droit; on se réfère donc ci-après uniquement à l'ancienne teneur de ces dispositions, sauf mention particulière). 2. Une première question se pose, en relation avec l'ouverture du délai-cadre ici en cause. On aurait tout d'abord pu imaginer que les deux délais-cadre d'indemnisation s'enchaînent sans interruption (le premier prenant fin le 6 février 2002, le second débutant le lendemain). La situation aurait alors peut-être été plus avantageuse pour la recourante, qui aurait pu se prévaloir de l'art. 37 al. 3ter OACI, sans se heurter à la lettre de cette disposition. Dans le cas d'espèce, toutefois, tout indique que l'assurée, de par sa propre volonté, a renoncé à faire valoir un nouveau délai-cadre d'indemnisation avant le 15 avril 2003; sa lettre du 9 mai indique en effet qu'elle estimait plus judicieux d'utiliser son contrat en France, courant du 1er février au 13 avril 2002, à titre de période de cotisation pour le nouveau délai-cadre (c'est aussi ce qui paraît ressortir de la manière dont elle a rempli la demande d'indemnité de chômage). On notera d'ailleurs que l'assurée n'invoque, à aucun moment, avoir reçu des assurances, voire des conseils de l'ORP ou de la caisse en relation avec la date d'ouverture du nouveau délai-cadre. Force est dès lors de prendre en considération la date choisie par l'assurée elle-même, soit le 15 avril 2002. Il découle de ce qui précède qu'en l'espèce l'art. 37 al. 3ter OACI, pour autant qu'il doive être interprété suivant sa lettre, ne paraît pas applicable au contraire de la règle spéciale de l'alinéa 3bis, qui exclut le régime plus favorable des alinéas 1 à 3 de cette disposition (sur l'alinéa 3bis, voir à titre d'exemple ATF 127 V 348; voir également ATF 121 V 173; ces arrêts confirment que l'art. 37 al. 3bis vise bien les mois civils). 3. A teneur du texte de l'art. 37 al. 3ter OACI, cette disposition n'est en effet applicable que dans l'hypothèse où la période de cotisation, permettant de prétendre à l'ouverture d'un nouveau délai-cadre d'indemnisation, a été exclusivement accomplie durant un délai-cadre d'indemnisation écoulé; le texte allemand de cette disposition s'exprime de la même manière. Alors que, dans certains arrêts (voir à titre d'exemple arrêt non publié C 4/02 du 15 avril 2002, consid. 3, lettres b/bb; voir également C 119/00, du 14 juillet 2002, consid. 2), le Tribunal fédéral des assurances indique que rien ne s'oppose à une interprétation littérale de cette disposition, il a au contraire laissé ouverte la question de savoir si le nouveau délai-cadre d'indemnisation devait suivre immédiatement la période de cotisation antérieure (comme le soutient le Seco dans sa circulaire, au chiffre C 44; voir sur ce point ATF 125 V 56 consid. 5 b). L'arrêt relève d'ailleurs que le but du législateur (soit empêcher de défavoriser le chômeur qui, durant le délai-cadre d'indemnisation, accepte des

relations de travail moins rémunérées), n'est pas entièrement atteint par cette disposition; il relève en effet que l'application des alinéas 1 à 3 de la même règle, qui offrirait un régime plus souple, pourrait déboucher sur un résultat plus avantageux. On relève cependant ici que l'art. 37 al. 3ter OACI n'est pas aussi rigide que cet arrêt le laisse entendre, puisque la solution qu'il prévoit est posée "en règle générale" seulement. La pratique administrative a donc admis, on l'a vu plus haut, que le calcul pouvait se faire non pas seulement sur les six derniers mois de cotisation, mais sur douze mois (dans un arrêt non publié du 31 juillet 2001, C 96/01, le Tribunal fédéral des assurances paraît d'ailleurs avoir admis ce dernier mode de calcul). Il reste que, malgré l'arrêt précité, l'application de l'art. 37 al. 3ter OACI doit être écartée, à la lettre de cette disposition, lorsque la période de cotisation comprend un à plusieurs mois durant lesquels l'assuré a bénéficié d'un salaire, alors qu'il n'était plus chômeur (circulaire IC, ch. C 44; cette rigueur paraît avoir été abandonnée à l'art. 37 al. 3ter nOACI, en vigueur dès le 1er juillet 2003). Dans une telle hypothèse en effet, on peut imaginer que le salaire obtenu durant les mois en question atteignait le montant du précédent gain assuré ou, à tout le moins, 80 % de celui-ci (voir à titre d'exemple le raisonnement de la Cour cantonale dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 7 avril 2003, C 35/02); dans une telle hypothèse, l'assuré pourrait en effet avoir intérêt à bénéficier du régime de l'art 37. al. 1 OACI, de sorte que rien ne s'oppose alors à une application stricte de l'art. 37 al. 3ter. 4. a) Le Tribunal fédéral des assurances a notamment jugé que les personnes actives dans le domaine du spectacle entraient bien dans le champ d'application de l'art. 37 al. 3bis; il est parvenu à ce résultat en relevant que, à défaut, il aurait été nécessaire d'appliquer les alinéas 1 à 3 de la même disposition, ce qui aurait conduit à un calcul excessivement favorable et arbitraire du gain assuré dans ce type de profession. Ces considérations constituent une consécration claire du fondement de l'art. 37 al. 3bis; on ne saurait dès lors étendre la portée de l'art. 37 al. 3ter OACI au-delà de sa lettre, au motif que l'alinéa 3bis aboutirait à un résultat inéquitable. Il suffit simplement de constater sur ce point que le cas d'espèce n'entre pas simultanément dans le champ d'application de ces deux règles, seul l'alinéa 3bis ayant en définitive vocation à s'appliquer. On laissera donc ouverte ici la question de l'application de l'art. 37 al. 3ter OACI dans un cas remplissant cumulativement les conditions d'application des al. 3bis et 3ter de cette disposition (v., à ce propos, les suggestions présentées en procédure par le seco). b) Dans son recours au TFA, l'assurée a encore présenté divers exemples dont il ressort que l'application de l'art. 37 al. 3bis OACI entraîne des inégalités de traitement selon la répartition dans le temps des emplois occupés; en substance, plus les emplois sont de courte durée (et par voie de conséquence répartis sur des mois civils plus nombreux), plus le modèle de calcul prévu par l'art. 37 al. 3bis s'avère défavorable. A vrai dire, il s'agit là également d'une conséquence directe de cette disposition et de la jurisprudence qui s'y rapporte; celle-ci a précisément voulu empêcher d'avantager les professions impliquant des contrats de courte durée en tenant compte des mois civils. Il est clair que cette solution présente un certain schématisme, susceptible de générer des calculs désavantageux pour certains assurés (comédiens), par rapport à d'autres (comédiens) également; mais il y a lieu de s'en accommoder (en relevant que les situations correspondant à l'exemple No 1 sont sans doute peu fréquentes). Ces ultimes moyens ne sauraient dès lors être accueillis. 5. En résumé, la situation de la recourante relève bien de l'art. 37 al. 3bis, ce qui entraîne, sur le principe, le rejet du recours (peu importe à cet égard que la caisse ait calculé le gain assuré sur la formule destinée à l'application de l'art. 37 al. 3ter OACI). On ajoutera encore de brèves remarques : a) Dans le cas d'espèce, le gain réalisé en

France a été pris en considération après un abattement de 25 % pour frais. Quand bien même la circulaire (chiffre C 5 de cette dernière) évoque la déduction d'une quote-part allant jusqu'à 20 % pour frais non précisés, cette solution apparaît en l'occurrence conforme au régime prévalant en France, soit au lieu de l'exécution du contrat. Elle n'apparaît dès lors pas critiquable. b) Dans le cas du mois d'octobre 2001, l'assurée a réalisé un salaire de 738 fr.50, pour un emploi de quelque trois jours. Toutefois, dans le calcul de l'art. 37 al. 3bis OACI, c'est l'ensemble du mois d'octobre qui a été pris en compte; cette solution, même si elle pénalise l'assurée, apparaît pleinement conforme tant à la pratique (voir la circulaire, déjà citée, chiffre C 20) qu'à la jurisprudence (ATF 121 V 165, spéc. consid. 4c à e). c) On peut tout au plus relever encore que la caisse, encore qu'elle disposait apparemment de tous les éléments nécessaires, n'a pas alloué d'indemnités compensatoires pour les quelques jours de février compris dans le délai-cadre qui s'achevait le 6 février 2002. Cela paraît être un oubli, susceptible apparemment d'être réparé sans grande difficulté. 6. Le recours ne peut dès lors qu'être rejeté, la décision devant toutefois être réformée au détriment de l'assurée. Le présent arrêt sera rendu sans frais (art. 103 al. 4a LACI), l'assurée n'ayant au surplus pas droit à l'allocation de dépens.

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