

VD_OMNI PS.2004.0073 vom 9. Mai 2006

VD Tribunal cantonal, 2006-05-09, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PS.2004.0073

FR: VD_OMNI PS.2004.0073 du 9 mai 2006

IT: VD_OMNI PS.2004.0073 del 9 maggio 2006

Regeste

X. c/Caisse de chômage des Jeunes Commerçants, Office régional de placement de Morges-Aubonne, Service de l'emploi, 1ère instance cantonale de recours en matière | Une nouvelle directive du Seco faisant suite à un changement de jurisprudence du TFA (au 01.06.1999) ne s'applique pas, en principe, à la détermination du gain assuré antérieur à ce revirement de jurisprudence.

Erwägungen

E. 1

de la loi fédérale sur la partie générale des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), le recours est intervenu en temps utile. Il est au surplus recevable en la forme.

E. 2

L'objet du litige est déterminé par trois éléments : l'objet du recours, les conclusions du recours et les motifs de celui-ci (RDAF 1999 I 254). Le recours est interjeté contre la décision du 8 mars 2004 du Service de l'emploi réformant in pejus la décision du 13 décembre 1999 de la caisse de chômage arrêtant le gain assuré à 2'174 fr. Cette décision admet en revanche les griefs de la recourante à son chiffre 5 en ce sens que les montants perçus par 1'425 fr. en novembre 1997, 2'379 fr. en février 1998 et 1'735 fr. en avril 1998 doivent être pris en compte pour déterminer l'indemnité et calculer le gain assuré. Il ressort de la décision entreprise que l'autorité intimée ne s'est pas formellement prononcée sur le recours interjeté contre la décision de restitution du 27 septembre 1999. Des moyens développés par la recourante dans son acte de recours devant l'autorité de céans et dans ses déterminations du 29 octobre 2004, il ressort également que le recours devant la présente autorité ne porte que sur l'application rétroactive au 1^{er} mai 1998 de la jurisprudence du TFA de juin 1999. Le Tribunal administratif n'examinera donc pas le détail des calculs du gain assuré, ni a fortiori la proposition en procédure du 15 juillet 2004 émanant de la caisse, mais tranchera la question de l'application rétroactive d'une nouvelle directive du Seco liée à un changement de jurisprudence.

E. 3

L'art. 23 LACI dispose qu'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 montant maximum du gain assuré correspond à celui de l'assurance-accidents obligatoire; le gain n'est pas réputé assuré lorsqu'il n'atteint pas un montant minimum; le Conseil fédéral détermine la période de référence et fixe le mode de calcul (al. 1). L'al. 4 de cette disposition prévoit en outre 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 (art. 9, 3ème al.), les indemnités compensatoires (art. 24) sont prises en considération dans le calcul du gain assuré comme si elles étaient soumises à cotisation. Selon l'art. 24 LACI, est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle (al. 1); l'assuré a droit, dans les limites du délai-cadre applicable à la période d'indemnisation, à une compensation de la perte de gain pour les jours où il réalise un gain intermédiaire (al. 2, 1ère phrase). b) Selon l'article 37 OACI, en règle générale est réputé 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. 1); lorsqu'il y a un écart d'au moins 10 pour cent 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. 2); lorsque le résultat du calcul effectué sur la base des 1er et 2e alinéas se révèle injuste pour l'assuré, la caisse peut se fonder sur une période de référence plus longue, mais au plus sur les douze derniers mois de cotisation (al. 3). L'al. 3ter, 1ère phrase de cette disposition prévoit en outre que lorsque la période de cotisation permettant de prétendre de nouveau à l'indemnité de chômage a été exclusivement accomplie durant un délai-cadre d'indemnisation écoulé, le gain assuré est calculé en règle générale, sur les six derniers mois de cotisation de ce délai-cadre (art. 9 al. 3 LACI). Le gain assuré déterminé, pour une disponibilité au placement toujours égale, reste inchangé durant tout le délai-cadre pour l'indemnisation (Circulaire IC 01.92 de l'OFIAMT - actuellement seco - relative à l'indemnité de chômage, no 151, p. 48). L'art. 37 al. 4 OACI prévoit toutefois que le gain assuré est redéfini pour la période de contrôle suivante si, pendant le délai-cadre d'indemnisation l'assuré a exercé pendant au moins six mois consécutifs, avant de retomber au chômage, une activité soumise à cotisation pour laquelle il a reçu un salaire supérieur au gain assuré (let. a) ou l'aptitude au placement a subi un changement (let. b). 3. a) Selon une directive de l'OFDE (actuellement seco) publiée en avril 1997 (voir Bulletin AC 97/1, fiches 5/2 et 5/3), le gain assuré déterminant pour le deuxième délai-cadre relatif à la période d'indemnisation, ainsi que pour les suivants, est fixé, en cas d'obtention de gains intermédiaires, compte tenu des indemnités compensatoires calculées en fonction des jours de travail isolés. Cette directive fournit deux exemples de calcul. b) Dans un arrêt du 1er juin 1999, le Tribunal fédéral des assurances a déclaré que cette directive est contraire à la loi (ATF 125 V 480). Afin de tenir compte du nouveau mode de calcul posé par le TFA, le seco a établi la directive du 16 juin 1999 qui prévoit qu'est déterminant pour calculer l'indemnité compensatoire à prendre en compte le rapport entre les jours où l'assuré a effectivement travaillé et ceux où il aurait pu travailler pendant la période de contrôle en question. Elle précise en outre qu'elle n'a aucun effet rétroactif et qu'elle s'applique uniquement aux cas survenus ultérieurement et à ceux qui ne sont pas encore réglés au moment de la modification. Elle prévoit les règles d'application suivantes: "- le gain assuré sera recalculé avec effet rétroactif au 1er juin 1999 pour l'ensemble des assurés concernés par cette modification; - les bénéficiaires dont le recours est encore pendant devant un tribunal ne sont pas touchés; leur gain assuré sera recalculé pour le début du délai-cadre dès qu'une décision aura été rendue; - si le gain assuré est déterminé pour la première fois après le 1er juin, le droit à l'indemnité journalière acquis avant le 1er juin sera calculé d'après la nouvelle pratique; - cette nouvelle pratique s'applique à toutes les personnes inscrites ou réinscrites au chômage après le 1er juin 1999." c) Cette directive du 16 juin 1999 a été complétée par celle du 29 juin 1999 de la manière suivante: "- le gain assuré à prendre en compte dans la formule de calcul de l'ATF varie

selon le nombre de jours de travail qu'il était possible d'accomplir durant la période de contrôle. Le gain assuré pour chaque période de contrôle est donc calculé au moyen de la formule suivante: $GA / 21,7 \times JT_{\text{poss}}$. En pratique, les caisses peuvent donc utiliser les montants compensatoires afférents à une période de contrôle tels qu'ils ont été calculés par le système SIPAC pour appliquer la formule de calcul du TFA. On dispose alors du résultat intermédiaire de la formule de calcul retenue par le TF, soit $(GA - GI) \times TI$. - si la période de référence pour le calcul du gain assuré (art. 37 al. 3 ter OACI) comporte des périodes de contrôle qui ne peuvent être intégralement prises en compte comme période de cotisation (conversion des jours d'emploi en jours civils par le facteur 1,4), le calcul du gain assuré dans le deuxième délai-cadre donne des résultats indéfendables en fait et en droit (gain assuré beaucoup trop élevé en comparaison du gain intermédiaire réalisé et des indemnités compensatoires y afférentes de même qu'en comparaison du gain assuré relatif au délai-cadre précédent). Pour éviter ces résultats injustifiés, il est donc nécessaire de réduire proportionnellement les indemnités compensatoires. Les indemnités compensatoires qui doivent être prises en considération d'après la formule de calcul de l'ATF doivent en conséquence toujours être multipliées par la période de cotisation accomplie durant la période de contrôle concernée. Une indemnité compensatoire à prendre en considération de fr. 789.20 par exemple (= chiffre obtenu par la formule de calcul de l'ATF) doit être multipliée par la période de cotisation correspondante de 0,33, ce qui donne une indemnité compensatoire à prendre en considération de fr. 263.40 pour le mois en question." d) Le 16 décembre 1999, le seco a établi une nouvelle directive qui annule celles des 16 et 29 juin 1999 (bulletin MT/AC 2000/1, fiche 5/1). Constatant que le calcul du gain assuré dans un nouveau délai-cadre compte tenu de gains intermédiaires et d'indemnités compensatoires selon la formule précisée par le TFA dans son arrêt du 1er juin 1999 conduisait à des "résultats inapplicables", le seco a modifié le mode de calcul en préconisant deux variantes, la plus favorable à l'assuré devant être retenue. Cette directive précise en outre que les gains assurés qui ont déjà été calculés ne seront pas modifiés, qu'elle entre en vigueur le 1er janvier 2000 et qu'elle est valable pour tous les assurés pour lesquels un nouveau délai-cadre est ouvert après cette date.

E. 4

Conformément à la doctrine et à la jurisprudence, une nouvelle pratique issue d'un changement de jurisprudence est applicable aux affaires pendantes au moment où elle est adoptée et aux affaires futures. Le Tribunal fédéral des assurances admet en outre que la nouvelle pratique soit appliquée aux décisions à effets durables, qui, toutefois pro futuro seulement, pourront donc être modifiées (Moor, Droit administratif I p. 74, Knapp Précis de droit administratif, pp. 281-282 n° 1339 ss; ATF 115 V 308; 119 V 410; 121 V 157; 125 V 383, cons. 3). Ainsi, les directives de juin et décembre 1999 ne peuvent dans le cas particulier s'appliquer rétroactivement. Le gain assuré de la recourante doit être calculé pour la période du 1er mai 1998 au 31 mai 1999, conformément à l'ancienne directive du Seco antérieure au changement de jurisprudence du TFA (Bulletin AC 98/2, fiches 2/11 et 2/12).

E. 5

La recourante fait valoir que la Caisse lui a donné l'assurance que la nouvelle jurisprudence du TFA serait applicable rétroactivement au 1er mai 1998. Elle se fonde sur les déterminations du 16 mars 2000 de la caisse selon lesquelles celle-ci a suivi les instructions du Seco. Or, la directive du Seco du 16 juin 1999 est claire : la nouvelle pratique s'applique dès le 1er juin 1999 et pas rétroactivement. On se trouve donc face à des instructions

contradictoires de l'autorité de surveillance et non face à une assurance. La recourante ne prend en outre pas en considération le fait qu'elle a contesté la décision de la caisse et que l'assurance dont elle se prévaut est postérieure au dépôt du recours. Ainsi, dans le cadre de son instruction, l'autorité intimée a donné l'occasion à la recourante de retirer son recours l'informant qu'elle allait procéder à une reformatio in pejus. La recourante aurait pu continuer de bénéficier rétroactivement du traitement plus favorable issu de la jurisprudence du 1^{er} juin 1999. La reformatio in pejus étant admise en assurances sociales, l'argument tiré d'une prétendue assurance née d'une décision favorable erronée tombe à faux. On relèvera encore que la recourante ne saurait se prévaloir du principe de la bonne foi. Elle n'évoque en particulier pas quelles dispositions elle a prises sur la base de cette assurance erronée qui ne sauraient être modifiées sans lui occasionner de préjudice.

E. 6

Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté et la décision entreprise confirmée. Le dossier sera donc retourné à la caisse pour qu'elle calcule à nouveau le gain assuré. Elle devra également calculer les indemnités de chômage dues pour les mois de novembre 1997, février 1998 et avril 1998 selon les modalités qui ressortent de la décision du Service de l'emploi et qui n'ont pas été contestées devant le Tribunal administratif. L'autorité intimée ne s'est pas formellement prononcée sur le recours interjeté contre la décision de restitution du 27 septembre 1999 de sorte que ce recours est toujours pendant devant elle; toutefois, la nouvelle décision de la caisse rendra de facto cette décision de restitution caduque.

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