

# VD\_OMNI PS.2004.0179 vom 25. Februar 2005

VD Tribunal cantonal, 2005-02-25, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_PS.2004.0179](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PS.2004.0179)

FR: VD\_OMNI PS.2004.0179 du 25 février 2005

IT: VD\_OMNI PS.2004.0179 del 25 febbraio 2005

## Regeste

X/Caisse de chômage de la CVCi | Ne constituent pas un salaire en nature à prendre en considération dans le calcul du gain assuré, les denrées alimentaires invendues dont profite une gérante d'épicerie.

## Erwägungen

### E. 1

Déposé dans le respect du délai fixé à l'art. 60 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA), applicable par renvoi des art. 1<sup>er</sup> et 101 de la loi fédérale sur l'assurance chômage dans sa teneur au 1<sup>er</sup> janvier 2003 (LACI), le recours est intervenu en temps utile; répondant aux autres conditions prévues à l'art. 61 LPGA, il est recevable en la forme. 2. a) L'art. 23 al. 1<sup>er</sup> LACI définit le gain assuré comme étant le salaire obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence; le législateur ayant explicitement délégué la compétence de déterminer la période de référence à prendre en considération pour le calcul du gain assuré au Conseil fédéral, celui-ci adopta l'art. 37 OACI. Les circulaires de l'Ofiamt puis du Seco relatives à l'indemnité de chômage se réfèrent aux règles instaurées par cette disposition et précisent la manière de les appliquer (Bulletin MT/AC 99/2 fiches 9; circulaire IC janvier 2003, C 20 ss). b) L'art. 37 al. 1<sup>er</sup> OACI dispose qu'en règle générale le calcul du gain assuré est fondé sur le salaire moyen des six derniers mois de cotisation - trente jours étant réputés constituer un mois de cotisation, les périodes de cotisation n'atteignant pas un mois civil entier étant additionnées (art. 11 OACI) - avant le début du délai-cadre d'indemnisation. L'art. 37 al. 2 dispose que le gain assuré est déterminé sur la base du salaire moyen des douze derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation si ce salaire est plus élevé que le salaire moyen visé à l'alinéa 1<sup>er</sup>. Le troisième alinéa de cette disposition précise que la période de référence commence à courir le jour précédant le début de la perte de gain à prendre en considération quelle que soit la date de l'inscription au chômage, l'assuré devant avoir, au jour précité, cotisé douze mois au moins pendant le délai-cadre applicable à la période de cotisation. 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. 3ter OACI concerne l'hypothèse, non réalisée en l'espèce, 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. L'art. 37 al. 3bis OACI prévoit quant à lui 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 - et non pas de cotisation -, 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). La circulaire du Seco évoquée ci-dessus prévoit toutefois que lorsque l'assuré s'est consciemment accommodé de carences de revenu avant d'être au chômage - en d'autres termes, s'il trouvait normal de ne pas travailler durant une certaine période de l'année - le gain assuré devait correspondre au salaire moyen réalisé durant les douze derniers mois civils, soit en divisant par douze le salaire obtenu durant les douze mois en question (circulaire IC 2003, ch. C 20). Le Tribunal fédéral des assurances a précisé que l'art. 37 al. 3bis ne trouvait à s'appliquer que lorsque la rémunération subissait d'importantes fluctuations en raison du genre de contrat de travail en cause, sans que les types de contrats retenus par la jurisprudence - ceux de saisonniers, ceux énoncés à l'art. 8 OACI (journalistes, musiciens, techniciens du film, artistes), comme d'autres encore (tel le contrat de travail non écrit entre époux) soient décisifs. L'on ne peut ainsi se dispenser d'examiner, dans chaque cas d'espèce, si le travail en question a effectivement donné lieu à des variations de salaire, auquel cas il convient d'éviter le traitement arbitraire consistant à imputer, par l'application de l'art. 37 al. 3 OACI, un gain fictif trop élevé, et partant à octroyer une indemnisation contraire au but assigné à l'assurance-chômage par la Constitution fédérale (ATF 121 V 165, consid. 4 c-dd; ATF 127 V 348, consid. 3, traitant le cas d'une journaliste n'ayant pas connu de grandes variations de salaire et pour laquelle l'application de l'art. 37 al. 3bis OACI 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; Tribunal administratif, arrêt PS 2003/0082 du 27 août 2003 et les références citées). 3. En l'espèce, l'autorité intimée retient non seulement le cas d'application de l'art. 37 al. 3bis OACI, mais celui du chiffre C 20 de la directive du Seco en ce sens que l'assurée se serait accommodée de son mode de rémunération, le gain assuré devant en pareil cas correspondre au salaire moyen réalisé durant les douze derniers mois civils de travail. Soutenant que la volonté du législateur fut de prendre en considération la période de référence la plus favorable à l'assuré, la recourante considère quant à elle que son activité de gérante de magasin n'est pas celle, à caractère saisonnier, visée à l'art. 37 al. 3bis OACI, et conclut au cas d'application des règles générales énoncées aux alinéas 1 à 3 de cette disposition. Elle soutient au surplus que son salaire déterminant était non seulement constitué de la rémunération perçue en espèces, mais également du revenu en nature perçu sous forme de nourriture (denrées alimentaires invendues affectées à sa propre consommation). 4. a) Il importe peu que l'activité exercée par la recourante réponde ou non aux critères d'un travail saisonnier dès lors que, comme exposé au considérant 2c ci-dessus, les types de contrats retenus par la jurisprudence ne sont pas décisifs. Force est plutôt de constater que la rémunération de la recourante a bien subi d'importantes variations dues à la particularité du contrat de travail en question de limiter l'activité, et donc la rémunération, au calendrier académique de C.\_\_\_\_\_. Les variations de salaire étant ainsi dues au "genre du contrat" au sens de l'art. 37 al. 3bis OACI tel que précisé par la jurisprudence, elles justifient l'application de cette disposition. b) Se pose ensuite la question de savoir si l'autorité intimée était en droit d'inclure dans les douze mois civils à prendre en considération, ceux durant lesquels l'assurée n'a pas du tout travaillé (soit

les mois de juillet à septembre 2003), au motif que l'intéressée s'était accommodée des carences de revenu de son activité au sens du chiffre C 20 de la circulaire IC 2003. Cette solution, qui aggrave la situation de l'assuré, ne se laisse en effet déduire de la lettre d'aucune disposition de la loi ou de son règlement d'application. Elle s'avère toutefois conforme au but de l'art. 37 al. 3bis OACI tel que précisé par la jurisprudence, soit d'éviter, en matière de fixation d'une période de référence, d'imputer un gain fictif trop élevé et, partant, d'octroyer une indemnité contraire au but que la Constitution assigne à l'assurance-chômage, soit de garantir une compensation appropriée de la perte de revenu (art. 114 de la Constitution fédérale du 18 décembre 1998; ATF 121 V 165). Dans le cas d'espèce, l'intéressée s'est accommodée de son contrat de travail à l'année, respectivement d'un emploi stable sur lequel elle avait une maîtrise totale dans la mesure où elle était en réalité son propre employeur, maîtrise dont rien ne permet d'exclure qu'elle ne s'étendait pas non plus sur le temps de travail qui restait à sa disposition. Ainsi, comme pour le risque d'abus déjà sanctionné par la jurisprudence dans le cas du contrat entre époux en raison du fait que l'assuré ou son conjoint pouvait fixer le montant de sa rémunération (ATF C 180/01 du 2 juin 2002), il y a lieu de traiter avec rigueur le cas de l'assuré ayant le pouvoir de fixer les décisions de l'employeur et dont le statut de salarié se confond pratiquement avec celui de l'indépendant. Partant, le calcul du gain assuré fondé sur le salaire moyen réalisé sur la durée contractuelle de douze mois arrêtée par l'assurée elle-même échappe à la critique. c)

La recourante ne saurait pas davantage être suivie lorsqu'elle soutient que son salaire en espèces devrait être augmenté d'un revenu en nature. Le gain assuré, défini comme le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS (art. 23 al. 1 er LACI), comprend en principe les revenus en nature. Le salaire déterminant au sens de cette législation comprend en effet les prestations en nature - lesquelles comprennent notamment la nourriture - ayant un caractère régulier (art. 5 al. 2 LAVS; art. 7 lit. f, 11 et 13 RAVS). En l'espèce toutefois, le contrat de travail de l'assurée ne prévoit aucune rémunération en nature en plus du salaire en espèces, ce que confirme l'absence de mention de ce type de rémunération à l'endroit pourtant réservé à cet effet dans les certificats de salaire versés au dossier. Partant, le fait que l'assurée ait pu disposer de certaines denrées invendues tient à sa position de gérante responsable de l'entreprise, dont les pertes commerciales résultant de ces invendus ne concernent pas l'employé mais la seule société. Enfin, les avantages en nature dont il est question n'apparaissant pas déterminables, l'on ne saurait les qualifier d'un salaire réel, sauf à contrevenir à la jurisprudence visant à sanctionner, par le déni de la condition relative à une période de cotisation suffisante, les accords fictifs entre un employeur et un travailleur au sujet d'un salaire contractuel qui ne correspond pas à la réalité (Tribunal administratif, arrêt PS 2004/0016 du 9 septembre 2004; DTA 1998 n°1 p. 16 ss). 5. L'autorité pouvant revenir sur une décision passée en force pour autant que celle-ci soit manifestement erronée et que sa rectification revête une importance notable (art. 53 al. 3 LPGA; ATF 126 V 23), ces deux conditions sont réalisées en l'espèce. Entrée en force, la décision arrêtant le gain assuré à fr. 4'101.- lors du premier décompte d'indemnité notifié à l'assurée était en effet entachée d'une erreur initiale manifeste dans la mesure où l'autorité n'avait pas fait application de l'art. 37 al. 3 bis OACI, erreur dont l'incidence revêtait une importance notable compte tenu de ses effets sur la détermination du droit à l'indemnité. Cela étant, fondée à retenir le mode de calcul fondé sur le cas d'application de l'art. 37 al. 3 bis OACI et de la circulaire C 20 du Seco, c'est à bon droit que l'autorité intimée est ensuite revenue, en cours de procédure, sur le montant arrêté dans la décision sur opposition dont est recours (art. 53 al. 3 LJPA), à laquelle s'est substitué le prononcé rendu 5 novembre

2004 pour tenir compte du fait que l'assurée n'avait pas travaillé en janvier 2004 et fonder de ce fait le gain assuré sur le salaire moyen réalisé sur les douze mois civils de l'année 2003, soit 2'847 francs. Fondée, la décision entreprise doit donc être confirmée et le recours rejeté en conséquence, sans suite de frais pour son auteur, ni allocation de dépens (art. 61 lit. a LPGA et 55 LJPA).

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