Urteilskopf

111 V 244

47. Arrêt du 26 août 1985 dans la cause Clivaz contre Caisse d'assurance-chômage du canton de Berne et Tribunal des assurances du canton de Berne

Regeste (de):

Art. 22 Abs. 1 und Art. 23 Abs. 1 AVIG, Art. 37 und 40a AVIV.

- Ermessensspielraum der Verwaltung, wenn sie Art. 37 Abs. 3 AVIV anwendet (Erw. 2).

- Die Ferienentschädigung ist Teil des massgebenden Lohnes (Erw. 3b).

- Bemessung des Taggeldes in einem konkreten Fall (Erw. 3-5).

Regeste (fr):

Art. 22 al. 1 et art. 23 al. 1 LACI, art. 37 et 40a OACI.

- Liberté d'appréciation de l'administration lorsqu'elle fait application de l'art. 37 al. 3 OACI (consid. 2).

- L'indemnité de vacances fait partie du salaire déterminant (consid. 3b).

- Calcul de l'indemnité journalière dans un cas concret (consid. 3-5).

Regesto (it):

Art. 22 cpv. 1 e art. 23 cpv. 1 LADI, art. 37 e 40a OADI.

- Potere d'apprezzamento assegnato all'amministrazione che applica l'art. 37 cpv. 3 OADI (consid. 2).

- L'indennità di vacanza fa parte del guadagno assicurato (consid. 3b).

- Calcolo dell'indennità giornaliera nel caso concreto (consid. 3-5).

Sachverhalt ab Seite 244

BGE 111 V 244 S. 244

A.- Rémy Clivaz, né en 1954, célibataire, a obtenu, au mois de mai 1982, un brevet littéraire pour l'enseignement secondaire dans la partie française du canton de Berne. N'ayant pas trouvé de poste fixe dans l'enseignement, il a occupé, depuis le 7 juin 1982, plusieurs emplois de plus ou moins brève durée, à temps partiel ou à temps complet, soit comme enseignant dans diverses écoles, soit comme secrétaire ou documentaliste au service d'une association, laquelle l'a finalement engagé à mi-temps, pour une durée indéterminée, à partir du mois de décembre 1983.
Le 30 janvier 1984, Rémy Clivaz a présenté une demande d'indemnité de chômage, dès le 2 janvier 1984, à la Caisse d'assurance-chômage du canton de Berne, qui la lui a allouée, en considérant comme gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI le revenu qu'il réalisait au service de l'association.
Par la suite, en date du 30 mars 1984, la caisse a notifié à l'assuré
BGE 111 V 244 S. 245

une décision relative au montant de son indemnisation: elle a retenu comme période de référence pour le calcul du gain assuré celle du 7 juin 1982 au 31 décembre 1983; elle a ensuite additionné tous les salaires obtenus par l'intéressé entre ces deux dates, soit fr. 32'692.75, et elle a divisé cette somme par le nombre de jours pendant lesquels il avait été au service d'un employeur durant la

période considérée, soit 262,2 jours. Il en résultait un gain journalier de fr. 124.70 (32 692,75 : 262,2), ce qui donnait une indemnité journalière de fr. 87.30 (70% du gain assuré).
B.- Rémy Clivaz a recouru contre cette décision devant le Tribunal des assurances du canton de Berne. Il concluait à ce que son gain journalier assuré fût déterminé en divisant la somme des salaires obtenus par le nombre de jours au cours desquels il avait effectivement travaillé, c'est-à-dire en tenant compte des seuls jours ouvrables de la semaine. D'autre part, il faisait valoir que certains revenus qu'il avait réalisés durant la période de référence représentaient la rémunération d'une activité à temps partiel. Il demandait en conséquence au tribunal de procéder à une "pondération", en réduisant "proportionnellement au taux d'occupation le nombre de jours durant lesquels a été exercée une activité à temps partiel". En cours de procédure, la caisse a rendu une nouvelle décision, le 16 mai 1984, remplaçant celle du 30 mars 1984 et par laquelle elle fixait à fr. 121.10 le montant de l'indemnité litigieuse. Cette décision contenait, entre autres motifs, le passage suivant: "L'évidence montre que la caisse a commis une erreur en divisant le gain de fr. 32'692.75 par le nombre de jours civils. En effet, il est bel et bien clair que seuls les jours de travail réalisés durant la période de référence, c'est-à-dire 189 jours (262 : 1,4) peuvent servir de dénominateur pour établir le gain journalier assuré. Le calcul de ce dernier s'élève donc à fr. 32'692.75 : 189 = fr. 173.-- par jour. Ainsi, il en résulte une indemnité journalière de fr. 121.10 (70%)." Dans une écriture ultérieure, Rémy Clivaz a déclaré maintenir son recours. Il a précisé que si sa conclusion tendant à ce que le salaire déterminant fût pondéré en fonction de son horaire de travail ne devait pas être admise, il conviendrait alors d'appliquer à son cas, par analogie, l'art. 39 OACI et de prendre ainsi en considération le salaire qu'il aurait normalement obtenu durant la période de référence, s'il avait été occupé en permanence à temps complet.
BGE 111 V 244 S. 246

Par jugement du 10 décembre 1984, le tribunal cantonal a constaté que le recours était devenu sans objet dans la mesure où l'une des conclusions de l'assuré avait été "adjugée" par la caisse (prise en considération des jours de travail effectifs). Pour le surplus, il a rejeté le pourvoi.
C.- Rémy Clivaz interjette recours de droit administratif contre ce jugement. Reprenant les moyens qu'il a développés devant l'instance cantonale, il conclut à l'octroi par la caisse d'une indemnité journalière de fr. 139.95, éventuellement de fr. 143.60. La caisse intimée renonce à se déterminer sur le recours. De son côté, l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail soutient que le recours est non seulement mal fondé, mais que la décision administrative du 16 mai 1984 et le jugement cantonal sont erronés, en ce sens que l'indemnité journalière revenant à l'assuré doit, selon les propres calculs de l'autorité fédérale de surveillance, être fixée à fr. 86.60.
D.- Par lettre du 5 mars 1985, le juge délégué a invité Rémy Clivaz à s'exprimer sur l'éventualité d'une réforme à son détriment du prononcé cantonal, ainsi que de la décision litigieuse, et il a attiré son attention sur la faculté qui était la sienne de retirer son recours de droit administratif. Par écriture du 25 mars suivant, l'assuré a déclaré persister dans ses conclusions.
Erwägungen

Considérant en droit:

1. Aux termes de l'art. 21 LACI, l'indemnité de chômage est versée sous forme d'indemnités journalières. Cinq indemnités journalières sont payées par semaine. Selon l'art. 22 al. 1 première phrase LACI, l'indemnité journalière pleine et entière s'élève, pour un assuré célibataire sans obligation d'entretien, à 70 pour cent du gain assuré. D'après l'art. 23 al. 1 LACI, est réputé gain assuré le salaire déterminant pour le calcul des cotisations - c'est-à-dire, en principe, le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS, plafonné pour chaque rapport de travail au montant maximum du gain mensuel assuré dans l'assurance-accidents obligatoire (cf. art. 3 al. 1 LACI) - qui est normalement obtenu 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

BGE 111 V 244 S. 247

l'exécution du travail. Le gain n'est pas réputé assuré lorsqu'il n'atteint pas un montant minimum. Le Conseil fédéral détermine la période de référence. Se fondant sur cette délégation de compétence, le Conseil fédéral a édicté l'art. 37 OACI, selon lequel, en règle générale, est réputée période de référence pour le calcul du gain assuré le dernier mois de cotisation - au sens de l'art. 11 OACI - avant le début du délai-cadre relatif à la période d'indemnisation (al. 1er). Lorsque le salaire du dernier mois de cotisation s'écarte d'au moins 10 pour cent du salaire moyen des trois 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). Enfin, le gain assuré est recalculé durant le délai-cadre relatif à la période d'indemnisation lorsque l'assuré a exercé, sans interruption durant six mois au moins, une activité soumise à cotisation pour laquelle il a reçu un salaire plus élevé et qu'il est ensuite retombé au chômage (al. 4).

2. a) La caisse a en l'espèce appliqué le troisième alinéa de l'art. 37 OACI et elle a pris en considération les douze derniers mois de cotisation, lesquels ne correspondent pas aux douze derniers mois civils précédant le 1er janvier 1984, mais, conformément à l'art. 11 al. 2 OACI, à douze périodes de cotisation de trente jours puisque, selon cette disposition, les périodes de cotisation qui n'atteignent pas un mois civil entier doivent être additionnées, trente jours étant réputés constituer un mois de cotisation. En revanche, l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail est de l'avis qu'on se trouve dans le cas où, selon l'art. 37 al. 2 OACI, c'est le salaire moyen des trois derniers mois de cotisation qui doit être pris en compte, ce qui conduit en l'occurrence à une diminution du montant de l'indemnité litigieuse par rapport à celui retenu par la caisse. b) Lorsqu'elle fait application de l'art. 37 al. 3 OACI, une caisse d'assurance-chômage use de la liberté d'appréciation qui, dans ce cas précis, lui a été expressément octroyée par le Conseil fédéral. Autrement dit, il lui appartient de choisir entre plusieurs solutions possibles celle qui lui paraît la plus opportune sur la base d'une constatation objective de tous les faits pertinents (cf. GRISEL, Traité de droit administratif, p. 330 ss). Ce faisant, elle doit éviter l'excès de pouvoir d'une part et l'abus de pouvoir d'autre part.
BGE 111 V 244 S. 248

Selon la doctrine et la jurisprudence, commet un excès de pouvoir positif l'autorité qui sort du cadre de sa liberté d'appréciation en usant d'une faculté qui ne lui appartient pas, par exemple en optant pour une solution différente de celles qui s'offrent à elle. Commet en revanche un excès de pouvoir négatif l'autorité qui, au lieu d'utiliser sa liberté d'appréciation, se considère comme liée ou procède à un tirage au sort (GRISEL, op.cit., p. 333). Or, en l'espèce, la caisse n'a pas commis d'excès de pouvoir puisqu'elle a utilisé sa liberté d'appréciation et qu'elle est restée dans les limites tracées par l'auteur de la règle de droit en retenant les douze derniers mois de cotisation comme période de référence. On ne saurait pas non plus parler d'un abus de pouvoir. Il en serait ainsi si la caisse s'était laissée guider par sa fantaisie ou un parti pris. Ou si elle s'était comportée arbitrairement, ou en violation manifeste de certains droits et principes constitutionnels, tels que le droit à l'égalité, le droit à la protection de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (GRISEL, op.cit., p. 333). Cependant, dans le cas particulier, il est constant que le salaire soumis à cotisation a subi de fortes fluctuations, pendant toute la période considérée, dès lors que le recourant a occupé divers emplois, de nature différente, à temps complet ou à temps partiel. Par conséquent, il était opportun de se fonder sur une période relativement longue, ce qui permettait de tenir compte des particularités du cas concret et d'aboutir ainsi à un résultat plus équitable (cf. en ce qui concerne l'ancien droit la solution retenue par le Tribunal fédéral des assurances dans DTA 1983 No 8 p. 37 consid. 5c non publié aux ATF 109 V 58).
3. a) Comme salaire soumis à cotisation, la caisse a retenu une somme de fr. 32'692.75, soit le total des gains réalisés par le recourant entre le 7 juin 1982 et le 31 décembre 1983 (période de référence). Ce dernier ne conteste pas l'exactitude de ce montant, mais, dans l'une des variantes de son calcul, il préconise de le porter à fr. 38'774.15, représentant la somme des salaires qu'il aurait obtenus s'il avait travaillé à plein temps dans chacun des emplois qu'il a occupés. A l'appui de son argumentation, il invoque, par analogie, l'art. 39 OACI, selon lequel, pour les périodes qui, aux termes de l'art. 13 al. 2 let. b à d LACI, sont prises en compte comme périodes de cotisation, est déterminant le salaire que l'assuré aurait normalement obtenu. Cependant, comme l'ont déjà démontré les premiers juges, la situation de l'assuré qui, tel le recourant, occupe un emploi à temps
BGE 111 V 244 S. 249

partiel et cherche à le remplacer par une activité à plein temps ou à le compléter par une autre activité à temps partiel (art. 10 al. 2 let. b LACI), ou qui retire un gain intermédiaire d'une activité salariée ou indépendante durant la période de contrôle (art. 24 al. 1 LACI), ne saurait, ni de près ni de loin, être comparée à l'une ou l'autre des éventualités envisagées par l'art. 13 al. 2 let. b à d LACI (assuré qui accomplit un service militaire, de protection civile ou un cours obligatoire d'économie familiale, ou qui est victime d'un accident, ou encore qui a interrompu son travail pour cause de grossesse ou de maternité) ... b) D'autre part, il n'y a pas lieu, contrairement à ce que voudrait l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail, de déduire du salaire perçu par l'assuré durant la période de référence l'indemnité de vacances qui, pour un enseignant bernois, s'élèverait à 25%. Une telle déduction ne trouve aucun fondement dans la loi ou dans l'ordonnance et il faut bien plutôt

considérer - comme l'ont fait implicitement la caisse et les premiers juges - que les indemnités de vacances font partie du salaire déterminant, ce qui est d'ailleurs aussi le cas dans le domaine de l'AVS (art. 7 let. o RAVS).
c) Vu ce qui précède, c'est bien une somme de fr. 32'692.75 qu'il convient de retenir comme montant du salaire soumis à cotisation.
4. Le troisième et dernier élément de calcul qui est en l'espèce litigieux est celui du nombre de jours de travail par lequel il convient de diviser le salaire déterminant pour connaître le gain journalier. a) Selon le droit applicable jusqu'au 31 décembre 1983, six indemnités journalières étaient versées par semaine. Pour calculer le montant de l'indemnité journalière, on prenait en considération le gain assuré que l'intéressé obtenait normalement pour une journée de travail entière, immédiatement avant le début du chômage. S'il recevait un salaire mensuel fixe, c'était la vingt-sixième partie de ce dernier qui était retenue comme gain déterminant (art. 32 al. 1 OAC; voir à ce sujet DTA 1983 No 8 p. 35 consid. 3 non publié aux ATF 109 V 58). Le facteur de conversion 26 résultait de la division de 313 indemnités journalières possibles en une année (365 jours - 52 dimanches) par douze mois (313 : 12 = 26,08).
La situation a été modifiée par l'entrée en vigueur, le 1er janvier 1984, de la LACI, qui prévoit le versement de cinq indemnités
BGE 111 V 244 S. 250

journalières par semaine. Cette loi n'indique cependant pas quel est le facteur de conversion applicable dans le cadre du nouveau droit. La question n'a pas non plus été réglée par l'OACI, dans sa version du 31 août 1983. Ce n'est que dans la novelle du 25 avril 1985, entrée en vigueur le 1er juillet 1985 (RO 1985 I 648), que le Conseil fédéral a introduit l'art. 40a OACI qui, sous le titre "conversion du gain mensuel en gain journalier", dispose que le gain journalier se détermine en divisant le gain mensuel par 21,7. Le choix de ce diviseur s'explique apparemment par le fait que l'on a adapté l'ancien facteur de conversion, en fonction du nombre d'indemnités journalières qui sont désormais versées à l'assuré, selon la formule: (26,08 x 5) : 6 = 21,73. On arrive d'ailleurs à un résultat pratiquement identique en divisant 261 indemnités journalières possibles en une année (365 jours - 104 samedis et dimanches) par douze mois (261 : 12 = 21,75). b) Aux termes du chiffre II de la novelle précitée, celle-ci est applicable "à tous les cas qui n'ont pas acquis force de chose jugée au moment de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions" et donc, en principe, également à la présente cause. Il y a lieu, par conséquent, d'utiliser en l'espèce le facteur de conversion 21,7 prescrit par l'ordonnance. Comme on l'a vu, le choix de celui-ci est objectivement fondé et son application s'imposerait certainement aussi en l'absence d'une disposition expresse; au demeurant, la solution retenue par le Conseil fédéral à l'art. 40a OACI est plus favorable aux assurés que celle préconisée par les directives administratives qui, avant le 1er juillet 1985, prescrivaient l'utilisation du facteur 22. c) Cela étant, on ne peut se rallier au mode de calcul établi par la caisse - laquelle ne s'est d'ailleurs pas conformée à la pratique administrative précitée - et qui consiste à diviser l'ensemble des gains réalisés par le nombre 189 (262,2 : 1,4 = 189; recte: 187,28; le facteur 1,4 résultant de la division des sept jours de la semaine par cinq indemnités journalières possibles en une semaine). Il n'est pas non plus possible, comme le souhaiterait le recourant, dans la deuxième variante de calcul qu'il soumet au tribunal, de tenir compte de son degré d'occupation effective dans les diverses activités qu'il a exercées au cours de la période de référence: cela serait contraire au système légal qui, selon les règles exposées plus haut, fonde le calcul de l'indemnité journalière sur le gain assuré obtenu durant la période de référence, indépendamment de l'horaire de travail accompli par l'intéressé.
BGE 111 V 244 S. 251

5. Durant 262,2 jours civils, le recourant a réalisé un gain soumis à cotisation de fr. 32'692.75 ou fr. 124.68 par jour ou encore fr. 3'740.58 par période de trente jours. Son gain journalier s'élève donc à fr. 172.37 (3'740,58 : 21,7), ce qui, au taux de 70%, donne une indemnité journalière de fr. 120.66. Selon les calculs de la caisse, confirmés par les juges cantonaux, l'indemnité journalière est de fr. 121.10, soit un montant quelque peu supérieur. Aux termes de l'art. 132 let. c OJ, dans les litiges qui concernent l'octroi ou le refus de prestations d'assurance, comme c'est le cas en l'espèce, le Tribunal fédéral des assurances peut s'écarter des conclusions des parties, à l'avantage ou au détriment de celles-ci. Le recourant a été invité, conformément à la jurisprudence (ATF 107 V 248), à s'exprimer sur une telle éventualité. Rien ne s'oppose donc à ce que le Tribunal fédéral des assurances réforme le prononcé cantonal, ainsi que la décision litigieuse, dans le sens des considérants qui précèdent et fixe ainsi à fr. 120.65 le montant de l'indemnité journalière à laquelle l'assuré peut prétendre.
6. La question d'une éventuelle restitution de prestations indûment touchées (art. 95 LACI) n'est pas litigieuse au stade actuel de la procédure et n'a donc pas à être abordée dans le cadre du présent procès (voir toutefois, en ce qui concerne les conditions d'une telle restitution, ATF 107 V 182

consid. 2b).
Dispositiv

Par ces motifs, le Tribunal fédéral des assurances prononce: Le recours est rejeté. Le jugement du Tribunal des assurances du canton de Berne du 10 décembre 1984 et la décision de la Caisse d'assurance-chômage du canton de Berne du 16 mai 1984 sont réformés en ce sens que l'indemnité journalière à laquelle a droit Rémy Clivaz est fixée à fr. 120.65.