

Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Cour des assurances sociales
du Tribunal fédéral

Cause {T 7}
C 139/05

Arrêt du 26 juin 2006
Ile Chambre

Composition
Mme et MM. les Juges Leuzinger, Présidente, Borella et Kernén. Greffière : Mme von Zwehl

Parties
Secrétariat d'Etat à l'économie, Marché du travail et assurance-chômage, TCRV, Effingerstrasse 31, 3003 Berne, recourant,

contre

1. L._____, représenté par Me Daniel Brodt, avocat, Terreaux 5, 2000 Neuchâtel,
2. Département de l'économie du canton de Neuchâtel, au Château, 2001 Neuchâtel,
intimés

Instance précédente
Tribunal administratif du canton de Neuchâtel, Neuchâtel

(Jugement du 31 mars 2005)

Faits:

A.

L._____ a été engagé le 1er octobre 1998 en qualité de comptable par la société X._____ SA. Il a été licencié avec effet au 31 décembre 2001 en raison de la fermeture de l'entreprise. Il n'a toutefois pas été possible pour celle-ci de terminer l'ensemble de ses affaires à la date prévue, si bien que les parties ont conclu, le 21 novembre 2001, un nouveau contrat de travail pour une durée déterminée du 1er janvier au 31 mars 2002. Ce contrat stipulait, outre l'allocation d'un salaire mensuel brut de 7'000 fr., le versement d'un «bonus de présence» équivalent à trois mois de salaire, soit 21'000 fr., soumis à la condition que les objectifs fixés devaient être atteints avant le 31 mars 2002. L._____ a touché cette somme et s'est annoncé à l'assurance-chômage le 25 mars 2002.

Après avoir requis l'avis du Secrétariat d'Etat à l'économie (seco), la Caisse cantonale neuchâteloise d'assurance-chômage (ci-après : la caisse) a fixé le gain assuré de L._____ à 7'174 fr., c'est-à-dire sans prendre en considération le bonus versé par l'ancien employeur (décision du 12 juin 2002). L'assuré a recouru contre cette décision devant le Département de l'économie publique du canton de Neuchâtel (ci-après : le département), qui a admis le recours, annulé la décision de la caisse et renvoyé le dossier à celle-ci pour nouveau calcul du gain assuré au sens du considérant 6 (décision du 11 mars 2003).

B.

Par jugement du 31 mars 2005, le Tribunal administratif du canton de Neuchâtel a rejeté le recours formé par le seco contre la décision du département.

C.

Le seco interjette recours de droit administratif contre ce jugement, dont il requiert l'annulation. A titre prin-

cipal, il invite le Tribunal fédéral des assurances à dire que la rétribution d'un montant de 21'000 fr. ne doit pas être prise en compte dans le gain assuré. A titre subsidiaire, il conclut au renvoi de la cause à l'autorité inférieure afin qu'elle détermine quelle part de cette rétribution constitue une gratification et quelle autre part a le caractère d'une indemnité exclue du gain assuré.

L._____ conclut, sous suite de frais et dépens, au rejet du recours. Le département renonce à présenter des déterminations. La caisse s'en remet à justice.

Considérant en droit:

1.

Le litige porte uniquement sur le point de savoir si le «bonus de présence» que le recourant a perçu à la fin de son contrat de travail de durée déterminée doit être pris en considération dans le calcul de son gain assuré.

2.

Aux termes de l'art. 23 al. 1 LACI, 1ère phrase, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou 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.

3.

Le bonus ici en cause ne saurait être considéré comme une indemnité pour inconvénients liés à l'exécution du travail dont font notamment partie les indemnités versées pour travail de nuit, travail par équipes, travail le dimanche, travail salissant, travail de chantier etc. (voir Boris Rubin, Assurance-chômage - Droit fédéral - Survol des mesures de crise cantonales - Procédure, Délémont 2005, p. 193; également ATF 115 V 326). Le seco l'admet à juste titre en instance fédérale, de sorte qu'il n'y a pas lieu de discuter plus avant cette question. Celui-ci soutient par contre que ce bonus ne constitue pas un salaire «obtenu normalement». En effet, durant la période du 1er juillet au 31 décembre 2001, l'assuré avait réalisé un salaire mensuel de 7'173 fr. 80; sous contrat de durée déterminée, il avait perçu pratiquement le même salaire (7'000 fr.). La prime de 21'000 fr. était donc avant tout liée au contexte particulier de la fermeture de la société. La prise en considération dans le gain assuré d'une telle somme, équivalente à trois salaires mensuels et versée pour une période de travail aussi courte, porterait atteinte à l'un des buts de l'assurance-chômage qui est de garantir une compensation équitable du manque à gagner causé par la perte du travail.

4.

4.1 Le salaire pris en compte comme gain assuré se rapproche de la notion de salaire déterminant au sens de la LAVS (cf. art. 5 al. 2), mais ne se recouvre pas exactement avec celui-ci, ce qui ressort d'ailleurs de la formulation «normalement» contenue dans le texte légal de l'art. 23 al. 1 LACI (Boris Rubin, op. cit., p. 191; cf. également Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], ch. 303 p. 116). Certains montants perçus par le salarié, certes soumis à cotisations, n'entrent pas dans la fixation du gain assuré. Il en va ainsi de la rémunération des heures supplémentaires (ATF 129 V 105), de l'indemnité de vacances à certaines conditions (DTA 2000 n°7 p. 33), des gains accessoires (ATF 125 V 478 consid. 5a) ou encore des indemnités de frais (voir la référence citée dans DTA 1992 n°14 p. 141). L'assurance-chômage n'a en effet pas vocation d'indemniser les pertes d'activités qui dépassent l'horaire normal de travail. En revanche, les allocations de renchérissement, les gratifications, ainsi que les primes de fidélité et au rendement sont incluses dans le gain assuré, même si l'employeur les verse à bien plaisir et que l'employé ne peut en déduire aucun droit en justice (ATF 122 V 363 consid. 3 et les références).

4.2 En l'espèce, on peut douter que le «bonus de présence» perçu par L._____ ait le caractère d'une gratification comme l'ont considéré les premiers juges. Par gratification, il faut en effet entendre, selon l'art. 322d CO, une rétribution spéciale accordée en sus du salaire par l'employeur à certaines occasions telles Noël ou la fin de l'exercice annuel. Or, dans le cas présent et aux dires même de l'assuré, la fixation contractuelle du bonus était destinée à garantir à l'employeur l'engagement et la motivation de ses employés pour les trois mois d'activité restants avant la fermeture définitive de l'établissement en Suisse. Quoi qu'il en soit et indépendamment de la qualification juridique qu'un juge civil pourrait être amené à retenir ici, on doit donner raison au seco. A examiner les conditions salariales de l'assuré auprès de X._____ SA depuis 1998, on constate que

celui-ci n'a jamais obtenu un salaire mensuel de base supérieur à 7'000 fr. (7'183 fr. 80 si l'on tient compte de la participation de l'employeur à la prime de l'assurance-maladie). Il ne ressort pas non plus du dossier que l'assuré aurait régulièrement été mis au bénéfice d'une gratification d'une telle importance depuis octobre 1998. Par ailleurs, il

n'apparaît pas que L. _____ aurait, sous le nouveau contrat de travail de durée déterminée, assumé des responsabilités plus importantes ou que ses conditions de travail auraient subi un changement significatif par rapport aux années précédentes. Le seul fait que le paiement du montant de 21'000 fr. était soumis à la réalisation de certains objectifs n'est à cet égard pas décisif. L'ensemble de ces éléments permettent de conclure que le «bonus de présence» procédait de circonstances tout à fait particulières qui ne se sont produites qu'une fois, à l'occasion de la cessation d'activité de la société. Dans cette mesure, on ne peut pas parler de salaire «obtenu normalement» au sens de l'art. 23 al. 1 LACI et c'est à juste titre que la caisse n'en a pas tenu compte dans la fixation du gain assuré de l'intéressé.

Le recours se révèle bien fondé.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral des assurances prononce:

1.

Le recours est admis et le jugement du Tribunal administratif du canton de Neuchâtel du 31 mars 2005 ainsi que la décision du Département de l'économie publique du canton de Neuchâtel du 11 mars 2003 sont annulés.

2.

Il n'est pas perçu de frais de justice.

3.

Le présent arrêt sera communiqué aux parties, au Tribunal administratif du canton de Neuchâtel et à la Caisse cantonale neuchâteloise d'assurance-chômage.

Lucerne, le 26 juin 2006

Au nom du Tribunal fédéral des assurances

La Présidente de la IIe Chambre: La Greffière: