Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Cour des assurances sociales
du Tribunal fédéral

Cause
{T 7}
C 112/02 /Tn

Arrêt du 23 juillet 2002
Ire Chambre

Composition
MM. et Mme les Juges Schön, Président, Borella, Rüedi, Widmer et Frésard. Greffier : M. Métral

Parties
E._____, recourant, représenté par Me Bruno Kaufmann, avocat, rue de Lausanne 18, 1702 Fribourg,

contre

Caisse publique de chômage du canton de Fribourg, rue du Nord 1, 1700 Fribourg, intimée

Instance précédente
Tribunal administratif du canton de Fribourg, Cour des assurances sociales, Givisiez

(Jugement du 4 avril 2002)

Faits :
A.
E._____ était associé-gérant de la société X._____ fondée en 1994. Il a travaillé depuis 1995 au service de cette société en qualité de consultant, puis de directeur.

Selon des modifications statutaires du 16 mars 2000, il a abandonné son poste d'associé-gérant. Ses rapports de travail ont été résiliés oralement le 30 mai 2000 pour le 31 juillet 2000. Incapable de travailler pour cause de maladie depuis le 25 mai 1999, il a perçu des indemnités journalières d'assurance-maladie jusqu'au 24 avril 2000, en vertu d'une police d'assurance-maladie collective conclue par X._____ auprès de l'Union Suisse Assurances, compagnie reprise ensuite par Generali Assurances générales.

Le 1er août 2000, E._____ s'est annoncé à l'assurance-chômage et a présenté une demande d'indemnités journalières.

L'instruction du cas a révélé que l'assuré n'avait pas touché son salaire pour les mois de mai et juin 1999. Les montants y relatifs ont fait l'objet d'une écriture de virement interne de salaire à un compte créancier en faveur du salarié. L'assuré a expliqué à ce propos qu'il avait laissé les salaires en question provisoirement à la disposition de la société, qui était alors en difficulté financière. On ignore s'il a reçu des indemnités journalières durant ces deux mois ou si l'employeur les a perçues directement et a crédité le salaire convenu sur un compte créancier.

Par ailleurs, l'assuré n'a pas reçu de salaire pour les mois de mai, juin et juillet 2000. Il déclare être en litige avec la compagnie Generali Assurances générales au sujet du paiement d'indemnités journalières durant ces trois mois.

Le 19 janvier 2001, la Caisse publique de chômage du canton de Fribourg a notifié à l'assuré une décision par laquelle elle a fixé à 5'192 fr. le montant du gain assuré à partir du 1er août 2000. Elle a considéré que ce gain devait être déterminé sur la base d'une période de référence correspondant aux douze derniers mois pour lesquels la société X._____ était tenue de verser un salaire à l'assuré, selon le tableau récapitulatif suivant et compte tenu d'un salaire contractuel de 9'085 fr., réduit au montant maximum du gain assuré de 8'900 fr. :

Période Salaire Salaire
X._____ déterminant

Octobre 1998 9'085 fr. 8'900 fr.
Novembre 1998 9'085 fr. 8'900 fr.
Décembre 1998 9'085 fr. 8'900 fr.
Janvier 1999 9'085 fr. 8'900 fr.
Février 1999 9'085 fr. 8'900 fr.
Mars 1999 9'085 fr. 8'900 fr.
Avril 1999 9'085 fr. 8'900 fr.
Mai 1999 0 fr. 0 fr.
Juin 1999 0 fr. 0 fr.
Mai 2000 0 fr. 0 fr.
Juin 2000 0 fr. 0 fr.
Juillet 2000 0 fr. 0 fr.
Total 62'300 fr.
Moyenne mensuelle 5'191 fr. 67

La caisse n'a pas pris en considération les périodes durant lesquelles l'assuré a bénéficié d'indemnités journalières et elle a tenu compte du fait que l'assuré n'avait pas perçu de salaire durant les mois de mai et juin 1999 et mai, juin et juillet 2000. Pour ces cinq mois, elle a ainsi retenu que le salaire était égal à zéro.
B.
Par jugement du 4 avril 2002, le Tribunal administratif du canton de Fribourg (Cour des assurances sociales) a rejeté le recours formé contre cette décision par l'assuré.
C.
E._____ interjette un recours de droit administratif dans lequel il conclut à l'annulation de ce jugement et demande au Tribunal fédéral des assurances de dire que les salaires, respectivement les prestations d'assurance, qui lui sont dus pour les mois de mai et juin 1999, ainsi que pour les mois de mai, juin et juillet 2000, font partie intégrante de la «masse salariale» pour le calcul du gain assuré. Il conclut dès lors au renvoi de la cause à la caisse pour qu'elle fixe à nouveau sur cette base le montant de l'indemnité journalière.

La caisse de chômage conclut au rejet du recours. Quant au Secrétariat d'État à l'économie (seco), il ne s'est pas déterminé à son sujet.

Considérant en droit :
1.
1.1 A teneur de l'art. 23 LACI, 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 de telles allocations ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail.

L'art. 3 LACI dispose que les cotisations sont calculées d'après le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS. Le salaire déterminant au sens de l'art. 5 LAVS comprend en particulier toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. En revanche, les prestations d'assurance en cas d'accident, de maladie ou d'invalidité, à l'exception des indemnités journalières selon l'art. 25ter LAI, ne sont pas comprises dans le revenu de l'activité lucrative (cf. art. 6 al. 2 let. b RAVS).

Par salaire normalement obtenu au sens de l'art. 23 al. 1 LACI, il faut entendre la rémunération touchée effectivement par l'assuré (ATF 123 V 72 consid. 3; Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, p. 115 sv., ch. 302). Le salaire contractuel n'est déterminant que si les parties respectent sur ce point les clauses contractuelles. Il s'agit en effet d'éviter des accords abusifs selon lesquels les parties conviendraient d'un salaire fictif qui, en réalité, ne serait pas perçu par le travailleur : un salaire contractuellement prévu ne sera dès lors pris en considération que s'il a réellement été perçu par le travailleur durant une période prolongée et que s'il n'a jamais fait l'objet d'une contestation (DTA 1999 n°7 p. 27, 1995 n°15 p. 79). Une créance de salaire comptabilisée dans les comptes de la société ne peut en conséquence pas être prise en considération au titre de gain assuré (DTA 2001 n°27 p. 225).

Par ailleurs, quand l'assuré est partie à un rapport de travail et qu'il ne touche pas de salaire parce qu'il est malade ou victime d'un accident, est déterminant le salaire que l'assuré aurait normalement obtenu (art. 39 OACI en corrélation avec l'art. 13 al. 2 let. c LACI).
1.2 Sous le titre «Période de référence pour le calcul du gain assuré», l'art. 37 OACI, édicté en exécution de l'art. 23 al. 1 LACI, a la teneur suivante :
1 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 (version en vigueur jusqu'au 31 mai 2002).
2 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.
3 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.
(...)
2.
2.1 L'administration et les premiers juges ont pris en compte une période de référence de douze mois, conformément à l'art. 37 al. 3 OACI, en excluant de cette période les mois de mai, juin et juillet 2000 et mai et juin 1999, ainsi que les mois durant lesquels l'assuré a été incapable de travailler et a perçu des indemnités en cas d'incapacité de gain.

En ce qui concerne les mois de mai, juin et juillet 2000, l'assuré a affirmé avoir été incapable de travailler durant ces trois mois et a réclamé le versement par Generali Assurances générales d'indemnités en cas d'incapacité de gain. Sans remettre en cause cette incapacité de travail, les premiers juges considèrent que l'art. 324a CO impose à l'employeur, en cas d'incapacité de travail pour cause de maladie, une obligation primaire de verser le salaire. Comme celui-ci n'a pas été versé, il ne peut pas être pris en considération - à titre hypothétique - dans le calcul du gain assuré. Au demeurant, poursuivent les premiers juges, tout porte à croire que le recourant n'était plus lié par un contrat de travail à la société à partir du moment, en tout cas, où il a abandonné sa fonction d'associé-gérant de X._____ (mars 2000). On doit ainsi considérer que pour la période de mai à juillet 2000, l'existence d'une activité soumise à cotisation n'a pas été établie. Partant, il faut, pour ces trois mois, tenir compte d'un revenu égal à zéro.
2.2 Ce raisonnement ne peut pas être suivi.

Ou bien on admet que l'assuré n'était plus lié par un contrat de travail au cours des trois mois en cause et il faut alors prendre en considération comme dernier mois de cotisation au sens de l'art. 37 al. 1 OACI le mois d'avril 2000, durant lequel l'assuré était incapable de travailler, et tenir compte du salaire qu'il aurait normalement obtenu (art. 39 OACI; cf. DTA 1999 n°7 p. 28 consid. 2a).

Ou bien on admet que les rapports de travail ont effectivement pris fin le 31 juillet 2000. Mais, dans cette hypothèse, on ne peut pas considérer que l'assuré avait un droit au salaire. Il est constant, en effet, que l'employeur avait conclu une assurance perte de gain auprès d'une compagnie d'assurance privée en faveur de l'assuré. Comme le relèvent les premiers juges, une telle assurance couvrait le 80 pour cent au moins du salaire, pour une durée, apparemment, de 720 jours. Cette garantie - pour autant qu'elle soit considérée comme équivalente au sens de l'art. 324a al. 4 CO, ce qui n'est pas contesté en l'espèce - libère l'employeur de l'obligation de payer

le salaire selon l'art. 324a al. 1 CO (Brunner/Bühler/Waeber, Commentaire du contrat de travail, 2e éd., n. 18 et 19 ad art. 324a CO; ATF 124 III 131 consid. 1b/bb). Sauf résiliation valable des rapports de travail, ceux-ci subsistent pendant le temps où l'indemnité est versée et, du point de vue de l'assurance-chômage, le salarié n'est pas réputé sans emploi au sens de l'art. 10 al. 1 LACI (cf. Charles Munoz, La fin du contrat individuel de travail et le droit aux indemnités de l'assurance-chômage, thèse Lausanne 1992, p. 65).

Les premiers juges invoquent certes l'opinion de Jean-Louis Duc (Réglementation équivalente au sens de l'article 324a alinéa 4 CO et assurance d'une indemnité journalière différée suivant l'article 12bis LAMA, in Mélanges Pierre Engel, Lausanne 1989, p. 41). Mais cette opinion, qui fait référence à une obligation primaire de l'employeur de verser le salaire, se rapporte à la situation tout à fait particulière où l'employeur conclut une assurance en faveur de ses travailleurs sans l'avoir convenu avec ces derniers en respectant les conditions de forme prévues. Or rien ne permet d'affirmer que l'on se trouverait en l'espèce dans une situation particulière de ce genre. Les premiers juges ne le prétendent du reste pas.

Par ailleurs, s'agissant d'un contrat d'assurance soumis à la LCA, le travailleur a une prétention directe à l'égard de l'assureur (art. 87 LCA; Olivier Carré, Loi fédérale sur le contrat d'assurance, édition annotée, Lausanne 2000, p. 436 sv.; voir aussi ATF 122 V 81). On ne peut donc pas admettre que l'assuré - comme le suggèrent en réalité les premiers juges - a renoncé à des prétentions de salaire à l'égard de son employeur.

Ainsi donc, dans les deux hypothèses envisagées, on doit retenir un gain assuré de 8'900 fr., conformément à l'art. 39 OACI.
2.3 Il n'y avait donc pas de raison, dans ces conditions, de s'écarter de la règle générale de l'art. 37 al. 1 OACI. L'art. 37 al. 3 OACI ne trouve application que lorsqu'un calcul selon les deux alinéas précédents se révèle injuste pour l'assuré. C'est le cas, notamment, lorsque le salarié a travaillé au service de plusieurs employeurs, durant de courtes périodes, à temps complet ou à temps partiel, pendant le délai-cadre relatif à la période de cotisation (DTA 1996/1997 n°9 p. 35).
2.4 Quant au fait que l'assuré a renoncé (provisoirement tout au moins) à percevoir son salaire pour les mois de mai et juin 1999, il ne constitue pas un élément déterminant dans la mesure où cette renonciation a eu lieu bien avant la période de référence selon l'art. 37 al. 1 OACI. A lui seul, il ne constitue pas non plus un indice suffisant que les parties auraient convenu d'un salaire fictif ou d'un salaire exagérément élevé. Il n'est pas contesté, en effet, qu'à l'exception de ces deux mois, le salaire prévu a été effectivement payé par l'employeur pendant la durée des rapports de travail et si l'on fait abstraction de la période durant laquelle ce dernier était libéré de son obligation contractuelle. On constate en particulier que les salaires ont été régulièrement perçus depuis le début du délai-cadre relatif à la période de cotisation, soit depuis le 1er août 1998 (art. 9 al. 3 LACI) jusqu'en avril 1999.

Contrairement à ce que soutient l'intimée, la situation n'est pas comparable à celle qui prévalait dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt publié dans DTA 2001 n°27 p. 225. Dans cette affaire, l'assuré n'avait jamais reçu de salaire durant ses périodes d'activité au service de l'employeur; le salaire contractuel - convenu fictivement entre les parties - ne pouvait dès lors pas être pris en considération (comp. aussi avec DTA 1999 no 7 p. 28 sv. consid. 2).
3.
Il n'est pas contesté que le salaire du recourant était supérieur au montant du gain maximum assuré de 8'900 fr. C'est donc ce dernier montant qu'il faut retenir au titre de gain assuré déterminant pour le calcul de l'indemnité de chômage. Il convient en conséquence d'annuler le jugement attaqué, ainsi que la décision administrative précédente, et de renvoyer la cause à la caisse intimée pour qu'elle fixe à nouveau le montant du gain assuré et qu'elle statue sur le droit du recourant à l'indemnité, le cas échéant après avoir vérifié si toutes les conditions - non examinées ici - de ce droit sont remplies.
4.
Vu la nature du litige, la procédure est gratuite (art. 134 OJ). Le recourant, qui obtient gain de cause, a d'autre part droit à une indemnité de dépens à la charge de l'intimée, pour la procédure fédérale (art. 159 OJ).

Compte tenu de l'issue de la procédure cantonale, les premiers juges n'ont pas accordé de dépens au recou-

rant (ch. 2 du dispositif du jugement attaqué). Il n'appartient pas au Tribunal fédéral des assurances d'inviter l'autorité cantonale à statuer à nouveau sur cette question, attendu qu'en matière d'assurance-chômage, il n'existe pas de droit aux dépens fondé sur la législation fédérale au sens de l'art. 104 let. a OJ (cf. art. 103 LACI). Mais le recourant, qui a obtenu gain de cause en procédure fédérale, a la faculté de demander aux premiers juges de se prononcer à nouveau sur ce point, au regard de l'issue définitive du litige.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral des assurances prononce :

1.
Le recours est admis et le jugement du Tribunal administratif du canton de Fribourg (Cour des assurances sociales) du 4 avril 2002, ainsi que la décision de la Caisse publique de chômage du canton de Fribourg du 19 janvier 2001, sont annulés.
2.
La cause est renvoyée à la caisse de chômage pour nouvelle décision au sens des motifs.
3.
Il n'est pas perçu de frais de justice.
4.
La caisse d'assurance-chômage versera au recourant la somme de 2'500 fr. (y compris la taxe à la valeur ajoutée) à titre de dépens pour l'instance fédérale.
5.
Le présent arrêt sera communiqué aux parties, au Tribunal administratif du canton de Fribourg, Cour des assurances sociales, à l'Office public de l'emploi, et au Secrétariat d'État à l'économie.
Lucerne, le 23 juillet 2002
Au nom du Tribunal fédéral des assurances
Le Président de la Ire Chambre: Le Greffier: