Urteilskopf

120 V 502

70. Arrêt du 15 novembre 1994 dans la cause Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail contre X, intimé, et Tribunal administratif du canton de Berne
Regeste (de):
Art. 24 AVIG, in Kraft seit 1. Januar 1992, Art. 24 und 25 AVIG in der bis 31. Dezember 1991 gültigen Fassung, Art. 16 und 18 AVIG.

- Begriff des Zwischenverdienstes (altes und neues Recht).

- Anwendungsfall (Erw. 9).

Regeste (fr):
Art. 24 LACI dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 1992, art. 24 et 25 LACI dans leur teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 1991, art. 16 et 18 LACI.

- Notion du gain intermédiaire (ancien et nouveau droit).

- Cas d'application (consid. 9).

Regesto (it):
Art. 24 LADI nella versione vigente dal 1o gennaio 1992, art. 24 e 25 LADI nella loro versione vigente sino al 31 dicembre 1991, art. 16 e 18 LADI.

- Nozione del guadagno intermedio (vecchio e nuovo diritto).

- Caso di applicazione (consid. 9).

Sachverhalt ab Seite 502

BGE 120 V 502 S. 502

A.- X a travaillé en qualité d'enseignant au Gymnase français de Bienne. Son taux d'occupation était de 100% du 1er août 1990 au 31 juillet 1992; à partir du 1er août 1992, son horaire de travail a été réduit de 22 à 16 heures hebdomadaires, ce qui correspondait désormais à un degré d'occupation de 72,7%. Son salaire mensuel a été diminué dans la même proportion, passant de 9'338 fr. 40 à 6'791 fr. 55. Le 11 août 1992, l'assuré a demandé l'indemnisation de son chômage partiel. Il a par ailleurs réalisé un gain pendant les mois d'octobre et de novembre 1992, en donnant des leçons d'appui.

BGE 120 V 502 S. 503

Par décision du 9 décembre 1992, l'Office cantonal de l'industrie, des arts et métiers et du travail (OCIAMT),

Caisse cantonale bernoise d'assurance-chômage, succursale de Bienne-Seeland, a refusé d'allouer ses prestations, motifs pris que l'assuré ne subissait ni perte de gain, ni perte de travail à prendre en considération.

B.- X a recouru contre cette décision devant le Tribunal administratif du canton de Berne, en concluant implicitement à l'allocation des indemnités de chômage litigieuses. Par jugement du 16 juillet 1993, la Cour cantonale a admis le pourvoi, et renvoyé la cause à l'OCIAMT pour nouvelle décision.

C.- L'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail (OFIAMT) interjette recours de droit administratif contre ce jugement dont il demande l'annulation, en concluant au rétablissement de la décision administrative. L'assuré intimé n'a pas répondu. De son côté, l'OCIAMT a renoncé à prendre position. En instance fédérale, le Président de la Cour des affaires de langue française du Tribunal administratif du canton de Berne et l'office recourant se sont exprimés en détail sur leurs conceptions respectives du gain intermédiaire, au sens de la réglementation applicable en la matière, ancienne et nouvelle.

Erwägungen

Considérant en droit:

1. Le litige porte sur le droit de l'intimé aux indemnités journalières pour le chômage qu'il a fait contrôler du 17 août au 30 novembre 1992, étant admis qu'il dispose encore d'un revenu mensuel supérieur à l'indemnité correspondant au gain maximal assuré, malgré la réduction de son horaire de travail. La solution du présent litige dépend dès lors de la notion de gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI, dans sa version - applicable en l'espèce - en vigueur depuis le 1er janvier 1992.

2. a) Dans sa décision du 9 décembre 1992, la caisse de chômage a considéré que l'assuré ne subissait aucune perte de gain, du moment que l'indemnité de chômage maximale à laquelle il aurait droit se montait à 6'480 fr., soit 80% du salaire assuré (8'100 fr.), eu égard à son salaire actuel de 6'791 fr. 55. b) Les juges cantonaux ont toutefois estimé que l'appréciation de l'administration ne pouvait être partagée, car elle conduirait à refuser toute indemnité de chômage à un assuré partiellement sans emploi, dont le revenu serait supérieur à l'indemnité de chômage à laquelle il aurait droit

en cas de chômage total. Selon eux, le législateur n'a pas choisi ce critère pour définir quand un assuré partiellement sans emploi peut prétendre des indemnités de chômage. Il s'est bien plus fondé sur la notion de perte de travail que l'on doit prendre en considération lorsqu'elle se traduit par un manque à gagner et dure au moins deux journées de travail consécutives, ce qui est le cas en l'espèce (art. 11 al. 1 LACI; FF 1980 III 563). Les premiers juges ont également rappelé que la perte de travail se caractérise par un élément financier et un élément temporel. Si l'élément temporel est défini par la loi (art. 11 al. 1 LACI) et l'ordonnance (art. 5 OACI), l'élément financier n'est pas clairement précisé par la législation. Aussi la jurisprudence a-t-elle admis que toute perte de travail présentant l'ampleur décrite par la loi et l'ordonnance doit être prise en considération, dans la mesure où il en résulte un manque à gagner, cela même si le gain résultant de l'activité à temps partiel dépasse le montant de l'indemnité de chômage que l'assuré pourrait prétendre en cas de chômage complet (ATF 112 V 133 ss, 229 ss, 237 ss; art. 5 OACI). Les juges cantonaux ont également relevé que le point de savoir si l'assuré subit un manque à gagner ne s'examine pas au regard de l'indemnité qu'il recevrait en cas de chômage complet, mais par rapport à son revenu antérieur au chômage. Dès lors, ils ont estimé que dans le cas d'espèce l'assuré subissait une perte de travail dans la mesure exigée par l'art. 11 al. 1 LACI (en l'occurrence de 27,3%), ainsi

qu'un manque à gagner du même ordre. Appliquant la jurisprudence relative à l'ancien art. 24 LACI, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 1991 (ATF 112 V 241 ss), les premiers juges ont fait le calcul suivant: l'assuré a un gain mensuel assuré de 8'100 fr. (gain assuré maximal) ou journalier de 373 fr. 25 (8100: 21,7). Sa perte de travail s'élevant à 27,3%, le gain assuré correspondant à cette perte de travail représente donc 101 fr. 90 (27,3% de 373 fr. 25), montant indemnisable à 80% jusqu'au 31 mars 1993, eu égard au statut de personne célibataire. Aussi les juges cantonaux ont-ils admis que l'étendue de l'indemnité dépendait de l'examen des conditions figurant au nouvel art. 22 al. 1bis LACI (cf. l'Arrêté fédéral urgent sur les mesures en matière d'assurance-chômage du 19 mars 1993, RO 1993 pp. 1066 ss), et que cette indemnité ne pourrait être versée que dans la mesure où l'assuré remplit les autres conditions du droit à l'indemnité. Les éventuels gains intermédiaires au sens de l'art. 24 LACI doivent aussi être pris en compte. Un gain intermédiaire journalier supérieur à 101 fr. 90 exclurait un droit à l'indemnité (art. 24 al. 3 LACI).

BGE 120 V 502 S. 505

c) S'agissant de l'art. 24 LACI, les juges bernois ont considéré que cette disposition légale n'était pas applicable telle quelle en cas de chômage partiel. Selon eux, la notion de gain intermédiaire est d'une nature fondamentalement différente de celle du travail à temps partiel. La révision de l'art. 24 LACI n'a, à cet égard, pas d'influence, dans la mesure où le travail à temps partiel est, d'une part, exercé pour une longue durée, et non pas seulement à titre provisoire, et d'autre part, doit être réputé convenable au sens de l'art. 16 LACI.
La Cour cantonale s'est ensuite référée à sa propre jurisprudence, et notamment à un arrêt rendu en la cause R., le 18 mai 1993. Elle a exposé ce qui suit au consid. 4 du jugement attaqué: "(...) Un revenu ne peut être considéré comme gain intermédiaire que s'il est destiné à compenser totalement ou partiellement la perte de gain résultant du chômage. Pour les chômeurs complets, tout gain réalisé pendant une période de contrôle doit être considéré comme gain intermédiaire, dans la mesure où il ne représente pas le revenu d'un travail exigible qui mettrait totalement ou partiellement fin au chômage. Pour les assurés partiellement au chômage, on ne peut considérer comme gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI, que le revenu réalisé pendant le temps de travail disponible en raison du chômage et non pas le revenu réalisé dans le cadre de l'activité à temps partiel que l'assuré partiellement au chômage continue d'exercer, ce revenu ne réduisant en rien la perte de gain résultant du chômage partiel et n'étant en outre aucunement en relation avec elle. Si (l'assuré) recourant a effectivement réalisé des gains intermédiaires destinés à combler ses pertes de gain résultant de la diminution de son horaire hebdomadaire, il n'en reste pas moins que le revenu qu'il réalise pour les 16 heures d'enseignement hebdomadaire qui lui restent ne peut être considéré comme gain intermédiaire. Au demeurant, même en admettant au cas d'espèce que le revenu réalisé par le recourant dans son activité à temps partiel (72,7%) constitue un gain intermédiaire, on ne saurait déboucher sur un refus pur et simple de l'indemnité de chômage comme l'a signifié (l'office) intimé. En effet l'indemnité versée en cas de gain intermédiaire se calcule dans cette éventualité en référence à la différence entre le gain assuré (soit ici 8100 fr.) et le gain intermédiaire. Il faudrait donc bien plus vérifier que, pour chaque période de contrôle, l'ensemble des gains intermédiaires réalisés par (l'assuré) recourant atteigne son gain assuré pour lui dénier tout droit à l'indemnité. Le fait que l'assuré réalise un revenu supérieur à l'indemnité de chômage dont il bénéficierait en cas de chômage total ne serait, dans ce cas, pas non plus décisif." d) L'OFIAMT ayant également interjeté un recours de droit administratif contre le jugement cantonal dans l'affaire R., le Tribunal fédéral des assurances a eu l'occasion de rendre le 31 mai 1994 un arrêt de principe sur la portée de l'art. 24 LACI (ATF 120 V 233). On y reviendra ci-après.

BGE 120 V 502 S. 506

3. Dans son recours relatif au présent litige, l'OFIAMT conteste l'appréciation des premiers juges. L'autorité de surveillance soutient que la pratique à laquelle le Tribunal administratif bernois se réfère pour justifier la prise en considération de la perte de gain subie par l'assuré a été abolie par l'art. 24 LACI, dans sa version en vigueur depuis le 1er janvier 1992. La nouvelle dénomination "gain intermédiaire" engloberait tout gain obtenu

durant une période de contrôle, qu'il s'agisse d'un gain de remplacement, d'un gain intermédiaire ou d'un gain provenant d'une activité à temps partiel, ceux-ci étant soumis à un régime uniforme (FF 1989 III 383 ad art. 24 et 25 LACI), cette réglementation ayant pour but d'inciter les chômeurs à accepter des emplois leur procurant des gains intermédiaires et à éviter les surindemnisations. Cela étant, l'OFIAMT allègue que le fait d'assimiler une activité à temps partiel à un gain intermédiaire se justifie par le souci de ne pas traiter les chômeurs partiels plus favorablement que les chômeurs complets, et pour ne pas vider l'art. 16 al. 1 let. e LACI de sa substance. L'office recourant estime que si l'assuré devait perdre son activité restante, il serait indemnisé sur la base du gain assuré total et que les prestations versées jusqu'alors, calculées en gain intermédiaire, auraient représenté moins d'indemnités. Aussi l'OFIAMT est-il d'avis que si l'on suivait le calcul effectué par le Tribunal cantonal, l'intimé toucherait des indemnités pleines et entières avec un gain assuré fragmenté et qui pourrait l'être encore plusieurs fois, en cas de diminution successive de l'activité. Il pourrait alors arriver que, se trouvant finalement sans emploi, l'assuré ne puisse plus toucher d'indemnités, son droit à celles-ci étant épuisé. Dès lors, le gain obtenu par l'intimé constitue, selon l'OFIAMT, un gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI. Il s'ensuit que pour déterminer si l'assuré subit une perte de travail à prendre en considération, il faut calculer sa perte de gain en comparant l'indemnité journalière (80% de 8'100 fr., soit 6'480 fr.) et le revenu (gain intermédiaire) qu'il réalise, et non plus, comme par le passé, en se référant à la perte de travail qu'il subit. En conséquence, soutient le recourant, le revenu réalisé par l'intimé dans son activité à temps partiel (6'791 fr. 55) étant supérieur à l'indemnité à laquelle il pourrait prétendre en cas de chômage complet (6'480 fr.), il n'a pas droit aux indemnités litigieuses, car l'activité exercée est convenable au sens de l'art. 16 al. 1 let. e LACI.

BGE 120 V 502 S. 507

6. a) Sous le titre "Prise en considération du gain intermédiaire", l'art. 24 LACI, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 1991, disposait ce qui suit: 1 Est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période contrôle. Il n'est pas tenu compte d'un gain accessoire (art. 23, 3e al.). 2 Le montant total de l'indemnité à laquelle le chômeur aurait droit s'il n'avait pas de gain intermédiaire durant les périodes de contrôle est réduit de la moitié du gain intermédiaire. Le solde éventuel de l'indemnité de chômage est versé sous forme d'indemnités journalières aussi longtemps que le nombre maximum de ces indemnités (art. 27) n'a pas été atteint. La somme du gain intermédiaire et des indemnités journalières ne doit, cependant, pas dépasser 90 pour cent du gain mensuel assuré. Quant à l'art. 25 LACI, qui a été abrogé à partir du 1er janvier 1992, il disposait ce qui suit, sous le titre "Compensation de la différence de revenu en cas de travail de remplacement": 1 Est réputé travail de remplacement, un emploi à plein temps que l'assuré accepte d'occuper pendant au moins une période complète de contrôle, pour éviter de tomber au chômage ou d'y rester, et dont la rémunération est inférieure à l'indemnité de chômage à laquelle il a droit. La rémunération doit, cependant, être conforme aux usages professionnels et locaux. 2 Le chômeur a droit à la compensation de la différence entre le salaire versé pour le travail de remplacement et 90 pour cent du gain assuré. Ce droit subsiste pendant six périodes de contrôle au plus et tant que l'assuré n'a pas touché le nombre maximum d'indemnités journalières (art. 27). 3-5 (...)
b) L'interprétation de l'art. 24 LACI, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 1991, a donné lieu à plusieurs arrêts du Tribunal fédéral des assurances (ATF 120 V 233; ATF 114 V 345, ATF 113 V 150, ATF 112 V 229, ATF 111 V 251; DTA 1992 no 2 p. 72, 1990 no 4 p. 29, 1988 no 14 p. 115, 1987 no 4 p. 62). C'est ainsi que le Tribunal fédéral des assurances a jugé que l'art. 41a OACI (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 1991) était contraire à la loi, dans la mesure où le revenu d'une activité qui avait duré plus de trois mois au total n'était pas considéré comme gain intermédiaire, mais comme revenu tiré d'une activité à temps partiel (ATF 111 V 255 -256 consid. 5). De même, les directives et la pratique administratives ont été jugées

BGE 120 V 502 S. 508

illégales, dans la mesure où elles limitaient la notion de gain intermédiaire au revenu que le chômeur avait obtenu en exerçant provisoirement une activité étrangère à sa profession habituelle (ATF 113 V 153 -154 consid. 3c). Ultérieurement, dans l'arrêt ATF 114 V 345, la Cour de céans a eu l'occasion de délimiter le gain intermédiaire de l'activité à temps partiel qui met fin au chômage. Elle a jugé que la condition du salaire usuel s'appliquait aussi en cas de prise d'une activité à temps partiel, à défaut de réglementation légale. Aussi, pour juger si une activité à temps partiel offre une rémunération convenable à un chômeur partiellement sans emploi, faut-il comparer le revenu brut réalisable dans cette activité pendant une période de contrôle avec l'indemnité de chômage à laquelle l'assuré pourrait prétendre durant la même période, s'il était privé du revenu en question. Une activité est ainsi réputée convenable, au sens de l'art. 16 al. 1 let. e LACI, lorsque la rémunération qui est proposée au chômeur n'est pas inférieure à l'indemnité de chômage. En conséquence, l'assuré peut refuser, sans préjudice de ses droits vis-à-vis de l'assurance, un travail à temps partiel qui n'est pas convenable eu égard à la rémunération offerte. Cette jurisprudence a été confirmée dans les arrêts DTA 1992 no 2 p. 75 consid. 3 in fine, 1990 no 4 p. 29, et 1988 no 14 p. 115. c) La Cour de céans a également eu l'occasion de définir la portée de l'art. 25 LACI, s'agissant du travail de remplacement. Pour ce faire, elle a tenu compte en première ligne du critère de la conformité de l'activité exercée aux usages professionnels et locaux. Aussi, afin d'encourager la prise d'une activité lucrative qui ne répond pas à ces critères, a-t-elle admis que l'assurance-chômage doit intervenir lorsque le travail de remplacement n'est pas conforme aux usages précités (notamment en cas de pression à la baisse sur les salaires), et compenser en conséquence la perte de gain qui en résulte pour l'assuré. La jurisprudence admet, par exemple, que lorsqu'il apparaît clairement qu'un assuré rémunéré proportionnellement aux ventes effectuées ne peut pas, durant des mois, obtenir un salaire atteignant le minimum vital malgré un engagement total et un travail exigeant, on ne saurait, dans les limites du travail de remplacement, parler de rémunération conforme aux usages professionnels et locaux en invoquant des critères d'ordre économique (DTA 1986 no 22 p. 89 consid. 2). De même, le Tribunal fédéral des assurances a jugé qu'il n'appartient pas à l'assurance-chômage de compenser la différence de traitement existant entre le salaire usuel qui est versé à un

psychologue diplômé, et la rémunération dont bénéficie un stagiaire; en l'espèce, le canton employeur n'avait offert à un psychologue diplômé qu'une place et un salaire de stagiaire, en raison de restrictions budgétaires (arrêt non publié F. du 29 août 1986). Enfin, la "rémunération habituelle" dont il est question ci-dessus entre en ligne de compte lorsque l'assuré exerce une activité pour laquelle il a été formé; en revanche, s'il pratique un métier pour lequel il ne dispose pas de qualification, seule la rémunération habituelle dans cette profession est déterminante (arrêt non publié H. du 10 novembre 1989).
Dans ses directives relatives à l'indemnisation des assurés qui suivent des stages (Bulletin AC 86/2, p. 4), l'OFIAMT a d'ailleurs opéré une distinction entre les différentes catégories de stagiaires. Ainsi, l'assurance-chômage ne doit pas être mise à contribution lorsque le stage fait partie intégrante de la formation professionnelle de base (à l'instar d'un avocat ou d'un médecin [ch. 1]). Par ailleurs, des indemnités peuvent être allouées en cas de perfectionnement professionnel ou de recyclage, à titre de mesures préventives (art. 59 ss LACI; ch. 2). Lorsque, pour diminuer son chômage, l'assuré accepte d'occuper une place de stage qui ne correspond ni à une formation de base ni à un perfectionnement professionnel, l'art. 25 LACI peut alors précisément trouver application, quand la rémunération obtenue est certes inférieure à l'indemnité de chômage, mais correspond au moins aux usages professionnels et locaux (ch. 3, 1re et 2e phrases). En revanche, la dernière phrase du ch. 3, selon laquelle "il ne suffit donc pas que cette rémunération soit usuelle pour les stagiaires", ne se concilie pas avec les principes jurisprudentiels exposés aux arrêts DTA 1986 no 22 p. 88 et F. du 29 août 1986 précités, dans la mesure où elle ne s'applique qu'aux personnes disposant déjà d'une formation professionnelle. Mais si l'assuré ne bénéficie pas d'une telle formation, il ne doit pas être indemnisé selon ces critères (arrêt non publié H. du 10 novembre 1989).

7. a) Sous le titre "Prise en considération du gain intermédiaire", l'art. 24 LACI, dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 1992, dispose ce qui suit: 1 Est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période contrôle. 2 L'assuré a droit à 80 pour cent de la perte de gain aussi longtemps que le nombre maximum d'indemnités journalières (art. 27) n'a pas été atteint.

BGE 120 V 502 S. 510

3 Est réputée perte de gain la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux. Les gains accessoires ne sont pas pris en considération (art. 23, 3e al.). 4 Si l'assuré, afin d'éviter d'être au chômage, accepte d'exercer durant une période de contrôle au moins une activité à plein temps pour laquelle il touche une rémunération inférieure aux indemnités auxquelles il aurait droit, l'art. 11, 1er alinéa, n'est pas applicable durant les six premiers mois de cette occupation. b) Dans un arrêt non publié G. du 13 mai 1993, le Tribunal fédéral des assurances a jugé que l'exigence de la conformité du travail effectué aux usages professionnels et locaux ne s'imposait désormais plus, vu la nouvelle teneur de l'art. 24 al. 1 et 3 LACI. En conséquence, si le gain intermédiaire obtenu ne correspond plus à ces usages, l'assuré n'a droit qu'à la compensation de la différence entre le gain usuel et le gain assuré. Par ailleurs, dans l'arrêt non publié C. du 7 décembre 1993, la Cour de céans a confirmé sa jurisprudence de l'arrêt ATF 114 V 349, selon laquelle les activités occasionnelles ne sont constitutives d'un gain intermédiaire que si l'assuré les exerce durant une brève période, en l'absence de toute obligation contractuelle.

8. a) Ainsi qu'on l'a dit, le Tribunal fédéral des assurances s'est prononcé sur la portée du nouvel art. 24 LACI dans un arrêt de principe du 31 mai 1994 (ATF 120 V 233). Voir aussi GERHARDS, Zwischenverdienst, in SZS 1994 pp. 331 ss. Dans cette affaire, l'OFIAMT soutenait que tous les revenus qu'un assuré réalise durant une période de contrôle doivent être qualifiés de gain intermédiaire au sens de l'art. 24 al. 1 LACI, y compris ceux qui proviennent d'une activité à temps partiel. Ces différentes situations sont en effet décrites à l'art. 10 al. 2 let. b LACI et concernent les assurés qui occupent un emploi à temps partiel et qui cherchent à le remplacer par une activité à plein temps, ou à le compléter par une autre activité à temps partiel.
Toutefois, la Cour de céans a jugé que le droit à l'indemnité journalière en cas de chômage partiel devait être fixé conformément aux art. 18 ss LACI (ATF 112 V 229 et 237). Selon l'art. 18 al. 1 première phrase LACI, ce droit se détermine d'après la durée de la perte de travail à prendre en considération pendant une période de contrôle, chaque mois civil pour lequel le chômeur prétend des indemnités constituant une période de

BGE 120 V 502 S. 511

contrôle (art. 18 al. 2 LACI). D'après l'art. 22 al. 1 LACI, l'indemnité journalière pleine et entière s'élève à 80% du gain assuré, ou à 70% pour les personnes visées par l'art. 22 al. 1bis LACI. Dans une telle hypothèse, les art. 24 ss LACI ne s'appliquent pas. b) Dans son Message du 23 août 1989 à l'appui d'une révision partielle de la LACI, le Conseil fédéral exposait ce qui suit, à propos des art. 24 et 25 LACI (FF 1989 III 383): "La loi en vigueur donne lieu à de notables difficultés lorsqu'il s'agit de fixer l'indemnité en cas de chômage partiel. Il y a notamment plusieurs genres de calcul différents, partiellement contradictoires, pour la prise en compte de gains obtenus par un chômeur durant sa période de chômage. La réglementation proposée renonce au maintien de distinctions compliquées sur le plan administratif et injustes dans certains cas; il s'agit de distinctions entre le travail de remplacement, le gain intermédiaire et le gain provenant d'un emploi à temps partiel. Elle rassemble sous la dénomination de "gain intermédiaire" tous les gains obtenus pendant la période de contrôle et elle les soumet à un régime uniforme. La nouvelle réglementation incite le chômeur à accepter des possibilités de gain intermédiaire et elle empêche des surindemnisations. Concrètement, la nouvelle formulation des articles

signifie que l'assuré qui retire un revenu quel qu'il soit provenant d'une activité intermédiaire a droit à une indemnité se montant à 80 pour cent de la perte subie pendant une période de contrôle; cette indemnité est calculée uniquement en fonction de la perte de gain et indépendamment de la durée de la perte de travail. Pour les assurés, la nouvelle réglementation est dans l'ensemble au moins équivalente à l'ancienne." Les Chambres fédérales ont adopté cette nouvelle réglementation sans discussion (BO CdE 1990 p. 74, BO CN 1990 II p. 1437). Aussi doit-on admettre que la volonté du législateur était bien d'admettre qu'en matière de gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI, l'indemnité de chômage se calcule en fonction de la perte de gain subie, quelle que soit la durée de la perte de travail en cause, et non pas en fonction de la perte de travail, comme l'art. 11 LACI le prévoit (GERHARDS, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, vol. III, no 15 p. 1214 et no 22 p. 1215). En d'autres termes, toutes les formes d'activités lucratives qui étaient qualifiées par le passé de travail à temps partiel (art. 18 al. 1 en liaison avec les art. 22 ss LACI), de gain intermédiaire (ancien art. 24 LACI), ou de travail de remplacement (ancien art. 25 LACI), tombent désormais sous le coup du nouvel art. 24 LACI. Il s'ensuit que les méthodes

de calcul de l'indemnité exposées dans les arrêts ATF 112 V 229 et 237 n'ont désormais plus cours. c) Une application saine et efficace de la nouvelle réglementation en matière de gain intermédiaire n'est toutefois concevable qu'eu égard au critère du travail convenable posé par l'art. 16 al. 1 let. e LACI. En ce sens, il n'y a pas lieu de s'écarter de la jurisprudence établie par l'arrêt ATF 114 V 345, évoquée au consid. 6b ci-dessus (arrêt non publié C. du 7 décembre 1993). En revanche, les conditions supplémentaires que la jurisprudence avait posées - sous l'empire des anciens art. 24 et 25 LACI - pour admettre l'existence d'un gain intermédiaire (en l'occurrence, le caractère provisoire et précaire de l'activité lucrative en cause), ne sauraient être maintenues, du moment que les différentes formes de travail dont il était question sont désormais réunies sous la dénomination unique de gain intermédiaire. Cela étant, il y a lieu de s'écarter des principes posés par l'arrêt C. précité, en tant que cette jurisprudence exige que le gain intermédiaire au sens du nouvel art. 24 LACI doive également n'avoir qu'un caractère transitoire. La condition du caractère provisoire du gain intermédiaire ne se concilie donc plus non plus avec les principes dégagés par l'arrêt ATF 111 V 251, selon lesquels le revenu d'une activité qui a duré plus de trois mois au total n'est plus considéré comme gain intermédiaire, mais comme revenu tiré d'une activité à temps partiel. En effet, à l'exception du cas prévu à l'art. 24 al. 4 LACI, la nouvelle réglementation en matière de gain intermédiaire ne prend plus en compte aucune limite temporelle, en dehors de celle du délai-cadre. Dès lors, les éléments d'appréciation - aléatoires - qui étaient contenus dans l'ancien droit (le caractère provisoire et précaire de l'activité exercée) et qui donnaient lieu aux difficultés d'application mentionnées dans le Message du 23 août 1989 (FF 1989 III 383), ne doivent plus être pris en considération lors de l'application du nouvel art. 24 LACI.

Cela étant, si durant la période de contrôle en cause, un assuré accepte un travail dont la rémunération n'est pas réputée convenable au sens de l'art. 16 LACI, il a droit à l'indemnisation de sa perte de gain en vertu de l'art. 24 al. 1 et 3 LACI. En revanche, si pendant cette même période, l'assuré exerce une activité lucrative réputée convenable, qui lui procure désormais un revenu correspondant au moins à celui de l'indemnité de chômage, on ne se trouve plus en présence d'un gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI. Enfin, et contrairement au ch. m. 188 de la circulaire relative à l'indemnité de chômage de l'OFIAMT en vigueur depuis le 1er janvier 1992, on ne tient pas compte d'éventuels revenus compensatoires que

l'assuré aurait réalisés avant l'entrée en vigueur de l'art. 16 al. 1bis LACI. d) Le point de savoir si une activité doit être qualifiée de convenable ou non, en particulier eu égard au salaire offert, s'apprécie en fonction d'un rapport de travail bien déterminé. Ainsi, le chômeur est tenu d'accepter le travail qui lui est proposé (art. 17 al. 3 LACI), pour autant qu'il soit convenable au sens de l'art. 16 LACI. A l'inverse, on ne saurait exiger de lui qu'il effectue divers travaux qui ne remplissent pas la condition du caractère convenable pour le compte de plusieurs employeurs (arrêt non publié F. du 2 mars 1992).
e) Par ailleurs, il convient de préciser que le travail de remplacement dont il est question à l'art. 24 al. 4 LACI ne constitue qu'une forme de gain intermédiaire. Il s'agit en fait, comme cela était déjà le cas à l'ancien art. 25 LACI, d'une activité à plein temps, qui procure à l'assuré un gain intermédiaire qui n'est toutefois pas conforme aux usages professionnels et locaux. Une réglementation particulière du travail de remplacement dans le cadre de l'art. 24 al. 4 LACI ne se justifie du reste que parce que cette notion diffère de celle de l'art. 11 al. 1 LACI. Aussi est-ce pour cette raison que l'art. 24 al. 4 LACI commande de tenir compte d'un délai de six mois pendant lequel l'art. 11 al. 1 LACI n'est pas applicable; cela correspond au demeurant à l'ancien art. 25 al. 2, 2e phrase LACI. En outre, vu ce qui précède, le critère de la conformité aux usages professionnels et locaux figurant à l'art. 24 al. 3 LACI s'applique également au travail de remplacement qui est prévu à l'art. 24 al. 4 LACI. Mais si ce travail n'était pas conforme à ces usages, il n'en découlerait nullement pour l'assuré une perte du droit à l'indemnité, tant dans le cas de l'art. 24 al. 1 à 3 LACI, que dans celui de l'art. 24 al. 4 LACI. Dans ces hypothèses, l'assuré a droit à la compensation de la différence de salaire entre le gain qu'il perçoit effectivement et celui qui correspond aux usages professionnels et locaux (arrêt non publié G. du 13 mai 1993; GERHARDS, op.cit., no 25 p. 1216). f) Pour conclure, il reste à examiner ce qu'il advient de l'indemnité de chômage, lorsque le temps consacré par l'assuré à une ou plusieurs activités à temps partiel excède au total celui d'un horaire de travail à temps complet. Dans ce cas de figure, l'art. 23 al. 3 LACI exclut l'indemnisation de la perte d'une activité exercée au-delà de la durée normale du travail, ce risque n'étant pas couvert par l'assurance-chômage (cf. ATF 113 V 234 consid. 3b). Il en va de même dans le cadre de l'art. 24 LACI, s'agissant

des gains accessoires (art. 24 al. 3, dernière phrase, LACI): ceux-ci ne sont pas pris en considération.

9. En l'espèce, l'intimé continue d'exercer son activité lucrative au Gymnase français de Bienne, dans le cadre d'une nomination à titre provisoire à un poste d'enseignant dans cet établissement, sous réserve qu'à partir du 1er août 1992, la durée du travail hebdomadaire a été réduite à 72,7% d'un horaire à temps complet. Aussi l'intimé a-t-il désormais le statut de chômeur partiel à raison de 27,3% d'un horaire de travail à temps complet, depuis le 1er août 1992, sa situation n'étant toutefois pas la même que celle d'un assuré qui occupait initialement un emploi à temps partiel (sans être chômeur) et qui cherche à le remplacer par une activité à plein temps, ou à le compléter par une autre activité à temps partiel (cf. consid. 8a ci-dessus; SVR 1994 ALV no 11 p. 27). L'intimé dispense encore 16 heures de cours hebdomadaires depuis sa mise au chômage partiel. Le revenu qu'il en tire constitue donc un gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI (cf. consid. 8a et 8b ci-dessus). Toutefois, contrairement à l'avis des premiers juges, un chômeur partiel dans la situation de l'intimé ne saurait prétendre des indemnités de chômage, lorsque le revenu qu'il tire de son activité lucrative dépendante et résiduelle satisfait aux conditions d'un travail convenable, et notamment excède le montant de l'indemnité légale maximale (80% de la perte de gain prise en considération) qu'il pourrait toucher en cas de chômage complet (cf. consid. 8c ci-dessus). En effet, pour chaque période de contrôle, le revenu réalisé par l'intimé excédait largement le montant maximal de l'indemnité qu'il aurait pu prétendre s'il avait été totalement au chômage. En conséquence, c'est à bon droit que l'administration a considéré, dans sa décision du 9 décembre 1992, que l'intimé ne subissait ni perte de gain, ni perte de travail qui puisse être indemnisée par l'assurance-chômage. Le recours de l'OFIAMT se révèle ainsi bien fondé.

Dispositiv

Par ces motifs, le Tribunal fédéral des assurances prononce: Le recours est admis et le jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 16 juillet 1993 est annulé.