Urteilskopf

121 V 353

52. Arrêt du 20 mars 1995 dans la cause Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail contre B. et Tribunal administratif du canton de Neuchâtel
Regeste (de):
Art. 11 Abs. 1 und Art. 24 Abs. 2 AVIG.

- Zwischenverdienst; anrechenbarer Verdienstausfall. Bestätigung der Rechtsprechung.

- Bei Vorliegen von Zwischenverdienst ist die Arbeitslosenentschädigung unabhängig von der Grösse des Arbeitsausfalls allein aufgrund des Verdienstausfalls gemäss Art. 24 Abs. 2 AVIG zu berechnen.

Regeste (fr):
Art. 11 al. 1 et art. 24 al. 2 LACI.

- Gain intermédiaire; prise en considération de la perte de gain. Rappel de jurisprudence.

- En présence d'un gain intermédiaire, l'indemnité de chômage doit être calculée uniquement en fonction de la perte de gain, conformément à l'art. 24 al. 2 LACI, et indépendamment de l'ampleur de la perte de travail.

Regesto (it):
Art. 11 cpv. 1 e art. 24 cpv. 2 LADI.

- Guadagno intermedio; presa in considerazione della perdita di guadagno. Richiamo della giurisprudenza.

- In presenza di guadagno intermedio, l'indennità di disoccupazione è calcolata in funzione della sola perdita di guadagno, conformemente all'art. 24 cpv. 2 LADI, e indipendentemente dall'entità della perdita di lavoro.

Sachverhalt ab Seite 353

BGE 121 V 353 S. 353

A.- a) B. a occupé divers emplois jusqu'au 27 avril 1992, en qualité de secrétaire. Du 28 octobre 1991 au 27 avril 1992, son gain mensuel assuré se montait à 4'983 francs, alors qu'elle travaillait au service du canton de Neuchâtel pour une durée déterminée. Sans travail depuis lors, la prénommée a demandé les indemnités de l'assurance-chômage. A partir du 18 mai 1992, l'assurée a réalisé un gain intermédiaire mensuel de 2'660 francs en travaillant auprès du Centre écologique S., comme secrétaire; son horaire de travail n'équivalait cependant qu'à 70% de celui d'un emploi à plein temps. Depuis le 1er janvier 1993, elle a pu augmenter son activité de 70% à 90%, chez le même employeur; son salaire mensuel s'est dès lors élevé à 3'709 francs. b) Par décision du 24 mars 1993, la Caisse cantonale neuchâteloise d'assurance contre le chômage (la caisse) a considéré que B. n'avait subi aucune perte de gain indemnisable au cours du mois de février 1993.

Ultérieurement, dans une décision rendue le 11 mai 1993, la caisse a cependant refusé d'allouer toute indemnité de chômage à partir du 1er janvier 1993, et, le même jour, elle a réclamé à l'assurée la restitution des indemnités déjà versées pour les mois de janvier (837 francs) et de mars 1993 (1'186 francs).

B.- a) B. a recouru tant contre la décision du 24 mars que contre celle du 11 mai 1993 devant le Département de l'économie publique du canton de Neuchâtel, autorité inférieure de recours en matière d'assurance-chômage (le Département), en concluant à leur annulation et au versement des indemnités de chômage à partir du 1er janvier 1993. Par décision du 13 août 1993, le Département a rejeté le recours formé contre la décision de la caisse du 11 mai 1993, et classé - en considérant qu'il n'avait plus d'objet - le recours que l'assurée avait interjeté contre la décision du 24 mars 1993. b) Saisi à son tour par l'assurée, qui demandait derechef l'octroi des indemnités litigieuses, le Tribunal administratif du canton de Neuchâtel a - par jugement du 1er décembre 1993 - annulé la décision du Département du 13 août 1993 ainsi que celle de la caisse du 11 mai 1993, et renvoyé la cause à l'autorité inférieure de recours afin qu'elle statue sur le recours dirigé contre la décision de la caisse du 24 mars 1993.

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 sollicite l'annulation, en demandant au Tribunal fédéral des assurances de nier le droit de l'intimée aux indemnités de chômage à partir du 1er janvier 1993. L'assurée intimée conclut implicitement au rejet du recours. Quant à la caisse de chômage et au Département, ils renoncent à argumenter plus avant. Les moyens des parties seront exposés ci-après en tant que de besoin.

Erwägungen

Considérant en droit:

1. Le litige porte sur le droit de l'intimée aux indemnités de chômage à partir du 1er janvier 1993.

2. a) Selon l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage notamment s'il est sans emploi (let. a) et s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (let. b). Sous le titre marginal "Perte de travail à prendre en considération", l'art. 11 al. 1 LACI dispose qu'il y a lieu de prendre en considération la perte de travail lorsqu'elle se traduit

par un manque à gagner et dure au moins deux journées de travail consécutives. L'art. 5 OACI précise que la perte de travail des assurés partiellement sans emploi (art. 10 al. 2 let. b LACI) est prise en considération lorsqu'elle s'élève au moins à deux jours entiers de travail en l'espace de deux semaines. D'après l'art. 10 al. 1 LACI, est réputé sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et qui cherche à exercer une activité à plein temps. En outre, selon l'art. 10 al. 2 let. b LACI, est réputé partiellement sans emploi celui qui occupe un emploi à temps partiel et cherche à le remplacer par une activité à plein temps ou à le compléter par une autre activité à temps partiel. b) 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 de 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. 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. c) Par ailleurs, d'après l'art. 16 al. 1 let. e LACI, est réputé convenable tout travail qui procure au chômeur une rémunération qui n'est pas inférieure à l'indemnité de chômage à laquelle il a droit. Mais, selon l'art. 16 al. 1bis LACI (en vigueur depuis le 1er avril 1993), est réputé convenable tout travail qui remplit toutes les conditions, à l'exception de l'alinéa premier, lettre e, tant que l'assuré touche des indemnités compensatoires conformément à l'art. 24 (gain intermédiaire).

3. a) A l'appui de sa décision du 24 mars 1993, la caisse de chômage a considéré que l'indemnité de chômage maximale que l'intimée aurait pu prétendre pour février 1993 (qui comptait 20 jours ouvrables) se serait élevée à 3'674 francs, si l'assurée n'avait pas réalisé de gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI. Or, dans la mesure où elle avait bel et bien obtenu un gain de 3'709 francs, les conditions d'une

indemnisation n'étaient pas remplies pour ce mois, ledit gain intermédiaire étant légèrement supérieur à celui de l'indemnité de chômage maximale. Par ailleurs, dans sa seconde décision du 11 mai 1993, la caisse a estimé que l'intimée ne subissait plus de perte de travail à prendre en considération depuis le 1er janvier 1993, du moment qu'elle ne chômait pas durant au moins deux jours de travail entiers en l'espace de deux semaines (art. 11 al. 1 LACI; 5 OACI). b) De son côté, le Département a considéré que la loi est muette, s'agissant des assurés qui, à l'instar de l'intimée, exercent une activité à 90% d'un horaire de travail complet. En l'absence de jurisprudence fédérale sur cette question, l'autorité cantonale s'en est tenue aux directives de l'OFIAMT qui exigent l'application de l'art. 5 OACI, sauf dans le cas prévu à l'art. 24 al. 4 LACI (circulaire IC 01.92 no 18 in fine). Aussi la décision du 11 mai 1993 devait-elle être confirmée. Examinant ensuite la question sous l'angle de l'art. 16 al. 1bis LACI, le Département a estimé que le renvoi opéré par cette disposition à l'art. 24 LACI subordonnait également l'octroi d'indemnités à la réalisation des conditions prévues par les art. 11 al. 1 LACI et 5 OACI. Selon lui, l'assuré n'aurait - d'après l'art. 16 al. 1bis LACI - l'obligation d'accepter une activité qui lui procure un revenu inférieur aux indemnités de chômage que s'il remplit toutes les conditions d'octroi des indemnités compensatoires au sens de l'art. 24 LACI. En l'occurrence, si la place de travail que l'intimée occupe à 90% lui avait été assignée par l'office du travail de sa commune de domicile, l'assurée aurait été en droit de la refuser, dans la mesure où son taux d'activité, supérieur à 80% mais n'atteignant pas 100%, empêchait l'application de l'art. 24 LACI. c) Les premiers juges, quant à eux, sont d'avis que le raisonnement de la caisse et de l'autorité inférieure de recours dénature la notion de gain intermédiaire. D'une part, ils estiment que l'on ne saurait assimiler un assuré sans emploi qui trouve une activité salariée à temps partiel dont il retire un gain intermédiaire, à un travailleur partiellement sans emploi au sens de l'art. 10 al. 2 LACI. D'autre part, la Cour cantonale admet, en se référant à GERHARDS (Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, vol. I, p. 136 no 21 et p. 138 no 29), que les jours pendant lesquels l'assuré exerce une activité destinée à réaliser un gain intermédiaire doivent être considérés comme des jours chômés, car l'art. 24 LACI prévoit l'indemnisation en tenant compte des gains retirés d'une activité salariée

ou indépendante durant une période de contrôle, à la seule condition qu'il soit inférieur au gain assuré. Selon les juges cantonaux, la pratique préconisée par l'administration conduit à des résultats inéquitables, que le législateur n'a pas voulu. En effet, en travaillant à 70% d'un horaire de travail à temps plein, l'intimée percevrait son salaire mensuel de 2'660 francs, augmenté de l'indemnité de chômage s'élevant à 1'858 francs (80% de la perte de gain [4'983 francs - 2'660 francs]), soit une somme mensuelle totale de 4'518 fr. Par contre, en travaillant davantage, en l'occurrence à 90%, l'assurée ne toucherait, selon le point de vue de l'administration, que son salaire de 3'709 francs et subirait ainsi une perte de gain de 1'274 francs (4'983 francs - 3'709 francs). En outre, les premiers juges ont considéré que la règle de l'art. 24 al. 4 LACI n'entrait pas en ligne de compte en l'espèce, car l'intimée n'exerce pas une activité à plein temps. Par ailleurs, la Cour cantonale a jugé cette pratique administrative encore plus critiquable à la lumière du nouvel art. 16 al. 1bis LACI, car elle revient à exclure du champ d'application de cette disposition légale tous les chômeurs qui, à l'instar de l'intimée, ont eu la possibilité de se faire engager dans un emploi proche d'un plein temps (entre 80% et 100%). Sous cet angle également, le recours de l'assurée est bien fondé. d) De son côté, l'OFIAMT soutient, dans son recours, qu'il existe une "zone grise" dans la législation, s'agissant des emplois dont la rémunération se situe en deçà de l'indemnité de chômage mais dont la durée représente 81 à 99% d'un emploi à plein temps. Ces emplois ne peuvent - selon l'autorité fédérale de surveillance - donner droit à des indemnités compensatoires en vertu de l'art. 24 LACI. En effet, allègue l'OFIAMT, si l'on admettait l'application de l'art. 24 LACI dans un tel cas, il faudrait également l'admettre pour tous les travailleurs dont l'horaire de travail est modifié dans le sens d'une diminution minime des heures de travail, mais dont la rémunération subit une baisse plus importante. Cela reviendrait à faire abstraction de la condition d'une perte de travail atteignant un certain seuil, énoncée aux art. 8 al. 1 let. b et 11 al. 1 LACI. En l'occurrence, conclut l'OFIAMT, les dispositions légales sont suffisamment claires pour que l'on puisse en déduire que cette limitation - bien que choquante en l'espèce - répond à la volonté du législateur exprimée à l'art. 24 al. 4 LACI. On ne saurait donc considérer que la loi présente une lacune sur ce point.

L'OFIAMT allègue enfin que l'institution du gain intermédiaire ne devrait en règle générale pas trouver application lorsqu'un chômeur retrouve un emploi correspondant au degré d'occupation recherché, ainsi qu'à l'activité exercée précédemment. Quand la rémunération perçue dans la nouvelle activité se situe non seulement en deçà du gain assuré mais encore de l'indemnité de chômage, de sorte qu'elle nécessite l'intervention de l'assurance-chômage, il est hautement vraisemblable que le gain n'est pas conforme aux usages professionnels et locaux, comme l'exige l'art. 24 al. 3 LACI. Or, c'est précisément dans ces situations que se créent les distorsions entre les situations prévues par le législateur et un cas tel que celui qui se présente en l'espèce. Néanmoins, le recourant estime que dans le cas particulier la rétribution de l'intimée, pour une activité à 90%, est conforme aux usages professionnels et locaux, eu égard aux importantes différences de salaire existant dans les emplois de secrétaire. Or, du moment que le législateur n'a pas réglé une telle situation (exceptionnelle), puisque une perte de gain doit impérativement se traduire par une perte de travail minimale (art. 11 al. 1 LACI), le droit de l'intimée aux indemnités de chômage doit être nié à partir du 1er janvier 1993, car elle ne subit plus depuis cette date une perte de travail d'au moins deux jours en l'espace de deux semaines, comme l'exige la loi.

4. a) Dans deux arrêts de principe (ATF 120 V 502, 233), le Tribunal fédéral des assurances s'est prononcé sur la portée du nouvel art. 24 LACI, dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 1992 (Voir aussi GERHARDS, Zwischenverdienst, SZS 1994 pp. 331 ss, et SPIRA, Prise en considération du gain intermédiaire, RSA 1995 pp. 15-16). Analysant les travaux préparatoires de cette nouvelle norme légale, le tribunal a considéré que la volonté du législateur était d'admettre qu'en matière de gain intermédiaire, 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. 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 sv. 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.

Par ailleurs, 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 à des difficultés d'application, ne doivent plus être pris en considération lors de l'application du nouvel art. 24 LACI. b) 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. Quant au point de savoir si une activité doit être qualifiée de convenable ou non, en particulier eu égard au salaire offert, il s'apprécie en fonction d'un rapport de travail déterminé. En bref, selon cette jurisprudence, un chômeur partiel 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 maximale (80% de la perte de gain prise en considération) qu'il pourrait toucher en cas de chômage complet (ATF 120 V 502 consid. 8c et ATF 120 V 233 consid. 5c).

5. a) En l'espèce, à partir du 1er janvier 1993, l'intimée a continué à exercer son activité lucrative de secrétaire à temps partiel, mais avec un horaire de travail réduit de 10% seulement. Elle a donc le statut de chômeuse partielle, le revenu qu'elle tire de cette activité constituant un gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI (ATF 120 V 502 consid. 8a-b; ATF 120 V 233 consid. 5a-b). b) S'agissant du salaire mensuel que l'intimée retire de son activité lucrative (3'709 francs), le recourant considère, en comparant ce revenu à celui d'une activité exercée à plein temps, qu'il est inférieur d'environ 18% à celui que l'assurée gagnait jusqu'au 27 avril 1992. Ce mode de calcul, consistant à comparer (par extrapolation) le revenu théorique d'une activité à plein temps avec un ancien salaire effectif ne peut être confirmé, car il ne trouve aucun appui dans la loi. En effet, si le salaire de 3'709 francs est conforme aux usages professionnels et

locaux, comme l'admet l'OFIAMT, cela signifie que l'intimée subit une perte de gain effective de 1'274 francs (4'983 francs - 3'709 francs), soit environ 25% du salaire qu'elle touchait jusqu'au 27 avril 1992 et non pas une perte théorique de seulement 18%. c) Par ailleurs, on l'a vu au consid. 4a ci-dessus, il résulte clairement de la nouvelle réglementation du gain intermédiaire que l'indemnité due à un assuré en vertu de l'art. 24 al. 2 LACI doit être calculée uniquement en fonction de la perte de gain et indépendamment de l'ampleur de la perte de travail, ce qui constitue une dérogation à l'art. 11 al. 1 LACI. En bonne logique, cela signifie donc que la prétendue "zone grise" dont parle l'OFIAMT dans son recours n'existe pas. En effet, est seule décisive l'étendue de la perte de gain subie, même si la perte de travail n'atteint pas le minimum fixé par l'art. 11 al. 1 LACI, comme c'est le cas en l'espèce. Sur le principe, le droit de l'intimée aux indemnités de chômage doit par conséquent être reconnu, cette dernière pouvant prétendre la compensation de sa perte de gain effective, jusqu'à concurrence de 80% de celle-ci. Le recours de l'OFIAMT est mal fondé.

6. Aux termes du dispositif de l'arrêt attaqué, la cause est renvoyée au Département de l'économie publique,

pour qu'il statue sur le recours de B. dirigé contre la décision de la Caisse cantonale neuchâteloise d'assurance contre le chômage du 24 mars 1993, relative à l'indemnisation du chômage subie par l'assurée en février 1993 (supra, consid. 3a). Il paraît dès lors utile, par économie de procédure, d'attirer l'attention des parties sur les éléments suivants: a) S'agissant du cas particulier du mois de février 1993, qui ne comptait que 20 jours ouvrables, la Cour de céans a récemment jugé qu'il fallait également tenir compte de la règle de l'art. 40a OACI lors de la comparaison de l'indemnité de chômage avec le gain assuré, lorsque les hasards du calendrier aboutissent à des solutions inéquitables (ATF 121 V 51, ainsi que l'arrêt non publié OFIAMT c. F. du 13 mars 1995). En particulier, le Tribunal fédéral des assurances a considéré ce qui suit dans l'arrêt F.:
aa) Sous le titre marginal "Conversion du gain mensuel en gain journalier", l'art. 40a OACI dispose en effet que "le gain journalier se détermine en divisant le gain mensuel par 21,7"; quant à l'indemnité journalière, elle équivaut d'après l'art. 22 al. 1 LACI - dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 mars 1993 - aux 80% du gain assuré journalier. Ainsi,

une saine comparaison exige que ce facteur soit également pris en compte lors de la détermination de l'indemnité journalière. Dans ces conditions, lorsqu'il s'agit de déterminer si le gain intermédiaire réalisé par un assuré travaillant à temps partiel est inférieur ou non à l'indemnité à laquelle il aurait droit (cf. art. 16 al. 1 let. e LACI), l'indemnité journalière doit être comparée avec le gain journalier dont il est question à l'art. 40a OACI, ce dernier étant lui-même calculé en divisant le salaire mensuel par 21,7. Dès lors, en se référant aux principes exposés ci-dessus au consid. 3b, on doit admettre que si le gain journalier est inférieur à l'indemnité journalière, on se trouve également en présence d'un gain intermédiaire, de sorte que les conditions permettant de compenser la différence sont remplies au sens de l'art. 24 al. 2 et 3 LACI. A l'inverse, si le gain journalier est supérieur à l'indemnité journalière, il ne s'agit pas d'un gain intermédiaire. bb) Cette solution présente d'une certaine manière l'avantage de mettre sur pied d'égalité les assurés rémunérés mensuellement avec ceux qui perçoivent un salaire horaire. Elle s'accorde du reste avec la lettre et l'esprit des art. 21 LACI et 40a OACI, dans la mesure où un chômeur n'a nullement droit à une indemnité de chômage représentant 80% de son salaire assuré, mais bien à une indemnité journalière équivalant à 80% du salaire journalier assuré. Au demeurant, dans un arrêt non publié B. du 27 août 1985, la Cour de céans avait considéré que l'art. 40a OACI n'est pas contraire à la loi. b) C'est ainsi que dans l'affaire F. précitée, le salaire mensuel de l'assuré intimé se montait à 6'509 francs, ce qui correspond à un gain journalier assuré de 299 fr. 95 (6'509 fr. : 21,7); l'indemnité journalière s'élève donc à 239 fr. 95 (80% de 299 fr. 95). L'intimé réalisait un gain intermédiaire de 4'882 fr. 60 à la suite de la réduction de son horaire de travail, ce qui équivaut à un gain journalier brut de 225 francs (4'882 fr. 60 : 21,7). Ce montant de 225 francs étant inférieur à celui de l'indemnité journalière (239 fr. 95), le Tribunal fédéral des assurances a jugé que pour le mois de février 1993, l'assuré avait droit à la compensation de la différence entre le salaire assuré et son gain intermédiaire, conformément à l'art. 24 al. 2 et 3 LACI.