Urteilskopf

122 V 103

16. Arrêt du 26 février 1996 dans la cause D. contre Caisse publique cantonale vaudoise de chômage et Tribunal administratif du canton de Vaud
Regeste (de):
Art. 24 Abs. 4 AVIG (alte Fassung), Art. 24 Abs. 5 AVIG (neue Fassung): Zwischenverdienst bei Annahme einer Vollzeitbeschäftigung. Präzisierung der Rechtsprechung.

Regeste (fr):
Art. 24 al. 4 LACI ancien, art. 24 al. 5 LACI nouveau: Gain intermédiaire en cas d'activité exercée à plein temps. Précision de jurisprudence.

Regesto (it):
Art. 24 cpv. 4 LADI vecchio tenore, art. 24 cpv. 5 LADI nuova versione: Guadagno intermedio in caso di attività esercitata a tempo pieno. Precisazione della giurisprudenza.

BGE 122 V 103 S. 103

A.- D., ingénieur technicien ETS de formation, est pilote et instructeur de vol professionnel. Au service de l'Ecole A. SA, Centre de formation aéronautique supérieure à X, il travaillait en qualité d'instructeur à raison de 42 heures par semaine. Au cours de l'année 1992, il a réalisé à ce titre un revenu mensuel brut de 7'600 francs. Pour cause de restructuration de l'entreprise, son employeur, par lettre du 29 décembre 1992, l'a licencié pour le 31 mars 1993. D'un commun accord, la date de la fin des rapports de travail a été avancée au 28 février 1993.
Engagé comme pilote à plein temps par la société J. SA pour un salaire brut de 5'500 francs par mois, D. a commencé son activité le 1er mars 1993. Il a présenté le 3 mars 1993 une demande d'indemnité de chômage datée du 17 février 1993, en requérant l'allocation d'indemnités journalières dès le 1er mars 1993, date à partir de laquelle il a fait contrôler son chômage. Il sollicitait "une compensation pendant la période maximale possible", laissant entendre qu'il avait accepté son nouveau travail pour des

BGE 122 V 103 S. 104

prestations salariales inférieures de quelque 2'000 francs à son ancien revenu mensuel et que, dans l'exercice de celui-ci, il était séparé de sa famille pendant de longues périodes (environ trois semaines par mois). La Caisse

publique cantonale vaudoise de chômage a versé à D. des indemnités de chômage, en compensant la perte de gain qu'il subissait durant les six premiers mois de sa nouvelle occupation. Par décision du 7 octobre 1993, elle a refusé de l'indemniser pour sa perte de gain à partir du 1er septembre 1993, au motif que celle-ci ne pouvait plus être compensée au-delà de cette dernière date. Constatant qu'il travaillait à 100% depuis le 1er mars 1993 auprès de J. SA en qualité de pilote, pour un salaire mensuel de 5'500 francs pris en compte par l'assurance-chômage, elle motivait ainsi sa décision:
"L'assuré a droit à 80% de la perte de gain aussi longtemps que le gain réalisé additionné à d'éventuels revenus compensatoires est inférieur à l'indemnité de chômage qu'il aurait pu prétendre sans gain intermédiaire et pour autant que la perte de travail représente au moins deux jours entiers sur une période de deux semaines. Cette dernière condition tombe lorsque l'assuré, pour éviter d'être au chômage, exerce une activité à plein temps dont la rémunération est inférieure à l'indemnité de chômage à laquelle il a droit. Lorsque l'assuré exerce une activité à plein temps, il peut faire valoir un droit à la compensation de la différence durant six périodes de contrôle au plus par délai-cadre."

B.- D. a formé recours contre cette décision devant l'Office cantonal vaudois de l'assurance-chômage. Il faisait valoir pour l'essentiel qu'il avait accepté son nouveau travail, moins bien rémunéré que l'ancien, sachant qu'il avait droit à des indemnités compensatoires lui permettant de compléter son salaire, "et ce pour faire face à (ses) dépenses courantes, (sa) dette hypothécaire, (ses) charges familiales, en résumé, pour pouvoir payer (ses) factures". Par décision du 17 janvier 1994, ledit office, statuant comme juridiction cantonale de première instance en matière d'assurance-chômage, a rejeté le recours.

C.- D. a recouru contre cette décision devant le Tribunal administratif du canton de Vaud, en concluant à "(l'octroi) de 6 mois supplémentaires donnant droit à une compensation". L'Office du travail de la Ville de Y, dans un courrier du 22 février 1994, a relevé que l'assuré satisfaisait aux exigences du contrôle de son chômage, qu'il n'avait pas bénéficié des prestations complètes prévues par la loi (indemnité journalière entière, mesures préventives), et que son

sacrifice financier avait permis d'éviter des dépenses supplémentaires à l'assurance-chômage. Par jugement du 21 juin 1994, le tribunal administratif a rejeté le recours.

D.- D. interjette recours de droit administratif contre ce jugement, en concluant, sous suite de frais et dépens, à l'annulation du jugement entrepris et de la décision du 17 janvier 1994. Il demande que la cause soit renvoyée à l'Office cantonal vaudois de l'assurance-chômage, pour qu'il prenne la décision suivante: "D. bénéficie de prestations complémentaires correspondantes à la différence entre le salaire de son nouvel emploi et le 80% de son salaire avant sa nouvelle prise d'emploi aussi longtemps que le nombre maximum d'indemnités journalières (art. 27 LACI) n'a pas été atteint et qu'au cas où le nouveau contrat de travail serait résilié les prestations de l'assurance-chômage lui soient versées à raison de 80% de la perte de gain calculée sur son ancien salaire avant la prise du nouvel emploi aussi longtemps que le nombre maximum d'indemnités journalières n'a pas été atteint."
La Caisse publique cantonale vaudoise de chômage déclare s'en remettre au jugement du Tribunal fédéral des assurances.

Erwägungen

Considérant en droit:

1. La décision administrative litigieuse, du 7 octobre 1993, détermine l'objet de la présente contestation. La caisse intimée a considéré que le recourant travaillait à 100% depuis le 1er mars 1993 au service de la société J. SA en qualité de pilote, pour un salaire mensuel de 5'500 francs, et qu'il se trouvait dès lors dans la situation de l'assuré qui exerce une activité à plein temps dont la rémunération est inférieure à l'indemnité de chômage à laquelle il a droit. Cela n'est pas contesté. Le litige devant la Cour de céans concerne uniquement le point de savoir si, à partir du 1er septembre 1993, le recourant continue à avoir droit à l'indemnisation de sa perte de gain selon l'art. 24 LACI.

2. a) L'art. 24 LACI est intitulé "Prise en considération du gain intermédiaire". Depuis le 1er janvier 1992, l'art. 24 al. 1 et 3 LACI dans sa nouvelle teneur 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. 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.).

b) L'art. 24 al. 2 et 4 LACI, dans sa teneur en vigueur à partir du 1er janvier 1992, a été modifié par la novelle du 23 juin 1995 (RO 1996 273), partiellement entrée en vigueur le 1er janvier 1996. Il disposait ce qui suit: 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. 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'article 11, 1er alinéa, n'est pas applicable durant les six premiers mois de cette occupation. A partir du 1er janvier 1996, voire 1997, l'art. 24 al. 2, 4 et 5 LACI est ainsi libellé: 2 L'assuré a droit, dans les limites du délai-cadre applicable à la période d'indemnisation, à une compensation de la perte de gain pour les jours où il réalise un gain intermédiaire. Le taux d'indemnisation est déterminé selon l'article 22. Il n'a pas droit à cette compensation lorsque le rapport de travail est maintenu entre les deux parties, avec ou sans interruption. Le Conseil fédéral peut édicter des prescriptions minimales en ce qui concerne la prise en considération du gain intermédiaire. 4 Le droit au sens du 2e alinéa est limité aux douze premiers mois d'une telle activité, et à deux ans pour les assurés qui ont des obligations d'entretien envers des enfants ou qui sont âgés de plus de 45 ans. Les assurés exerçant un emploi temporaire au sens de l'article 72 ont droit à la compensation de la perte de gain jusqu'à l'expiration du délai-cadre applicable à la période d'indemnisation. 5 Si l'assuré, afin d'éviter d'être au chômage, accepte d'exercer pendant au moins une période de contrôle une activité à plein temps pendant laquelle il touche une rémunération inférieure aux indemnités auxquelles il aurait droit, l'article 11, 1er alinéa, n'est pas applicable durant les délais fixés au 4e alinéa.

3. Le Tribunal fédéral des assurances, dans deux arrêts de principe (R. du 31 mai 1994 publié aux ATF 120 V 233 et X du 15 novembre 1994 publié aux ATF 120 V 502; voir aussi GERHARDS, Arbeitslosenversicherung: "Stempelferien", Zwischenverdienst und Kurzarbeitsentschädigung für öffentliche Betriebe und Verwaltungen - Drei Streitfragen, SZS 1994 pp. 331 sv.), s'est prononcé sur la portée de l'art. 24 LACI dans sa teneur valable du 1er janvier 1992 au 31 décembre 1995, voire 1996. Analysant les travaux préparatoires de cette norme dans le cadre de la première révision

partielle de la loi, il a considéré que la volonté du législateur était d'admettre qu'en matière de gain inter-

médiaire, 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 (ATF 120 V 249 consid. 5b et 511 consid. 8b; SPIRA, Jurisprudence récente dans le domaine de l'assurance-chômage et de l'indemnité en cas d'insolvabilité, in RSA 1995 p. 15; GERHARDS, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, vol. III, no 15 p. 1214 et no 22 p. 1215). A 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 (ATF 120 V 250 consid. 5c et 512 consid. 8c). a) 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 - abrogé par la novelle du 5 octobre 1990 - 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 (ATF 120 V 513 consid. 8e). b) Interprétant cette disposition légale, l'OFIAMT a édicté la directive suivante (IC no 188): L'assuré a droit à 80% de la perte de gain aussi longtemps que le gain réalisé additionné à d'éventuels revenus compensatoires est inférieur à l'indemnité de chômage qu'il aurait pu prétendre sans gain intermédiaire et pour autant que la perte de travail représente au moins deux jours entiers sur une période de deux semaines. Cette dernière condition tombe lorsque l'assuré, pour éviter d'être au chômage, exerce, durant au moins une période de contrôle complète, une activité à plein temps dont la rémunération est inférieure à l'indemnité de chômage à laquelle il a droit. Lorsque l'assuré exerce une activité à plein temps, il peut faire valoir un droit à la compensation de la différence durant six périodes de contrôle au plus par délai-cadre. c) Dans l'arrêt précité R. du 31 mai 1994 (ATF 120 V 252 consid. 5c dernier paragraphe), le Tribunal fédéral des assurances a jugé que, contrairement à cette directive, il n'y avait pas lieu d'additionner au gain réalisé

d'éventuels revenus compensatoires, pour autant que ces revenus aient été réalisés avant l'entrée en vigueur de l'art. 16 al. 1bis LACI (RO 1993 1066). En outre, considérant que l'exigence de la perte de travail minimum (art. 5 OACI) mentionnée dans ladite directive était conforme à la loi, dans la mesure où, en cas de perte de travail plus faible, les activités tombaient sous le coup de l'art. 24 al. 4 LACI (ATF 120 V 233), il a déclaré aux consid. 5c in fine (ATF 120 V 252) et 6 (ATF 120 V 253 sv.), ce qui suit: "Gegen das in der genannten Randziffer erwähnte Erfordernis des Mindestarbeitsausfalles (Art. 5 AVIV) ist insofern nichts einzuwenden, als Tätigkeiten geringeren Arbeitsausfalls unter Art. 24 Abs. 4 AVIG zu subsumieren sind" et "Soweit der minimale Arbeitsausfall gemäss Art. 5 AVIV (vgl. Rz. 188 KS ALE) nicht erfüllt sein sollte, handelt es sich um eine Vollzeitanstellung im Sinne von Art. 24 Abs. 4 AVIG." d) Dans la cause ATF 121 V 353 où il était recourant, l'OFIAMT soutenait qu'il existait 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 pouvaient, selon lui, donner droit à des indemnités compensatoires en vertu de l'art. 24 LACI. Il alléguait en effet que 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 était modifié dans le sens d'une diminution minime des heures de travail, mais dont la rémunération subissait une baisse plus importante, ce qui 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. Par arrêt du 20 mars 1995 (ATF 121 V 353), la Cour de céans a déclaré que la prétendue "zone grise" dont parlait l'autorité fédérale de surveillance n'existait pas, l'étendue de la perte de gain subie étant seule décisive, même si la perte de travail n'atteignait pas le minimum fixé par l'art. 11 al. 1 LACI, comme c'était le cas en l'espèce. e) L'OFIAMT a demandé l'interprétation de l'arrêt précité (art. 145 OJ), en invitant le Tribunal fédéral des assurances à préciser si le droit de l'assurée aux indemnités compensatoires était limité par le nombre maximum d'indemnités journalières (art. 27 LACI) ou par les six premiers mois de son activité,

conformément à l'art. 24 al. 4 LACI. Alléguant de manière implicite qu'il existait une contradiction entre les considérants

BGE 122 V 103 S. 109

mentionnés ci-dessus de l'arrêt R. du 31 mai 1995 (recte: 1994) (ATF 120 V 233) et la motivation de l'arrêt du 20 mars 1995 (ATF 121 V 353), il reprochait à la Cour de céans d'avoir omis de préciser dans ce dernier arrêt si le droit à la compensation devait être limité à six mois, c'est-à-dire si l'art. 24 al. 4 LACI trouvait application. Par arrêt du 13 novembre 1995, le Tribunal fédéral des assurances a déclaré irrecevable la demande d'interprétation.

4. L'activité à plein temps dont il est question à l'art. 24 al. 4 LACI ancien et à l'art. 24 al. 5 LACI nouveau est un travail de remplacement exercé à 100% d'un horaire complet. Or, ainsi qu'on l'a vu, la réglementation particulière du travail de remplacement dans le cadre de l'art. 24 al. 4 LACI ne se justifie que parce que cette notion diffère de celle de l'art. 11 al. 1 LACI (ATF 120 V 513 consid. 8e déjà cité). Dès lors, de deux choses l'une: - ou bien on est en présence d'une activité à plein temps et seul s'applique l'art. 24 al. 4 LACI; - ou bien on est en présence d'une occupation à temps partiel, ce qui exclut l'application de l'art. 24 al. 4 LACI. Il n'est donc pas possible, contrairement à ce que voudrait l'OFIAMT, d'assimiler à une activité à plein temps, au sens de l'art. 24 al. 4 LACI ou du nouvel art. 24 al. 5 LACI, une perte de travail qui dure moins de deux journées de travail consécutives (art. 11 al. 1 LACI), soit moins de deux jours entiers de travail en l'espace de deux semaines (art. 5 OACI). En effet, comme cela ressort clairement du texte légal, seule une activité exercée à plein temps, c'est-à-dire à 100% d'un horaire de travail normal dans l'entreprise considérée, tombe sous le coup de l'art. 24 al. 4 LACI ancien ou de l'art. 24 al. 5 LACI nouveau. Dans tous les autres cas, même si la perte de travail n'atteint pas le seuil fixé par les art. 11 al. 1 LACI et 5 OACI, on applique l'art. 24 al. 2 LACI ancien ou l'art. 24 al. 2 et 4 LACI nouveau. L'arrêt R. du 31 mai 1994 (ATF 120 V 252 consid. 5c in fine) doit être précisé dans ce sens.

5. En l'espèce, le recourant a travaillé à raison de 42 heures par semaine jusqu'en février 1993, comme instructeur de vol au service de l'Ecole A. SA (attestation de l'employeur, du 25 février 1993). Depuis le 1er mars 1993, il oeuvre en qualité de pilote pour le compte de J. SA. Il est constant que c'est là une activité à plein temps, au sens de l'art. 24 al. 4 LACI ancien ou du nouvel art. 24 al. 5 LACI.

BGE 122 V 103 S. 110

a) Le recourant, dont la perte de gain a été indemnisée par l'assurance-chômage durant les six premiers mois de sa nouvelle occupation, réclame l'allocation de "prestations complémentaires correspondantes à la différence entre le salaire de son nouvel emploi et le 80% de son salaire avant sa nouvelle prise d'emploi aussi longtemps que le nombre maximum d'indemnités journalières (art. 27 LACI) n'a pas été atteint". b) Selon les premiers juges, la situation qui résulte de la limitation du gain intermédiaire à six mois a pour effet de rendre le retour au chômage plus attractif que la poursuite de l'activité et elle semble en contradiction avec l'art. 24 al. 2 LACI, lequel dispose que l'assuré a droit à 80% de la perte de gain aussi longtemps que le nombre maximum d'indemnités journalières n'a pas été atteint. c) Ainsi que cela ressort du message du Conseil fédéral du 29 novembre 1993 à l'appui de la deuxième révision partielle de la loi sur l'assurance-chômage (FF 1994 I 360), "Le versement de prestations compensatoires en cas d'acceptation d'un gain intermédiaire était jusqu'ici limité à six mois. Il sera dorénavant prolongé de manière générale à douze mois (à 24 mois pour les chômeurs âgés ou qui ont une obligation d'entretien)". C'est ce qu'exprime le nouveau libellé de l'art. 24 al. 4 et 5 introduit

par la loi du 23 juin 1995. Toutefois, la novelle du 23 juin 1995 ne peut être prise en considération pour la solution du présent litige. En effet, le cas d'espèce tombe sous le coup de l'art. 24 al. 4 LACI, dans sa teneur en vigueur lorsque a été rendue la décision administrative litigieuse du 7 octobre 1993. Or, cette disposition légale limitait à six mois la période pendant laquelle l'art. 11 al. 1 LACI n'était pas applicable, ce qui, on l'a vu, correspondait à l'ancien art. 25 al. 2, 2e phrase LACI (ATF 120 V 513 consid. 8e mentionné ci-dessus). A cet égard, l'ancien art. 25 al. 2 LACI était ainsi libellé: "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)." Sur ce point, le Conseil fédéral, dans son message du 2 juillet 1980 concernant une nouvelle loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, déclarait: "cette compensation de la différence ne pourra être versée que durant six mois au plus au total. Ceci permet de souligner le caractère temporaire de la compensation de la différence. Le montant ainsi compensé et versé sera converti en indemnités

journalières et imputé sur le nombre maximum de ces indemnités auxquelles l'assuré peut avoir droit, compte tenu de sa période antérieure de cotisation" (FF 1980 III 584). Il apparaît dès lors que, jusqu'à l'entrée en vigueur de la novelle du 23 juin 1995, l'indemnisation de la perte de gain réglée par l'art. 24 al. 4 LACI était soumise à un régime propre, sans interférence avec l'art. 24 al. 2 LACI. C'est uniquement dans le cadre de la deuxième révision partielle de la loi que le législateur a modifié et unifié ces deux régimes d'indemnisation du chômage en présence d'un gain intermédiaire. Il est dès lors douteux que l'ensemble de ce système, adopté en plusieurs étapes par le législateur, ait pour effet de rendre le retour au chômage plus attractif. Au demeurant, l'art. 23 al. 4 LACI règle le calcul du gain assuré sur la base du gain intermédiaire. Cela étant, le recourant n'a droit à l'indemnisation de sa perte de gain que durant les six premiers mois de son activité de pilote pour le compte de J. SA. A partir du 1er septembre 1993, le salaire qu'il a retiré de cette activité n'était plus un gain intermédiaire mais une rétribution normale. C'est dans ce sens qu'il y a lieu de confirmer le jugement entrepris et la décision administrative litigieuse.