

200.2014.172.AC

CHA/BEJ

Tribunal administratif du canton de Berne
Cour des affaires de langue française

Jugement du 14 novembre 2014

Droit des assurances sociales

C. Meyrat Neuhaus, présidente
M. Moeckli, juge
A. de Chambrier, greffier



A. _____
recourant

contre

beco Economie bernoise, Caisse de chômage
Lagerhausweg 10, case postale 502, 3018 Berne
intimé

relatif à une décision sur opposition de ce dernier du 17 janvier 2014

En fait:

A.

A. _____, né en 1979, marié et père de quatre enfants mineurs, travaille en tant qu'enseignant pour B. _____ depuis le 1^{er} septembre 2009 à temps partiel (du 1^{er} septembre 2012 au 31 août 2013 au taux de 35,42%). En parallèle, il a été engagé par C. _____ dès le 1^{er} mai 2011 en qualité d'assistant scientifique. Il a exercé cette activité au taux de 87,51%. A l'échéance du dernier contrat de travail de durée déterminée avec cette école, au 31 juillet 2013, l'assuré a déposé une demande d'indemnités de chômage à compter du 1^{er} août 2013, en indiquant être disposé à travailler à temps partiel à un taux maximum de 87,5%. beco Economie bernoise, Caisse de chômage (ci-après: la Caisse ou l'intimé) a ouvert un délai-cadre d'indemnisation à partir du 2 août 2013 et lui a d'abord versé des indemnités journalières calculées sur la base d'un gain assuré de Fr. 6'973.-. Après avoir constaté diverses erreurs dans le calcul dudit gain, la Caisse l'a corrigé à Fr. 6'881.- et a compensé sa créance en restitution des prestations avec les indemnités de chômage dues à l'assuré pour le mois d'octobre 2013. Par décision du 29 novembre 2013, la Caisse a fixé le gain assuré à Fr. 6'879.- et confirmé les décomptes d'indemnités journalières d'août à novembre 2013, basés sur ce dernier montant.

B.

L'opposition formée par l'assuré le 30 décembre 2013, dans laquelle il demandait l'annulation de la décision précitée du 29 novembre 2013, ainsi que le remboursement des montants compensés à tort, a été rejetée par la Caisse, par décision sur opposition du 17 janvier 2014.

C.

Par acte du 15 février 2014 (remis à la poste le 18 février 2014), l'assuré a interjeté recours contre cette décision sur opposition auprès du Tribunal administratif du canton de Berne (TA). Sous suite de frais et dépens, il a conclu à l'admission de son recours, à la fixation du gain assuré à Fr. 8'799.70 et au remboursement du manque à gagner pour la période durant laquelle il était au chômage.

Dans son mémoire de réponse du 17 mars 2014, l'intimé a détaillé le calcul du gain assuré et conclu au rejet du recours. Le 20 mars 2014, la Juge instructrice a précisé au recourant qu'il était en droit de dupliquer et l'a invité à indiquer, au vu de la réponse de l'intimé, s'il entendait maintenir son recours. Le recourant n'a pas réagi jusqu'au terme fixé.

Entre-temps, l'assuré, qui indiquait dans son recours ne bientôt plus être au chômage, a été désinscrit du système PLASTA le 28 février 2014.

En droit:

1.

1.1 La décision sur opposition du 17 janvier 2014 représente l'objet de la contestation; elle ressortit au droit des assurances sociales, détermine le montant du gain assuré et confirme les décomptes d'indemnités journalières des mois d'août à novembre 2013. L'objet du litige porte sur la fixation dudit gain (et les corrections que cela impliquerait sur le montant des prestations octroyées). L'objet de la contestation, tel que précédemment défini, fixe la limite des points qui peuvent être critiqués par le recours (qui, lui, détermine l'objet du litige devant le TA; ATF 131 V 164 c. 2.1, 125 V 413 c. 1; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, *Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern*, 1997, art. 49 n.2 et art. 72 n. 6). Il en découle qu'il n'appartient pas au TA de se prononcer sur le versement d'indemnités journalières pour d'autres

périodes que celles concernées par la décision attaquée. Dans la mesure où le recours comprend de telles conclusions, il est irrecevable.

1.2 Interjeté en temps utile, dans les formes prescrites, auprès de l'autorité compétente, par une partie disposant de la qualité pour recourir, le recours est, sous réserve de ce qui précède, recevable (art. 100 al. 3 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage [LACI, RS 837.0], en relation avec l'art. 128 al. 2 de l'ordonnance fédérale du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage [OACI, RS 837.02]; art. 56 ss de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales [LPGA, RS 830.1], et art. 74 ss de la loi cantonale du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives [LPJA, RSB 155.21]).

1.3 Le recours étant manifestement infondé, la Cour des affaires de langue française du TA statue dans une composition de deux juges (art. 54 al. 1 let. c et 56 al. 3 de la loi cantonale du 11 juin 2009 sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public, LOJM, RSB 161.1).

1.4 Le Tribunal examine librement la décision sur opposition contestée et n'est pas lié par les conclusions des parties (art. 61 let. c et d LPGA; art. 80 let. c ch. 1 et 84 al. 3 LPJA).

2.

2.1 L'indemnité de chômage est versée sous forme d'indemnités journalières. Le montant de ces dernières se détermine sur la base du gain assuré (art. 21 et 22 al. 1 LACI).

2.2 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 elles ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail (art. 23 al. 1 LACI; ATF 129 V 105 c. 1). Aux termes de l'art. 37 al. 1 OACI, le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation qui précèdent le délai-cadre

d'indemnisation. L'al. 2 prévoit qu'il est déterminé sur la base du salaire moyen des douze derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation si ce salaire est plus élevé que le salaire moyen visé à l'al. 1.

2.3 Est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle. L'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain (art. 24 al. 1 LACI). 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 (al. 3). Le gain réalisé dans une activité à temps partiel par une personne partiellement sans emploi conformément à l'art. 10 al. 2 let. b LACI doit être aussi considéré comme gain intermédiaire (ATF 127 V 479 c. 2; DTA 2011 p. 160 c. 3).

2.4 Est réputé accessoire tout gain que l'assuré retire d'une activité dépendante exercée en dehors de la durée normale de son travail ou d'une activité qui sort du cadre ordinaire d'une activité lucrative indépendante. Un tel gain n'est pas assuré (art. 23 al. 3 LACI). L'assurance-chômage n'a pas vocation d'indemniser les pertes d'activités qui dépassent l'horaire normal de travail (TF C 139/05 du 26 juin 2006 c. 4.1; DTA 2000 p. 162 c. 5a). Si plusieurs rapports de travail courent parallèlement, est réputée durée normale de travail l'horaire hebdomadaire de travail normal de l'activité principale. Cela vaut même si le gain accessoire est supérieur au gain retiré de l'activité principale (ATF 129 V 105 c. 3.2; DTA 2000 p. 162; BORIS RUBIN, *Commentaire de la Loi sur l'assurance-chômage*, 2014, art. 23 n. 9; Bulletin LACI Indemnité de chômage, édité par le Secrétariat d'Etat à l'économie [seco], ci-après: Bulletin LACI IC, dans sa teneur de janvier 2013, C8). Un gain accessoire réalisé durant le délai-cadre de cotisation, qui subsiste durant le délai-cadre d'indemnisation ouvert à la suite de la perte de l'activité principale, ne devient pas un gain intermédiaire. Par contre, un gain accessoire qui augmenterait sensiblement durant le délai-cadre d'indemnisation deviendrait un gain intermédiaire à hauteur de la part de revenu qui a augmenté (ATF 123 V 230; B. RUBIN, op. cit., art. 23 n. 9; Bulletin LACI IC C9). Dans l'hypothèse où l'assuré exerce deux activités

pour un taux d'occupation total supérieur à 100%, il convient de déterminer laquelle de ces activités est principale et laquelle est accessoire et de ramener l'activité accessoire à ce qu'il faut pour que l'activité prise en compte pour établir le gain assuré ne dépasse pas un taux d'occupation de 100% (ATF 126 V 207; B. RUBIN, op. cit., art. 23 n. 9; Bulletin LACI IC C9).

3.

3.1 Le recourant ne conteste pas (ou plus) que le gain assuré de Fr. 6'913.- retenu à l'origine par l'intimé n'avait pas été calculé correctement, puisqu'il comprenait des "primes enfants" (non soumises à cotisations sociales) et ignorait le revenu de l'activité d'enseignant qu'il avait conservé. Il estime toutefois que l'intimé déduit le salaire d'enseignant sous l'angle du gain intermédiaire, mais qu'il ne le prend pas en compte – du moins pas intégralement – dans le calcul du gain assuré. Selon lui, ce salaire, comme celui de l'emploi perdu ayant été intégralement soumis à la cotisation, il doit entrer dans le calcul du gain assuré, au contraire de ce qui vaut pour les "primes enfants".

3.2 En l'espèce, il est d'emblée permis de constater que l'intimé a, à juste titre, écarté les primes pour enfants du calcul du gain assuré (les allocations familiales ne faisant pas partie du salaire déterminant; art. 6 al. 2 let. f du règlement fédéral du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants [RAVS, RS 831.101]; DTA 2003 p. 66 c. 2c; Bulletin LACI IC C2). Pour déterminer ledit gain, il s'est, à juste titre, fondé sur les six derniers mois de cotisation qui ont précédé le délai-cadre d'indemnisation (un calcul effectué sur la base des douze derniers mois conduisant à un revenu total plus faible; dossier [dos.] de la Caisse 3, 19 à 30 et 38 c. 2.2 et ci-dessus). Il a également correctement ajouté la part du 13^{ème} salaire à la rémunération mensuelle (ATF 128 V 189 c. 3a/aa, 123 V 72 c. 3; B. RUBIN, op. cit., art. 23 n. 10 et références; Bulletin LACI IC C2). Pour la période déterminante, le revenu de l'activité perdue d'assistant scientifique est donc de Fr. 5'833.35 (Fr. 5'384.65 + Fr. 448.70 de 13^{ème} salaire; dos. Caisse 2 et 3) et celui de l'activité d'enseignant encore exercée de Fr. 2'966.45 (Fr. 2'738.25 + Fr. 228.20 de 13^{ème} salaire;

dos. Caisse 17, 24 à 29). Le taux d'occupation combiné des deux activités exercées par le recourant étant toutefois de 122,93% (87,51% assistantat + 35,42% enseignement [dos. Caisse 24 à 29]), il convient, après avoir déterminé l'activité principale, de ramener l'autre activité à un niveau permettant d'avoir un taux d'occupation global de 100% (voir c. 2.4 ci-dessus). En l'occurrence, l'intimé a, à raison, retenu que l'activité principale du recourant était celle d'assistant scientifique au taux de 87,51% (le temps de travail consacré aux activités en contrepartie du montant des revenus étant déterminant; TF C 40/04 du 7 juillet 2004 c. 4; DTA 2000 n° 31 p. 162) et que l'activité d'enseignant devait être ramenée à 12,49% (100% - 87,51%), ce dernier pourcentage correspondant alors à un gain intermédiaire venant compléter le gain résultant de l'activité principale, le solde de 22,93% (35,42% - 12,49%) constituant un gain accessoire non assuré (voir c. 2.4 ci-dessus). Le gain intermédiaire précité se monte à Fr. 1'046.05 (12,49 / 35,42 x Fr. 2'966.45). Dès lors, et comme l'a correctement retenu l'intimé, le gain assuré correspond à un montant arrondi de Fr. 6'879.- (Fr. 5'833.35, résultant de l'activité principale + Fr. 1'046.05 de gain intermédiaire; voir également les calculs détaillés mentionnés par l'intimé dans son mémoire de réponse, auxquels il peut être renvoyé). Le recourant réclame donc en vain un gain assuré de Fr. 8'799.70, puisqu'un tel montant imposerait la prise en compte d'un gain accessoire dépassant la durée normale du travail, contrairement à la volonté du législateur (voir c. 2.4 ci-dessus). En outre, il se méprend lorsqu'il estime que tout revenu soumis à cotisation doit être pris en compte dans le calcul du gain assuré et réciproquement. Ainsi les gains accessoires, en principe soumis à de telles cotisations, ont été expressément exclus de ce calcul par le législateur (concernant les différents éléments devant ou ne devant pas être pris en compte, voir B. RUBIN, op. cit., art. 23 n. 10 et 11; Bulletin LACI IC C2). Le calcul du gain assuré querellé ne prête donc pas le flanc à la critique.

Pour le surplus, le recourant n'avance aucun grief contre les décomptes d'indemnités journalières des mois d'août à novembre 2013, dont les calculs sont surtout explicités dans la décision du 29 novembre 2013 et la réponse au recours du 17 mars 2014. Rien n'indique que ces décomptes ne soient pas conformes au droit. En particulier, il apparaît que la

comptabilisation du revenu d'enseignant en tant que gain intermédiaire a été opérée seulement dans la mesure où ce salaire ne consistait pas en un gain accessoire dépassant la durée normale du travail. La portion du revenu d'enseignant exclue du gain assuré (22,93% / 35,42%; à savoir Fr. 2'966.45 sous déduction de Fr. 1'046.05: Fr. 1'920.40) a été déduite chaque mois du gain intermédiaire effectivement réalisé (y compris part de 13^{ème} salaire). Ces décomptes doivent donc également être confirmés (principe dit de l'allégation, "Rügeprinzip" en allemand: ATF 119 V 347 c. 1a) et le recourant ne peut prétendre au remboursement d'un manque à gagner pour les périodes considérées.

4.

4.1 Au vu de tous les éléments qui précèdent, le recours doit être rejeté, dans la mesure où il est recevable.

4.2 Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, ni d'allouer de dépens au recourant qui succombe (art. 61 let. a et g LPGA).

Par ces motifs:

1. Le recours est rejeté, dans la mesure où il est recevable.

2. Il n'est pas perçu de frais de procédure, ni alloué de dépens.

3. Le présent jugement est notifié (R):

- au recourant,
- à l'intimé,
- à beco Economie bernoise, Service de l'emploi, Service juridique,
- au Secrétariat d'Etat à l'économie (seco).

La présidente:

Le greffier:

Voie de recours

Dans les 30 jours dès la notification écrite de ses considérants, le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, au sens des art. 39 ss, 82 ss et 90 ss de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110).