

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 17 mai 2010

Présidence de M. JOMINI
Juges : M. Neu et Mme Thalmann
Greffière : Mme de Quattro Pfeiffer

Cause pendante entre :

A. _____, à Mollens, recourante, représentée par Me Cornelia Seeger Tappy, avocate à Lausanne,

et

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, Division juridique, à Lausanne, intimée.

Art. 190 Cst., 8 al. 1 let. e LACI, 14 al. 1 let. b LACI, 23 al. 2 LACI, 27 al. 4 LACI et 41 OACI

E n f a i t :

A. A._____, née en 1948, éducatrice spécialisée (diplôme HES), a travaillé pour l'institution X._____ depuis 1997 jusqu'à la fin de son contrat le 31 août 2007. Elle a subi une longue incapacité de travail pour cause de maladie, entre le 20 novembre 2006 et le 18 novembre 2008.

L'assurée a demandé l'octroi d'indemnités de chômage à la Caisse cantonale de chômage (ci-après: la caisse), à compter du 19 novembre 2008.

Par une décision du 28 novembre 2008, la caisse (agence de Morges) a reconnu le droit de l'assurée à une indemnisation, après le délai d'attente (cf. art. 18 al. 2 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.0] et 6 al. 2 OACI [ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.02]); elle retient que l'intéressée remplit les conditions de l'art. 14 al. 1 let. b LACI (libération des conditions relatives à la période de cotisation). Cette décision était accompagnée d'un décompte faisant état d'un gain assuré mensuel de 3'320 fr. et d'une indemnité journalière s'élevant à 122 fr. 40, avec droit à deux cent soixante indemnités journalières au maximum.

L'assurée a formé opposition, en faisant notamment valoir que l'indemnité devrait être calculée sur la base d'un salaire plus élevé, son dernier revenu annuel à X._____ se montant à 93'724 fr., en 2007 (7'810 fr. brut par mois). Elle ne contestait pas qu'elle ne justifiait pas de douze mois d'activité soumise à cotisation durant le délai-cadre de cotisation (à cause de sa maladie); partant elle admettait l'application de l'art. 14 al. 1 let. b LACI. Néanmoins, elle soutenait qu'il fallait prendre en compte le revenu qu'elle aurait gagné, sans maladie, pendant les dix mois où elle était encore au bénéfice du contrat de travail avec X._____, soit de novembre 2006 à août 2007. A propos du calcul effectué par la caisse, l'intéressée mettait en doute la légalité ou la constitutionnalité de la

réglementation de l'ordonnance sur l'assurance-chômage, soit la définition à l'art. 41 OACI des "montants forfaitaires fixés comme gain assuré".

La caisse (autorité d'opposition, première instance) a rejeté l'opposition par une décision du 9 février 2009. Elle a notamment retenu, en se référant à la jurisprudence du Tribunal fédéral, que la légalité de l'art. 41 OACI n'était pas douteuse et que l'application de ce régime n'entraînait pas d'inégalité de traitement.

B. Agissant par la voie du recours de droit administratif (mémoire du 12 mars 2009), A. _____ demande au Tribunal cantonal d'annuler la décision sur opposition et d'inviter la caisse à recalculer les indemnités journalières sur la base des considérants. Elle soutient que la réglementation de l'art. 41 OACI ne repose pas sur une base légale suffisante; cette disposition, préteritant les chômeurs âgés et à la santé fragile, ne respecterait ni la LACI ni les buts définis par celle-ci.

Dans sa réponse du 1^{er} mai 2009, la caisse conclut au rejet du recours, sans se déterminer sur les griefs.

E n d r o i t :

1. La voie du recours de droit administratif au Tribunal cantonal est ouverte contre une décision sur opposition prise par la Caisse cantonale de chômage en application de la loi fédérale sur l'assurance-chômage. Le recours, formé dans le délai légal, est recevable et il y a lieu d'entrer en matière.

2. La contestation porte sur le droit à l'indemnité de chômage dont les conditions sont réglées en premier lieu à l'art. 8 LACI. Plus précisément, comme le droit aux prestations a été reconnu, seul le calcul du montant de l'indemnité journalière est litigieux.

a) Il n'est pas contesté que la recourante est, à cause de sa maladie, dans une situation lui permettant de se prévaloir, en vertu de l'art. 14 al. 1 let. b LACI, de la libération des conditions relatives à la période de cotisation (cf. art. 8 al. 1 let. e LACI). Le gain assuré ne correspond pas, dans cette situation, à un salaire obtenu effectivement (cf. art. 23 al. 1 LACI). Il est défini ainsi à l'art. 23 al. 2 LACI:

"Pour les assurés qui, au terme d'un apprentissage, touchent des indemnités de chômage, ainsi que pour les personnes qui sont libérées des conditions relatives à la période de cotisation, le Conseil fédéral fixe des montants forfaitaires comme gain assuré. Il tient compte en particulier de l'âge, du niveau de formation ainsi que des circonstances qui ont amené à la libération des conditions relatives à la période de cotisation (art. 14)".

La disposition adoptée par le Conseil fédéral sur cette base est l'art. 41 OACI, ainsi libellé:

"Art. 41 Montants forfaitaires fixés comme gain assuré (art. 23, al. 2, LACI)

1 Le gain assuré des personnes qui sont libérées des conditions relatives à la période de cotisation ou qui sont au terme d'un apprentissage est fixé aux montants forfaitaires suivants:

- a. 153 francs par jour pour les personnes qui ont suivi une formation complète au sein d'une haute école ou qui disposent d'une formation professionnelle supérieure ou d'une formation équivalente;
- b. 127 francs par jour pour les personnes qui ont terminé leur apprentissage;
- c. 102 francs par jour pour toutes les autres personnes si elles ont plus de 20 ans et 40 francs par jour si elles ont moins de 20 ans.

2 Le montant forfaitaire est réduit de 50% si l'assuré:

- a. est libéré des conditions relatives à la période de cotisation pour l'un des motifs exposés à l'art. 14, al. 1, let. a, LACI, associé, le cas échéant, à l'un des motifs définis à l'art. 14, al. 1, let. b ou c, LACI ou est au terme d'un apprentissage,
- b. a moins de 25 ans et
- c. n'a pas d'obligation d'entretien envers des enfants au sens de l'art. 33.

3 Les al. 1 et 2 ne sont pas applicables aux personnes dont le salaire d'apprenti est supérieur au montant forfaitaire correspondant.

4 Si les conditions de détermination du montant forfaitaire changent en cours d'indemnisation, le nouveau montant est applicable dès le début de la période de contrôle correspondante.

5 Le DFE peut adapter les montants forfaitaires à l'évolution des salaires pour le début de l'année civile, après avoir consulté la commission de surveillance".

b) La recourante expose que l'indemnité calculée en fonction des montants fixés à l'art. 41 al. 1 OACI est nettement inférieure à celle qui lui serait allouée sur la base de son dernier salaire, si elle avait pu cotiser pendant la période déterminante. Elle estime très difficile de retrouver un emploi, à son âge, et dit craindre une détérioration de sa situation matérielle et de son état de santé psychique à cause d'une indemnisation insuffisante. Pour la recourante, le Conseil fédéral aurait dû régler spécialement à l'art. 41 OACI la situation des personnes ayant, comme elle, travaillé et cotisé pendant de nombreuses années, et ayant un autre train de vie ainsi que d'autres besoins qu'un jeune de 25 ans. Elle affirme que le vœu du législateur était clairement de ne pas prêter les personnes fragilisées au niveau de leur carrière professionnelle sans qu'on puisse leur reprocher une quelconque faute, notamment les chômeurs âgés qui n'ont pas été aptes au placement pour cause de maladie. L'absence de réglementation spéciale en faveur de ces chômeurs – alors que la loi prévoit des régimes particuliers pour les jeunes parents qui ont consacré quelques années à des tâches éducatives, ou pour les chômeurs âgés de plus de 55 ans – constituerait une lacune de l'ordonnance, à combler par le juge. La recourante soutient encore qu'il est choquant de traiter de manière égale un chômeur jeune sortant de formation et un chômeur âgé sortant de maladie. C'est pourquoi, en définitive, le droit fédéral devrait prévoir pour elle la prise en considération d'un montant plus élevé comme gain assuré.

c) L'argumentation de la recourante contient certaines appréciations ou critiques à propos d'exigences prévues directement par la loi fédérale sur l'assurance-chômage, notamment à propos de la durée des délais-cadres (cf. art. 14 al. 1, 1^{ère} phrase LACI et le renvoi) et du nombre maximum de deux cent soixante indemnités journalières auxquelles ont droit les personnes libérées des conditions relatives à la période de cotisation (cf. art. 27 al. 4 LACI). Or, en vertu de l'art. 190 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999; RS 101), les tribunaux sont tenus d'appliquer les lois fédérales et ils ne peuvent en particulier pas en contrôler la conformité aux garanties de la

Constitution fédérale. Il n'y a donc pas lieu de se prononcer sur l'opportunité d'une autre réglementation sur ces points.

La recourante critique en outre l'art. 41 OACI, norme figurant non pas dans une loi fédérale mais dans une ordonnance du Conseil fédéral. La limite posée à l'art. 190 Cst. pour le contrôle de la constitutionnalité ne vise en principe pas les actes législatifs fédéraux qui n'émanent pas de l'Assemblée fédérale. Cependant, les tribunaux (Tribunal fédéral ou tribunaux des cantons), lorsqu'ils se prononcent sur une ordonnance du Conseil fédéral fondée sur une délégation législative, peuvent examiner si elle reste dans les limites des pouvoirs conférés par la loi à l'auteur de l'ordonnance, mais ne peuvent pas contrôler si la délégation elle-même est admissible. Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a rappelé qu'en examinant la conformité d'une ordonnance à la loi sur laquelle elle se fonde, il n'était pas habilité à substituer sa propre appréciation à celle du Conseil fédéral; il lui incombe toutefois de contrôler si le but fixé dans la loi peut être atteint et si, à cet égard, le Conseil fédéral a usé de son pouvoir conformément aux principes constitutionnels. Le contenu de l'ordonnance ne peut être examiné que dans la mesure où il n'est pas couvert par la norme de délégation. Si la loi n'autorise pas l'auteur de l'ordonnance à s'écarter de la Constitution, le Tribunal fédéral peut se prononcer sur la constitutionnalité de l'ordonnance. En d'autres termes, il doit simplement contrôler que la solution choisie n'outrepasse pas manifestement les limites de la délégation législative, et qu'elle n'est pas pour d'autres motifs contraire à la loi ou à la Constitution (cf. ATF 126 II 480 consid. 4a; ATF 118 Ib 367 consid. 4 et les arrêts cités). Ces principes s'appliquent a fortiori au contrôle effectué par les tribunaux des cantons.

d) Le Tribunal fédéral s'est déjà prononcé sur la légalité de l'art. 41 OACI, à propos de la détermination des montants forfaitaires en fonction du niveau de formation (cf. TFA C 336/05 du 7 novembre 2006, consid. 4.2; DTA-ARV 2000 n° 3 p. 11 ss, consid. 4b/cc; cf. par ailleurs, concernant des directives administratives dans le cadre de l'art. 41 OACI: DTA-ARV 2002 n° 34 p. 243). En l'espèce, la critique de la recourante ne

porte pas sur la prise en considération du niveau de formation - elle bénéficie du montant maximum, ayant accompli une formation au sein d'une HES (art. 41 al. 1 let. a OACI) - ni sur la règle réduisant de moitié le montant forfaitaire pour certaines personnes (art. 41 al. 2 OACI - cf. à ce propos Nussbaumer, SBVR Soziale Sicherheit, 2^e éd., Bâle 2007, n. 373 p. 2290) - mais sur une autre question, non traitée spécifiquement dans les arrêts précités du Tribunal fédéral.

Comme cela a été rappelé plus haut, d'après l'art. 23 al. 2 LACI, les montants forfaitaires doivent être fixés en tenant en particulier compte de l'âge, du niveau de formation et des circonstances qui ont amené à la libération des conditions relatives à la période de cotisation. Pour la recourante, en substance, tenir compte du critère de l'âge imposerait de fixer un tarif particulier pour les chômeurs âgés, avec des montants forfaitaires plus élevés que pour les jeunes chômeurs; le cas échéant, ces montants devraient mieux correspondre aux charges financières que doivent supporter les assurés âgés.

La norme de délégation de l'art. 23 al. 2 OACI ne prévoit pas la prise en considération de l'expérience professionnelle, de la longue durée des rapports de travail (et des périodes de cotisation), ni de la situation matérielle concrète du chômeur. Il faut par ailleurs relever que le Conseil fédéral, en édictant l'art. 41 OACI, n'a pas omis le critère de l'âge puisqu'il a réglé de manière différenciée la situation des personnes de moins de 20 ans (art. 41 al. 1 let. c OACI), respectivement de moins de 25 ans (art. 41 al. 2 let. b OACI). Le critère de la fin de l'apprentissage (art. 41 al. 1 let b et al. 2 let. a OACI) est également, généralement, lié à l'âge (il vise surtout des jeunes gens). On ne voit pas dans la loi d'obligation, pour le Conseil fédéral, de prévoir encore d'autres distinctions en fonction de l'âge. Dans les situations où - comme en l'espèce - il n'y a pas eu de cotisations pendant le délai déterminant et où des montants forfaitaires doivent être fixés, un certain schématisme dans la réglementation est inévitable. Cela exclut donc une multiplication des critères de différenciation et cela n'est pas, en soi, contraire au principe d'égalité. Dans ces conditions, compléter le régime de l'art. 41 OACI dans le sens proposé par la recourante

équivaldrait, pour la Cour de céans, à substituer sa propre appréciation à celle du Conseil fédéral, ce qui n'est pas admissible dans le cadre du contrôle de la légalité d'une ordonnance.

En définitive, la réglementation de l'art. 41 OACI n'est pas critiquable et il n'est pas contesté que la caisse n'a pas violé cette disposition en fixant les prestations dues à la recourante. Les griefs de cette dernière sont donc mal fondés.

3. Il s'ensuit que le recours doit être rejeté, ce qui entraîne la confirmation de la décision attaquée. Le présent arrêt doit être rendu sans frais ni dépens.

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
p r o n o n c e :**

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision sur opposition rendue le 9 février 2009 par la Caisse cantonale de chômage est confirmée.
- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires.
- IV.** Il n'est pas alloué de dépens.

Le président :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Cornelia Seeger Tappy, avocate (pour A. _____),
- Caisse cantonale de chômage,
- Secrétariat d'Etat à l'économie,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :