



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO



Letter

TCRD

Édition 2020 / 1

Mai 2020

Sommaire

Introduction aux thèmes de la présente Audit Letter	
Travail convenable sur le plan financier avec approbation de la commission tripartite	4
Exercice du droit à l'indemnité – Présentation des documents	7
Prise en considération du gain intermédiaire en cas d'horaire fixe	9
Réglementation des délais de protection prévus à l'art. 336c CO et incapacité de travail liée au poste de travail	12
Impressum	14

Objectif de l'Audit Letter

La présente lettre d'information vise à vous informer périodiquement, à savoir deux à trois fois par an, des principales conclusions de nos différents travaux de révision, à approfondir des problématiques matérielles et à aborder certaines préoccupations récurrentes.

L'audit letter n'a pas valeur de directive et ne donnera donc pas lieu à de nouvelles réglementations, cette tâche étant dévolue au Bulletin LACI. En revanche, elle pourra aborder de nouvelles dispositions légales ou directives figurant dans ce même Bulletin LACI et pour lesquelles nous avons constaté des difficultés d'application dans le cadre de nos activités de révision.

L'objectif de cette lettre est de soutenir les organes d'exécution dans leur travail quotidien et de contribuer ainsi à maintenir la qualité de leur travail, voire à l'améliorer.

Introduction aux thèmes de la présente Audit Letter

Une incapacité de travail liée au poste de travail donne-t-elle droit aux délais de protection prévus par le code des obligations ? Cette question est controversée même parmi les juristes. Comment les caisses de chômage doivent-elles procéder lorsque, au moment où l'employeur donne son congé au travailleur ou pendant un délai de congé en cours, une incapacité de travail liée au poste de travail se manifeste ? L'article concernant **la réglementation des délais de protection prévus à l'art. 336c CO et l'incapacité de travail liée au poste de travail** vous indique comment agir dans la pratique.

L'ACT peut, avec l'approbation de la commission tripartite, exceptionnellement déclarer convenable un travail dont la rémunération est inférieure à 70 % du gain assuré. Cette disposition légale ne s'applique effectivement dans la pratique que rarement, mais offre une solution appropriée dans certaines situations données. Que se cache-t-il là derrière ? L'article **Travail convenable sur le plan financier avec approbation de la commission tripartite** vous donne quelques explications.

Le diable se cache dans les détails. Ce proverbe s'applique bien lorsqu'il est question de faire valoir des droits à des prestations. Le fait de ne pas faire valoir ses droits doit-il faire l'objet d'un avertissement et dans quelles situations y a-t-il lieu de prononcer un tel avertissement ? Sous quelle forme faut-il exiger de recevoir les documents manquants lorsque l'assuré fait valoir ses droits ? Quelles sont les conséquences lorsque le dossier remis par l'assuré n'est pas complet ? Que faut-il faire lorsque l'assuré ne peut pas fournir tous les documents requis ? Vous trouvez les réponses à ces questions et à d'autres encore dans l'article **Exercice du droit à l'indemnité – Présentation des documents**.

Enfin, vous trouverez dans cette Audit Letter un article sur la **prise en considération du gain intermédiaire en cas d'horaire fixe**. En ce qui concerne les gains intermédiaires avec horaire de travail fixe, il faut en principe toujours prendre en considération le salaire convenu comme gain intermédiaire, même si, dans les faits, le travailleur a réalisé un revenu plus bas. L'article présente les situations dans lesquelles cela peut être envisageable.

L'équipe de rédaction vous souhaite une lecture intéressante.

Travail convenable sur le plan financier avec approbation de la commission tripartite

Art. 16, al. 2, let. i, 24, 85d LACI ; art. 17, 41, al. 1 et 2 OACI ; Bulletin LACI IC B300

Dispositions légales

L'ACt peut, avec l'approbation de la commission tripartite, exceptionnellement déclarer convenable un travail dont la rémunération est inférieure à 70 % du gain assuré.

Il y a exception en particulier lorsque le gain assuré provient d'une activité :

- pour laquelle l'assuré n'a pas, soit le niveau de formation requis, soit l'expérience requise ;
- dont la rémunération est sensiblement plus élevée que le salaire usuel pour cette activité ; ou
- qui était très bien rémunéré et qu'il doit être supposé que l'assuré ne pourra plus exercer d'activité comparable avec un revenu équivalent.

Avant que l'ACt ne prenne sa décision d'entente avec la commission tripartite, il y lieu d'accorder à la personne assurée le droit d'être entendue.

La commission tripartite se compose d'un nombre égal de représentants des employeurs, des travailleurs et de l'autorité du canton dont relève le marché du travail. L'art. 85d LACI fixe d'autres dispositions concernant la commission tripartite.

Si la personne assurée obtient un salaire que l'ACt a déclaré convenable d'entente avec la commission tripartite, elle n'a pas droit à l'IC ou à des paiements compensatoires.

Exemples issus de la pratique

Le sportif d'élite

Arrivé à la fin de sa carrière, un footballeur professionnel demande la perception d'indemnités journalières. Vu le salaire élevé du footballeur, le gain assuré atteint le montant maximal de 12 350 francs. Étant donné sa formation initiale d'employé du commerce de détail, le footballeur cherche en premier lieu un emploi dans la vente. Il finit

par trouver un emploi dans la profession qu'il a apprise pour un salaire mensuel de 4800 francs.

Vu qu'il faut partir du principe que l'assuré ne trouvera plus d'emploi lui fournissant un revenu équivalent à celui qu'il réalisait en tant que sportif professionnel, l'ACt déclare convenable l'emploi dans le commerce de détail pour un salaire mensuel de 4800 francs, avec l'approbation de la commission tripartite. Le chômage prend fin avec cette décision et l'assuré n'a pas droit à des paiements compensatoires de l'AC.

La personne en incapacité de travail pour des raisons professionnelles

Un marbrier de métier (lequel scie, découpe et polit des blocs de pierres) ne peut plus, pour des raisons médicales, exercer d'activité qui l'expose à de la poussière de pierre. L'assuré demande la perception d'indemnités journalières. De son activité d'ouvrier, pour laquelle il a une formation et qu'il a exercée pendant de longues années, il obtient un gain assuré de 7200 francs. En raison de ses problèmes de santé, il ne peut plus postuler que pour des emplois qui correspondent à une formation d'ouvrier du bâtiment.

S'appuyant sur la convention nationale du secteur principal de la construction, pour la classe des ouvriers qualifiés de la construction avec certificat professionnel, l'ACt conclut, d'entente avec la commission tripartite, qu'un emploi fournissant un salaire mensuel de 4625 francs est considéré comme convenable. Vu les problèmes de santé durables et la formation de l'assuré, il semble exclu que ce dernier puisse à nouveau réaliser un revenu en tant que marbrier.

La personne sans formation dont le revenu est bien au-dessus du salaire usuel

Une personne sans formation effectue divers travaux d'aide pour une institution sociale. Le salaire convenu ne se base pas sur la formation ou sur les prestations, mais sur les importantes obligations d'entretien familiales du travailleur et s'élève ainsi à 5400 francs. Lorsque la personne perd cet emploi, elle demande la perception d'indemnités journalières et trouve une autre activité auxiliaire pour un salaire de 3600 francs.

À la demande de l'ACt, l'institution sociale confirme expressément que le salaire inhabituellement élevé de la personne sans formation n'avait pas été fixé selon des critères de prestations, mais selon les besoins familiaux du travailleur et qu'il s'agissait d'un salaire « social ». L'ACt détermine, d'entente avec la commission tripartite,

que la nouvelle activité auxiliaire pour un salaire de 3600 francs est convenable et que l'assuré n'a donc pas droit à des paiements compensatoires. Dans sa décision, l'ACT justifie sa décision en expliquant que, compte tenu du niveau de formation et de l'expérience de la personne, ainsi que des précédentes activités qu'elle a exercées, le salaire fixé à 5400 francs en tant que gain assuré était trop élevé et dépassait sensiblement le salaire usuel pour l'activité exercée.

Jurisprudence

- ATF C313/01 du 7.8.2002
- ATF 8C_688/2013 du 11.2.2014
- DTA 2001 page 232
- DTA 2004 page 275

Exercice du droit à l'indemnité – Présentation des documents

Art. 20, 88, al. 1, let. d, et 106 LACI ; art. 29 OACI ; Bulletin LACI IC C191 ss. ; art. 28, 29, 40 et 43 LPGA

Exercice du droit à l'indemnité

Le droit à l'indemnité de chômage s'éteint s'il n'a pas été exercé dans les trois mois qui suivent la fin de la période de contrôle à laquelle il se rapporte. Ce délai est un délai de péremption (voir le Bulletin LACI IC C192).

Si le délai est dépassé ou n'est pas encore échu, la caisse ne doit pas avertir la personne assurée et ne peut pas lui accorder un nouveau délai.

La personne assurée exerce en principe son droit à l'indemnité en remettant le formulaire « Indications de la personne assurée pour le mois de... » (IPA). Si elle ne remet pas l'IPA mais que la caisse doit partir du principe que la personne assurée peut exercer son droit à l'indemnité pour une période de contrôle sur la base d'autres documents qu'elle a remis (p. ex. un e-mail où elle indique exercer son droit à l'indemnité, une attestation de gain intermédiaire ou de suivi d'une MMT), le délai est considéré comme accordé. Dans ce cas, la caisse doit exiger la remise du formulaire « Indications de la personne assurée » et des autres documents requis dans un délai imparti.

Pour la première période de contrôle d'un délai-cadre d'indemnisation, la remise du formulaire « Demande d'indemnité de chômage » est considérée comme l'exercice du droit à l'indemnité. Le formulaire IPA et les autres documents requis doivent évidemment aussi être présentés pour la première période de contrôle.

Délai pour compléter le dossier

Si, après avoir exercé son droit à l'indemnité, la personne assurée ne remet pas tous les documents nécessaires, la caisse lui impartit un délai raisonnable pour compléter le dossier. Elle rend la personne assurée attentive aux conséquences juridiques d'un manquement à ce devoir. Si la caisse ne peut pas rendre sa décision concernant le droit à l'indemnité ou le montant de l'indemnité parce que des indications ou des documents font défaut, elle doit déclarer la demande irrecevable et menacer la personne assurée de refuser le versement de l'indemnité.

Si le délai fixé expire sans réaction de la personne assurée, la caisse doit mettre en œuvre les conséquences dont elle a averti cette personne. Il n'est en principe pas autorisé de mettre en œuvre d'autres conséquences que celles dont la personne assurée a été avertie.

Si la personne assurée exerce son droit à l'indemnité peu avant l'expiration du délai de péremption de trois mois, la caisse lui impartit un délai raisonnable pour compléter le dossier, pouvant aller au-delà de l'expiration du délai de péremption.

L'octroi d'un délai supplémentaire n'est pas autorisé si la personne assurée ne remet aucun document dans le délai impartit de trois mois ou qu'elle n'exerce pas son droit à l'indemnité pendant cette période.

Impossibilité de fournir les documents

Si la personne assurée ne peut pas fournir les documents requis, la caisse peut exceptionnellement prendre en considération une déclaration signée de l'assuré, lorsque celle-ci paraît plausible (art. 29, al. 4, OACI). La plausibilité de la déclaration doit si possible être confirmée par d'autres documents appropriés.

Dans la pratique, il s'agit notamment de documents fournis par l'employeur comme une attestation de l'employeur ou une attestation de gain intermédiaire, que la personne assurée ne peut pas présenter lors de certaines circonstances.

Dans ces cas, avant que la caisse ne détermine le droit à l'indemnité et son montant à l'aide de déclarations de la personne assurée et de substituts de preuves comme un contrat de travail, des décomptes de salaire et des relevés bancaires, elle doit essayer d'obtenir elle-même les formulaires et indications nécessaires auprès de l'employeur en lui fixant un délai et en l'informant qu'il encourt une dénonciation pénale en cas d'omission.

Les employeurs ont l'obligation de renseigner les organes d'exécution de l'AC. D'après l'art. 88, al. 4, LACI, les employeurs doivent remplir leur obligation de renseigner eux-mêmes, sans l'autorisation de la personne assurée, et la violation de cette obligation est punissable en vertu de l'art. 106 LACI.

Prise en considération du gain intermédiaire en cas d'horaire fixe

Art. 24 LACI ; Bulletin LACI IC C123 ss.

Art. 24 LACI

Tout gain que la personne assurée retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle est réputé gain intermédiaire.

Gain intermédiaire en cas d'horaire de travail fixe

La personne assurée dont le contrat de travail prévoit un horaire fixe a droit à l'entier du salaire convenu contractuellement. Le salaire convenu doit en principe être pris en considération comme gain intermédiaire, même si la personne a effectivement réalisé un revenu plus bas.

Les situations suivantes peuvent être envisagées pour illustrer les cas où le salaire réalisé est plus bas que celui convenu contractuellement.

Heures en moins dont la responsabilité incombe au travailleur

Si l'employeur réduit le salaire parce que le travailleur est responsable des heures en moins, le gain intermédiaire doit être calculé d'après l'horaire de travail convenu contractuellement.

Ce n'est pas à l'assurance-chômage de couvrir les pertes de revenu consécutives à des heures en moins dans le cadre d'un horaire de travail convenu.

Demeure de l'employeur

Si le travail ne peut être effectué par la faute de l'employeur, il y a demeure. Si l'employeur est en demeure alors qu'un horaire de travail fixe a été convenu, le travailleur a tout de même droit à l'entier du salaire convenu contractuellement. La caisse doit prendre en considération le salaire convenu contractuellement, même si le travailleur a réalisé un revenu plus bas sans faute de sa part.

Il incombe au travailleur de faire valoir son droit au salaire auprès de l'employeur, comme pour tous les autres rapports de travail. Ces démarches peuvent éventuellement aboutir à une insolvabilité de l'employeur, et par la même, à droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité. Les arriérés de salaire qui découlent des rapports de travail en

cours ne sont pas pris en charge par l'assurance-chômage dans le cadre de l'art. 29 LACI. L'application de cet article n'interviendrait que pour la période suivant la fin des rapports de travail, suite à un non-respect du délai de congé.

Vacances

Lors d'un gain intermédiaire avec salaire horaire, de durée indéterminée avec horaire convenu contractuellement, il y a lieu de compter comme gain intermédiaire pendant la période où la personne assurée prend ses vacances, le salaire complet qu'elle aurait touché s'elle n'avait pas pris de vacances. Peu importe si les indemnités des vacances acquises couvrent la durée des vacances.

Lors d'un gain intermédiaire avec salaire horaire, de durée déterminée avec horaire convenu contractuellement, il est possible, compte tenu de la durée limitée de l'engagement, de calculer l'indemnité de vacances que la personne assurée va acquérir pendant toute la durée des rapports de travail. Pendant les vacances, il faut prendre en considération l'indemnité de vacances qui a été acquise jusque-là et celle qui va encore être acquise après les vacances. Si la personne prend davantage de vacances que ce que prévoit son contrat, le calcul du gain intermédiaire se base sur l'horaire de travail convenu contractuellement (voir paragraphe « Heures en moins incombant au travailleur »).

Dans le cas de rapports de travail avec salaire mensuel, il y a lieu de compter comme gain intermédiaire pendant la période où la personne assurée prend ses vacances, le salaire mensuel convenu par contrat. Même si le salaire a été réduit car la personne assurée a pris trop de vacances par exemple.

Voir Bulletin LACI IC C152

Contrats de mission d'après la loi sur le service de l'emploi (rapports de travail temporaires)

Dans le cadre de rapports de travail soumis à la loi sur le service de l'emploi et la location de services (LSE), l'horaire de travail doit être convenu par écrit dans le contrat de travail. Le travailleur doit pouvoir savoir clairement dans quelle mesure il met ses services à disposition et sur quel revenu il peut compter en retour. En cas de missions irrégulières, un horaire de travail minimal doit être indiqué.

Si l'entreprise locataire de services n'offre pas de travail dans la mesure convenue, le bailleur de services est en principe tenu de verser un salaire correspondant à l'horaire de travail indiqué dans le contrat de mission, même si l'entreprise locataire de services fournit moins de travail.

Ainsi, la caisse doit en principe toujours prendre en considération le salaire convenu contractuellement en tant que gain intermédiaire, même pour les rapports de travail soumis à la LSE.

La directive 2019/1 du SECO, Libre circulation des personnes et Relations du travail, datée du 19.12.2019 donne des explications plus détaillées sur la réglementation de l'horaire de travail dans le contrat de travail et l'obligation du bailleur de services de payer le salaire qui lui est liée. Le document se trouve à l'adresse : <https://www.arbeit.swiss/secoalv/fr/home/menue/arbeitsvermittler/private-arbeitsvermittlung-und-personalverleih.html>.

Maladie pendant le gain intermédiaire

Si l'assuré est empêché de travailler pendant un gain intermédiaire pour cause de maladie, le salaire contractuellement dû en vertu de l'art. 324a ss. CO doit être pris en considération comme gain intermédiaire.

S'il ne perçoit que des indemnités journalières pour maladie, celles-ci sont également prises en compte comme gain intermédiaire. Si ces indemnités n'atteignent pas 80 % du salaire convenu contractuellement, elles sont tout de même imputées pour le montant équivalent à 80 % du salaire.

Voir Bulletin LACI IC C128

Pertes de travail pour cause de réduction de l'horaire de travail ou d'intempéries pendant le gain intermédiaire

Une personne assurée en gain intermédiaire qui ne touche que 80 % du salaire convenu contractuellement pour cause de réduction de l'horaire de travail ou d'intempéries, doit se faire porter en compte l'intégralité du salaire convenu contractuellement.

Voir Bulletin LACI IC C129

Réglementation des délais de protection prévus à l'art. 336c CO et incapacité de travail liée au poste de travail

Art. 29 LACI ; Bulletin LACI IC C198 ss. ; art. 336c CO

Art. 336c CO

Après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat notamment pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident non imputables à la faute du travailleur. Le délai de protection est de 30 jours au cours de la première année de service, 90 jours de la deuxième à la cinquième année de service et de 180 jours à partir de la sixième année de service.

Un congé donné pendant une période de protection est nul. Si le congé a été donné avant la période de protection et s'il n'a pas expiré avant cette période, ce délai est suspendu et ne continue à courir qu'après la fin de la période.

Lorsque les rapports de travail doivent cesser à un terme, tel que la fin d'un mois ou d'une semaine de travail, et que ce terme ne coïncide pas avec la fin du délai de congé qui a recommencé à courir, ce délai est prolongé jusqu'au prochain terme.

Incapacité de travail liée au poste de travail

On parle d'incapacité de travail liée au poste de travail lorsque l'incapacité pour le travailleur de fournir une prestation ne tient qu'à son poste actuel. Le travailleur est toutefois capable de fournir une prestation normale en dehors de l'entreprise et en particulier chez un autre employeur. De plus, il n'est pas ou que très peu limité dans sa vie privée (loisirs, mobilité). En d'autres termes, il n'y a incapacité de travail liée au poste de travail que lorsqu'un autre employeur engagerait le travailleur sans émettre de réserves sur sa situation personnelle liée à une maladie.

La doctrine part de plus en plus du principe qu'en cas d'incapacité de travail liée uniquement au poste de travail, la réglementation des délais de protection de l'art. 336c CO ne s'applique pas vu que dans ce cas le travailleur est à même de chercher un emploi pendant le délai de congé. Néanmoins, la question reste controversée dans les commentaires juridiques et une jurisprudence fédérale claire sur le sujet fait toujours défaut.

En outre, il est souvent peu clair et difficile à évaluer en termes de preuves, si l'incapacité de travail est liée à une maladie, au poste de travail ou si elle est générale. Les limites sont floues. En particulier en cas de maladie psychique où il est presque impossible de l'attribuer à l'une des causes. De plus, les certificats médicaux ne contiennent souvent aucune indication claire, ne sont pas déterminants en terme de preuves en tant « qu'expertise présentée par une partie » ou ils se contredisent entre eux.

Application de l'art. 29 LACI en cas de doute

Étant donné les incertitudes qui demeurent au niveau juridique et la difficulté de distinguer l'incapacité de travail liée au poste de travail de l'incapacité de travail liée à une maladie ou l'incapacité de travail générale, il y a lieu de se demander si ces cas ne relèvent pas d'un cas d'application de l'art. 336c CO et qu'il faut donc considérer la résiliation des rapports de travail nulle ou considérer une prolongation du délai de congé.

Si, dans un tel cas, l'employeur n'est pas disposé à respecter les délais de protection, il s'agit de verser à la personne assurée des indemnités journalières en vertu de l'art. 29 LACI, pour autant qu'elle ait encore un droit au salaire pendant le délai de congé prolongé. La caisse doit essayer de réclamer à l'employeur et, si nécessaire par voie de droit, le remboursement des créances de salaire pour lesquelles elle s'est subrogée.

Avec cette procédure, la caisse ne doit pas se prononcer sur cette question qui relève du droit du travail. La procédure garantit plutôt que ce soit le tribunal civil compétent pour les questions concernant le droit du travail qui décide au final si un délai de protection prévu par l'art. 336c CO s'applique au cas ou pas.

Impressum

Publication :

Centre de prestations Marché du travail et assurance-chômage

Secrétariat d'État à l'économie

Département fédéral de l'économie de la formation et de la recherche DEFR

Rédaction :

Charles Lauber, secteur Service de révision TCRD

Conception et mise en page :

Daniela Schärer, secteur Service de révision TCRD

tc-revisionsdienst@seco.admin.ch