



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de l'économie,
de la formation et de la recherche DEFR
Secrétariat d'Etat à l'économie SECO



Letter

TCRD

Edition 2015 / 2

août 2015

Sommaire

Préavis de l'AI – durée de l'obligation d'avancer les prestations	2
Paiement d'une avance	4
Suppléments et gain assuré	6
Surendettement manifeste – réquisition de faillite par un tiers	9
Impressum	11

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.

Préavis de l'AI – durée de l'obligation d'avancer les prestations

Art. 15, al. 2, art. 23, al. 1, LACI, art. 15, al. 3, art. 40b, OACI; chif. marg. B253 ss et C29 du Bulletin LACI IC

Cette contribution a été invalidée le 21.9.2016. Dans sa nouvelle jurisprudence, le Tribunal fédéral distingue les cas dans lesquels le préavis de l'AI suffit pour adapter le gain assuré conformément à l'art. 40b OACI et ceux dans lesquels il faut attendre la décision de l'AI sans que celle-ci soit entrée en force (voir en particulier 8C_86/2016). La communication TC 2016/11 du 13.9.2016 explique la nouvelle pratique.

Suite à une décision de jurisprudence fédérale, le SECO a procédé à une adaptation du chif. marg. C29 du Bulletin LACI IC. Etant donné les interrogations des organes d'exécution, nous revenons sur ce thème en tenant compte des derniers arrêts rendus par le Tribunal fédéral.

~~Préavis de l'AI – correction du gain assuré~~

~~La correction stipulée au chif. marg. C29 du Bulletin LACI IC a principalement été motivée par l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 26 août 2014 (8C_53/2014). Il apparaît désormais clairement que le gain assuré au sens de l'art. 40b OACI doit être corrigé dès le préavis de l'AI.~~

~~Comme l'a également établi la jurisprudence fédérale, cette correction du gain assuré doit avoir lieu avant même la décision exécutoire de l'AI, et indépendamment du taux d'invalidité (c'est-à-dire également en cas de taux d'invalidité ne donnant pas droit à une rente). Voir l'arrêt du Tribunal fédéral du 31 mai 2010 (8C_212/2010 consid.5.3 et consid.7).~~

~~L'office AI doit communiquer le préavis à la caisse de chômage s'il ressort du dossier que l'assurance chômage a versé des prestations et si la procédure officielle d'annonce réciproque a été engagée. L'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) a confirmé cette conception juridique au SECO.~~

Durée de l'obligation d'avancer les prestations

Dans son arrêt rendu le 25 novembre 2014 (8C_401/2014), le Tribunal fédéral a en outre statué que l'obligation d'avancer les prestations ne s'éteignait pas avec le préavis, mais qu'elle se prolongerait en principe jusqu'à l'entrée en force de la décision de l'AI. L'obligation d'avancer les prestations se limite toutefois seulement au montant de la capacité de travail résiduelle restante après correction du gain assuré. Le chif. marg. B253a du Bulletin LACIIC, dernière phrase concorde avec cette jurisprudence.

Pendant, si un office d'AI décide, dans son préavis, d'annoncer une rente entière du fait d'une incapacité totale de travail, on peut alors aisément en déduire que la personne assurée ne formulera aucune objection. Ainsi, l'inaptitude au placement devient manifeste dès le préavis, ce qui entraîne également la fin de l'obligation d'avancer les prestations de l'assurance chômage (cf. l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_53/2014 au chif. marg. C29 du Bulletin LACIIC).

Synthèse

- Toute correction du gain assuré au sens de l'art. 40b OAGI doit être décidée dès le préavis de l'AI.
- De ce fait, elle doit avoir lieu avant même la décision exécutoire de l'AI et ce, indépendamment du taux d'invalidité, c'est à dire également en l'absence de droit à une rente.
- L'obligation d'avancer les prestations d'AG se prolonge en principe jusqu'à la décision définitive, c'est à dire l'entrée en force, de l'assurance invalidité.
Exception : les inaptitudes au placement manifestes telles que dans l'affaire concernée par l'ATF 8C_53/2014.

Paiement d'une avance

Art. 20 LACI; art. 31 OACI, art. 19 LPGA, chif. marg. C196 du Bulletin LACI IC

Bases légales

Art. 31 OACI

L'assuré a droit à une avance convenable correspondant aux jours contrôlés lorsqu'il rend vraisemblable son droit aux indemnités.

Art. 19, al. 4, LPGA

Si le droit à des prestations semble avéré et que leur versement est retardé, des avances peuvent être versées.

Chif. marg. C196 du Bulletin LACI IC

L'assuré a droit à une avance convenable

- lorsqu'il a déposé sa demande d'indemnité de chômage,
- lorsqu'il est établi qu'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré,
- lorsque les autres conditions du droit à l'indemnité de chômage ont été rendues crédibles,
- lorsqu'il peut exposer de manière crédible la nécessité de toucher une avance.

Indications pratiques

Les avances ne peuvent pas être accordées pour des périodes futures, mais uniquement pour des jours de chômage déjà contrôlés.

Le versement d'avances est donc possible lorsque le paiement se trouve retardé pour des besoins de clarification. Si le retard par rapport à la date habituelle de versement n'est pas très important, le versement d'une avance n'est pas indiqué.

Cette avance devra être limitée à une part appropriée du montant total attendu, par exemple de l'ordre de 70 à 80 %.

Le paiement d'une avance n'est possible que si les conditions relatives à la période de cotisation sont respectées, ou en en présence d'un motif d'exonération. Quant aux autres conditions du droit, il suffit que leur respect soit rendu crédible.

Formulaire «Versement d'une avance»

Nous recommandons aux caisses d'utiliser systématiquement le formulaire «Versement d'une avance» n° 716.112 pour tous les cas concernés, et de le faire signer par l'assuré. En signant ce formulaire, la personne assurée confirme avoir communiqué à la caisse tous les éléments pertinents pour faire valoir son droit. En outre, elle prend connaissance du fait que l'avance sera déduite de son droit à indemnités journalières et que ces dernières lui seront redemandées s'il s'avérait qu'elle n'y a pas droit. Ce faisant, la personne assurée ne pourra plus faire valoir sa bonne foi en cas de demande de remise.

Le formulaire peut être téléchargé depuis la rubrique « Formulaires » de TCNet.

Suppléments et gain assuré

Art. 23 LACI; chif. marg. C2 du Bulletin LACI IC; art. 7 ss RAVS

Principe

Les critères permettant de décider s'il convient de prendre en compte les allocations dans le gain assuré dépendent du type d'allocations.

Préalable indispensable à la prise en compte dans le gain assuré, toute allocation, quelle qu'elle soit, doit faire partie du salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS et être versée normalement ou régulièrement au sens de l'art. 23 LACI.

Allocations de résidence et de renchérissement

Les allocations de résidence et de renchérissement font partie du salaire déterminant en vertu de l'art. 7 RAVS; du fait de leur versement régulier, elles doivent être prises en compte dans le gain assuré.

Indemnités de nuit, de travail posté, de travail dominical et de piquet

Les indemnités de nuit, de travail posté, de travail dominical et de piquet doivent être incluses comme salaire déterminant dans le gain assuré si ces conditions s'inscrivent dans l'exercice normal du travail de la personne assurée.

Tel est le cas en particulier lorsque de telles indemnités sont prévues par le contrat de travail et que l'employé(e) les perçoit au moins occasionnellement. Exemple: le personnel soignant étant parfois également amené à travailler de nuit ou le dimanche.

En revanche, ces indemnités ne devront pas être prises en compte dans le gain assuré si elles sont exceptionnelles, uniques ou occasionnées par un événement spécial pendant une durée limitée.

Indemnités pour frais de déplacement du domicile vers le lieu de travail et de repas

Les indemnités versées au titre des dépenses engagées par l'employé(e) dans l'exercice de ses activités professionnelles ne font pas partie du salaire déterminant.

L'art. 9, al. 2, RAVS énonce toutefois que les indemnités accordées régulièrement pour le déplacement du domicile au lieu de travail habituel et pour les repas courants pris au domicile ou au lieu de travail habituel font en principe partie du salaire déterminant. Exemple: un ouvrier du bâtiment habituellement employé sur des chantiers et qui perçoit toujours une indemnité pour ses trajets.

Ainsi, si des indemnités de déplacement et de repas sont versées pour l'exercice habituel du travail, elles sont alors également soumises à cotisations sociales et doivent être prises en compte dans le gain assuré. Il importe peu dans ce cas que ces indemnités soient également versées lors d'une période de vacances.

Indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail

Les indemnités versées au titre d'inconvénients liés à l'exécution du travail, par exemple primes de chantier ou de salissure prévues par contrat, sont exclues du salaire déterminant en vertu de l'art. 23 LACI.

Si une telle indemnité est systématiquement versée, c'est-à-dire même pendant les vacances ou lors de la réalisation de tâches pour lesquelles elle ne serait pas justifiée, elle doit alors être prise en compte dans le gain assuré. Dans ce cas, il ne s'agit plus en fait d'indemnités pour inconvénients, mais d'un gain perçu de manière habituelle. En cas de perception d'une indemnité pour inconvénients dans le cadre d'un salaire horaire comprenant également des indemnités de vacances, l'indemnité pour inconvénient fait alors également partie du gain assuré.

Gratifications pour ancienneté de service et primes de fidélité

~~Conformément à l'art. 7 RAVS, les primes de fidélité et gratifications pour ancienneté font partie du salaire déterminant. Pour qu'elles puissent être considérées comme perçues normalement et prises en compte dans le gain assuré, elles doivent être versées à des intervalles relativement courts, par exemple une fois par an.~~

~~Si une prime de fidélité n'est versée que plus rarement, par exemple tous les cinq ans, elle n'est pas considérée comme obtenue normalement et n'est pas prise en compte dans le gain assuré. Les gratifications pour ancienneté et primes de fidélité exclues du gain assuré citées au chif. marg. C2 du Bulletin LACIIC doivent être comprises comme des primes versées à des intervalles plus longs.~~

Correctif dans l'Audit Letter 2019/1 « Gain assuré - Prise en compte des gratifications pour ancienneté de service et des primes de fidélité » suite à l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_902/2017 du 12.6.2018.

Jurisprudence

- ATF 8C_290/2014 du 20 mars 2015
- Arrêt du TFA C220/00 du 3 mai 2001

Surendettement manifeste – réquisition de faillite par un tiers

Art. 51, al. 1, let. b et art. 55, al. 1, LACI; art. 169 LP; chif. marg. B2 et B35 ss du Bulletin LACI ICI

Question des organes d'exécution

Selon l'art. 51, al. 1, let. b, LACI, il y a droit à une indemnité pour insolvabilité si la procédure de faillite n'est pas engagée pour la seule raison qu'aucun créancier n'est prêt, à cause de l'endettement notoire de l'employeur, à faire l'avance des frais au sens de l'art. 169 LP. Cette condition d'octroi de l'indemnité pour insolvabilité n'est donc remplie qu'en cas d'abandon de la procédure d'exécution forcée suite à l'ouverture de la faillite parce que personne n'a assuré l'avance de frais dans le délai requis et ce, que la réquisition de faillite ait été déposée par la personne assurée ou par une tierce personne.

La personne assurée peut-elle s'appuyer sur une réquisition de faillite d'un tiers déposée il y a relativement longtemps (plusieurs mois) ou doit-elle mener pour sa créance sa propre procédure de poursuite jusqu'à la réquisition de faillite, pour pouvoir faire valoir son droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité du fait d'un événement au sens de l'art. 51, al. 1, let. b, LACI ?

Réponse

Pour constater un événement donnant droit à une indemnité en cas d'insolvabilité au sens de l'art. 51, al. 1, let. b, LACI, il importe peu que la réquisition de faillite soit déposée par la personne assurée ou par quelqu'un d'autre. Il n'est pas nécessaire que chaque personne assurée engage une procédure de poursuite allant jusqu'à un tel événement pour pouvoir faire valoir ses droits à l'indemnité.

La réquisition de faillite d'un tiers à laquelle se réfère une personne assurée doit toutefois être récente, c'est-à-dire avoir été déposée au cours des derniers mois. Si en revanche elle remonte déjà à une période plus longue, six mois par exemple, alors le lien de causalité entre l'ancien surendettement manifeste et la non réalisation des prétentions salariales n'est plus établi, et il ne demeure plus aucun droit à indemnité. Dans ce cas, la personne assurée ne pourra pas invoquer non plus qu'elle n'a été

informée d'un tel événement que récemment. Il y a en outre un risque que sa demande doive être rejetée pour omission mais aussi pour infraction à son obligation de réduire le dommage.

Impressum

Publication :

Centre de prestations Marché du travail / Assurance-chômage

Secrétariat d'Etat à l'économie

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

Rédaction :

Charles Lauber, Stefan Meuwly, secteur Service de révision TCRD

Christoph Kolb, secteur Service juridique TCJD

Conception et mise en page :

Daniela Schärer, secteur Service de révision TCRD

tc-revisionsdienst@seco.admin.ch