

# BGer 8C 479/2014 vom 3. Juli 2015

Bundesgericht, 2015-07-03, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_8C\\_479\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_479_2014)

FR: TF 8C 479/2014 du 3 juillet 2015

IT: TF 8C 479/2014 del 3 luglio 2015

## Regeste

Assurance-chômage (restitution; gain assuré) | Assurance-chômage

## Erwägungen

### E. 1

D'après l' art. 89 al. 2 let. a LTF , ont notamment qualité pour interjeter un recours de droit public au Tribunal fédéral la Chancellerie fédérale, les départements fédéraux ou, pour autant que le droit fédéral le prévoie, les unités qui leur sont subordonnées, si l'acte attaqué est susceptible de violer la législation fédérale dans leur domaine d'attribution. En l'occurrence, le SECO peut se prévaloir de la qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral contre les jugements rendus par les tribunaux cantonaux des assurances, que lui confère l' art. 102 al. 2 LACI (RS 837.0) dans le domaine de l'assurance-chômage. Par ailleurs, le recours est dirigé contre un arrêt final ( art. 90 LTF ) rendu en matière de droit public ( art. 82 ss LTF ) par une autorité cantonale de dernière instance ( art. 86 al. 1 let . d LTF). Il a été déposé dans le délai ( art. 100 LTF ) et la forme ( art. 42 LTF ) prévus par la loi. Il est donc recevable.

### E. 2

Le litige porte sur le point de savoir si la caisse était fondée à réclamer à l'assuré la restitution d'un montant de 1'802 fr. 40, correspondant à des indemnités de chômage perçues en trop, singulièrement sur le montant du gain assuré déterminant pour le calcul de l'indemnité de chômage allouée à l'intimé à compter du 19 mars 2012.

### E. 3.1

Selon l' art. 23 al. 1 LACI , 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 (première phrase). Le Conseil fédéral détermine la période de référence et fixe le montant minimum (quatrième phrase). La période de référence pour le calcul du gain assuré est réglée à l' art. 37 OACI (RS 837.02). Le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation ( art. 11 OACI ) qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (al. 1). 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'alinéa 1 (al. 2). La période de référence commence à courir le jour précédant le début de la perte de gain à prendre en considération quelle que soit la date de l'inscription au chômage (al. 3, première phrase). Aux termes de l' art. 37 al. 3bis OACI (dans sa teneur - applicable en l'occurrence [cf. ATF 132 V 215 consid. 3.1.1 p. 220 et les arrêts cités] - valable depuis le 1 er avril

2011), lorsque le salaire varie en raison de l'horaire de travail usuel dans la branche, le gain assuré est calculé conformément aux alinéas 1 à 3, mais au plus sur la moyenne annuelle de l'horaire de travail convenu contractuellement.

### **E. 3.2**

Le salaire pris en considération comme gain assuré se rapproche de la notion de salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS, mais ne se recouvre pas exactement avec celui-ci, comme cela ressort du terme "normalement" ("normalerweise"; "normalmente") utilisé à l'art. 23 al. 1 LACI (BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 8 ad art. 23). Certains montants perçus par le salarié, certes soumis à cotisation, n'entrent pas dans la fixation du gain assuré. Il en va ainsi notamment de la rémunération des heures supplémentaires (ATF 129 V 105), de l'indemnité de vacances (à certaines conditions: ATF 130 V 492 consid. 4.2.4 p. 497), des gains accessoires (art. 23 al. 3 LACI; ATF 129 V 105 consid. 3.2 p. 108; 126 V 207) ou des indemnités pour inconvénients liés au travail ou en raison de frais occasionnés par le travail (art. 23 al. 1, 1<sup>ère</sup> phrase, LACI; DTA 1992 n. 14 p. 140 [C 13/92] consid. 2b).

### **E. 4.1**

En l'occurrence, la cour cantonale a considéré que la durée hebdomadaire normale de travail de l'intimé était de 42,5 heures et non de 41 heures, comme l'a retenu la caisse, de sorte que celle-ci n'était pas fondée à considérer la différence de durée du temps de travail comme des heures supplémentaires exclues du calcul du gain assuré. Pour établir la durée hebdomadaire normale de travail, la juridiction précédente s'est référée aux différents contrats de missions liant l'assuré à l'employeur, ainsi qu'à la CCT-SOR, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011. Par arrêté du 1<sup>er</sup> février 2011, le Conseil fédéral a remis en vigueur ses arrêtés des 28 février 2008, 23 juillet 2008 et 18 mai 2009 qui étendent le champ d'application de la CCT-SOR, notamment au secteur de la peinture dans le canton de Genève (art. 1 bis al. 2). Selon la CCT-SOR, la durée hebdomadaire moyenne de travail est de 41 heures, l'employeur ayant cependant la faculté de fixer cette durée à 45 heures au maximum (art. 12 al. 1 let. a et b). Si le nombre des heures effectuées au cours d'une année dépasse un total de 2'132 heures (ce qui correspond à 41 heures hebdomadaires en moyenne) mais ne dépasse pas 2'212 heures (ce qui correspond à 42,5 heures hebdomadaires en moyenne), le travailleur bénéficie d'un bonus qui doit être compensé sous forme de congé ou rétribué sans supplément; s'il est supérieur à 2'212 heures, le bonus est rémunéré ou compensé au titre des heures supplémentaires (art. 12 al. 2 let. i CCT-SOR). Aussi, la cour cantonale a-t-elle inféré de ces dispositions que seules les heures effectuées en plus du total de 2'212 heures (ce qui correspond à 42,5 heures hebdomadaires en moyenne) constituent des heures supplémentaires exclues du calcul du gain assuré. Selon la juridiction précédente, le gain assuré de l'intimé doit donc être fixé sur la base d'un horaire de travail hebdomadaire de 42,5 heures.

### **E. 4.2**

Le recourant invoque une interprétation erronée par la cour cantonale de l'art. 12 al. 1 let. a CCT-SOR, selon lequel la durée hebdomadaire moyenne de travail est de 41 heures. Il fait valoir que la fixation de la durée du travail est un point essentiel, ce qui se traduit par le fait que les parties à la CCT-SOR ont réglé ce point à l'alinéa 1, première lettre, de l'art. 12, lui consacrant, de plus, une lettre particulière, séparée. Aussi la let. b de l'art. 12 al. 1 CCT-SOR ne peut être comprise que dans le sens d'un horaire de travail flexible offrant la

possibilité d'assouplir, dans des cas spéciaux, les règles de l'horaire fluctuant, soit une flexibilité également prévue par d'autres conventions collectives de travail. Or, en ne tenant aucun compte du mot "moyenne" mentionné à l'art. 12 al. 1 let. a CCT-SOR, l'interprétation de la cour cantonale vide de son sens cette disposition et remet en cause un grand nombre de conventions collectives de travail actuellement en vigueur.

### **E. 5.1**

Par heures supplémentaires exclues du calcul du gain assuré, il y a lieu de comprendre non seulement les heures supplémentaires ("Überzeit") au sens des art. 12 et 13 de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (loi sur le travail [LTr]; RS 822.11), mais également les heures effectuées en sus de l'horaire habituel ("Überstunde"). Par temps de travail accompli en sus de l'horaire habituel, il faut comprendre l'activité accomplie en plus de la durée de travail en vigueur dans l'entreprise ou habituelle dans la branche, telle qu'elle a été fixée par le contrat individuel de travail ou la convention collective. Tant les rémunérations perçues dans l'accomplissement d'heures supplémentaires que les gains réalisés au cours d'heures effectuées en sus de l'horaire habituel ne constituent pas un salaire obtenu "normalement" au sens de l'art. 23 al. 1 LACI ( ATF 129 V 105 consid. 3 p. 107 s.; 116 II 69 consid. 4a p. 70; DTA 2013 p. 68 [8C\_379/2012] consid. 3.2; 2003 p. 189 [C 108/02] consid. 2).

### **E. 5.2**

Les clauses normatives d'une convention collective de travail s'interprètent selon les méthodes applicables aux lois ( ATF 136 III 283 consid. 2.3.1 p. 284; 127 III 318 consid. 2a p. 322; arrêt 4A\_163/2012 du 27 novembre 2012 consid. 4.1, non publié in ATF 139 III 60 ). D'après la jurisprudence, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). On peut cependant s'écarter de cette interprétation s'il y a des raisons sérieuses de penser que le texte de la loi ne reflète pas la volonté réelle du législateur; de tels motifs peuvent découler des travaux préparatoires, du but et du sens de la disposition, ainsi que de la systématique de la loi. Lorsque plusieurs interprétations sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires, du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose ou encore de sa relation avec d'autres dispositions; le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique ( ATF 140 V 227 consid. 3.2 p. 230, 489 consid. 4.1 et les arrêts cités). Dans le domaine de l'interprétation des dispositions normatives d'une convention collective, le Tribunal fédéral a précisé que la distinction entre les règles sur l'interprétation des lois et les règles sur l'interprétation des contrats ne doit pas être exagérée; la volonté des cocontractants et ce que l'on peut comprendre selon le principe de la bonne foi constituent également des moyens d'interprétation ( ATF 136 III 283 consid. 2.3.1 p. 284; 133 III 213 consid. 5.2 p. 218; arrêt 4A\_163/2012 du 27 novembre 2012 consid. 4.1, non publié in ATF 139 III 60 ).

### **E. 5.3**

En l'espèce, il est constant que les contrats de missions liant l'intimé à l'employeur étaient soumis aux conditions de la CCT-SOR. Or, selon l'art. 12 al. 1 let. a de cette convention, la durée hebdomadaire moyenne de travail est de 41 heures. L'art. 12 al. 1 let. b CCT-SOR dispose que l'entreprise a la faculté de fixer la durée hebdomadaire de travail à 39 heures au minimum et 45 heures au maximum, du lundi au vendredi, la tranche horaire ordinaire se

situant entre 06.00 heures et 22.00 heures (06.00 heures et 18.00 heures dans le canton de Genève [cf. annexe V à la CCT-SOR]). En l'occurrence, l'employeur a fait usage de cette faculté en instaurant un horaire de travail hebdomadaire de 42,5 heures. Il n'en demeure pas moins, selon une interprétation littérale et conformément au principe de la bonne foi, que l'art. 12 al. 1 let. a CCT-SOR fixe l'horaire de travail habituel hebdomadaire à 41 heures dans le secteur de la peinture dans le canton de Genève. L'art. 12 al. 2 CCT-SOR règle les conditions applicables en cas d'instauration d'un horaire variable destiné à tenir compte des besoins économiques de l'entreprise. Celle-ci doit notamment s'acquitter d'un salaire "mensuel-constant" calculé sur la base du salaire horaire multiplié par 177,7 heures - ce qui correspond à 41 heures par semaine et 2'132 heures par année (art. 12 al. 2 let. a et c CCT-SOR). S'il justifie d'un "bonus d'heures" de plus de 2'132 heures et de moins de 2'212 heures (ce qui correspond à 42,5 heures par semaine), le travailleur a droit à une compensation sous forme d'heures de congé ou au paiement des heures, sans supplément; les heures accomplies en plus du maximum susmentionné sont considérées comme des heures supplémentaires payées ou compensées avec un supplément au sens de l'art. 16 CCT-SOR (art. 12 al. 2 let. i CCT-SOR). Cela étant, même si le travailleur qui effectue plus de 41 heures hebdomadaires mais au maximum 42,5 heures ne perçoit pas de supplément au sens de l'art. 16 CCT-SOR, il n'en demeure pas moins que la rémunération obtenue pour les heures accomplies en plus de la durée hebdomadaire moyenne de travail de 41 heures, prévue à l'art. 12 al. 1 let. a CCT-SOR, ne constitue pas un salaire obtenu "normalement" au sens de l'art. 23 al. 1 LACI. Dans ces conditions, le gain assuré déterminant pour fixer le montant de l'indemnité de chômage allouée à compter du 19 mars 2012 devait être calculé sur la base d'un horaire de travail hebdomadaire de 41 heures.

#### **E. 6.1**

Selon l'art. 95 al. 1 LACI en relation avec les art. 25 al. 1 et 53 al. 2 LPGA (RS 830.1), l'assureur peut réclamer la restitution de prestations accordées sur la base de décisions - formelles ou non - passées en force et sur lesquelles une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée sous l'angle matériel seulement si celles-ci sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable (reconsidération; cf. ATF 130 V 318 consid. 5.2 p. 319; 122 V 367 consid. 3 p. 368; 110 V 176 consid. 2a p. 179 et les références).

#### **E. 6.2**

En l'espèce, s'il était faux de calculer l'indemnité de chômage sur la base d'une durée hebdomadaire de travail de 42,5 heures, il n'apparaît cependant pas, sur le vu des considérations qui précèdent, que cette erreur était manifeste. Aussi, la caisse n'était-elle pas fondée, par sa décision sur opposition du 6 mars 2014, à réclamer les prestations allouées en trop. Vu ce qui précède, le jugement attaqué n'est pas critiquable dans son résultat et le recours se révèle mal fondé.

#### **E. 7**

Le SECO, bien qu'il succombe, ne peut se voir imposer des frais judiciaires (art. 66 al. 4 LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.