

# BGer 8C 592/2019 vom 8. September 2020

Bundesgericht, 2020-09-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_8C\\_592\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_592_2019)

FR: TF 8C 592/2019 du 8 septembre 2020

IT: TF 8C 592/2019 del 8 settembre 2020

## Regeste

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

## Erwägungen

### E. 1

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 intimée était fondée à réclamer à la recourante la restitution d'un montant de 27'188 fr. 15, correspondant à des indemnités de chômage perçues en trop pour les mois de décembre 2016 à juillet 2017.

### E. 3.1

Selon l' art. 25 al. 1 LPGA (RS 830.1), auquel renvoie l' art. 95 al. 1 LACI (RS 837.0), les prestations indûment touchées doivent être restituées (première phrase). L'obligation de restituer suppose que soient réunies les conditions d'une révision procédurale ( art. 53 al. 1 LPGA ) ou d'une reconsidération ( art. 53 al. 2 LPGA ; caractère manifestement erroné de la décision et importance notable de la rectification) de la décision par laquelle les prestations en cause ont été allouées ( ATF 142 V 259 consid. 3.2 p. 260; 138 V 426 consid. 5.2.1 p. 431; 130 V 318 consid. 5.2 p. 319 s. et les références).

### E. 3.2.1

Aux termes de 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 montant maximum du gain assuré ( art. 18 LPGA ) correspond à celui de l'assurance-accidents obligatoire (deuxième phrase); le gain n'est pas réputé assuré lorsqu'il n'atteint pas un montant minimum (troisième 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), en vertu duquel 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; à ce jour l'assuré doit avoir cotisé douze mois au moins pendant le délai-cadre applicable à la période de cotisation (al. 3).

### **E. 3.2.2**

La durée d'activité soumise à cotisation s'examine au regard de la durée formelle du rapport de travail considéré ( ATF 122 V 256 consid. 4c/bb p. 263; 121 V 165 2c/bb p. 170; arrêt 8C\_645/2014 du 3 juillet 2015 consid. 1.1; voir aussi THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in Soziale Sicherheit, SBVR vol. XIV, 3 e éd. 2016, p. 2327 n. 212 et 213; BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n° 38 ad art. 13 LACI ) et non des jours effectifs de travail (arrêt 8C\_555/2019 du 18 décembre 2019 consid. 5). Ainsi, chaque mois civil entier durant lequel l'assuré est soumis à cotisation dans le cadre d'un rapport de travail compte comme mois de cotisation ( art. 11 al. 1 OACI ). Les périodes de cotisation qui n'atteignent pas un mois civil entier sont additionnées; 30 jours sont alors réputés constituer un mois de cotisation ( art. 11 al. 2 OACI ). Pour la conversion d'une journée de travail, on utilise le facteur 1,4 (7 jours civils: 5 jours ouvrables = 1,4 [cf. ATF 122 V 249 consid. 2c p. 251, 256 consid. 5a p. 264; arrêt 8C\_645/2014 précité]). Si l'assuré fournit, régulièrement ou irrégulièrement, une prestation de travail dans le cadre d'un contrat de travail s'étendant sur plusieurs mois, chaque mois civil pendant lequel il aura travaillé - même un seul jour - sera considéré comme mois de cotisation; au contraire, les mois civils inhérents à cette période de rapport de travail, mais au cours desquels l'assuré n'aura fourni aucune journée de travail, ne seront pas pris en considération ( ATF 121 V 165 consid. 2c/bb p. 170 et les références; arrêt 8C\_706/2017 du 24 novembre 2017 consid. 7.2). L'élément décisif pour la détermination du nombre de mois de cotisation est donc de savoir si la prestation de travail, répartie temporellement sur plusieurs missions, s'inscrit dans le cadre d'un seul et même contrat de travail (à temps partiel) ou si l'on est en présence de missions uniques avec à chaque fois un nouveau contrat de travail. En outre, le fait que les heures de travail fournies constituent chaque fois effectivement une journée entière de travail n'est pas déterminant ( ATF 122 V 256 consid. 4c/bb p. 263; 121 V 165 précité; arrêts 8C\_412/2012 du 15 janvier 2013 consid. 2.3; 8C\_836/2008 du 29 janvier 2009 consid. 2.2).

### **E. 3.2.3**

En vertu de l' art. 12a OACI , dans les professions où les changements fréquents d'employeur ou les contrats de durée limitée sont usuels ( art. 8 OACI [soit notamment les musiciens, les acteurs, les artistes et les collaborateurs artistiques de la radio, de la télévision ou du cinéma]), la période de cotisation déterminée selon l' art. 13 al. 1 LACI - qui exige un minimum de douze mois de cotisation durant le délai-cadre prévu à cet effet - est multipliée par deux pour les 60 premiers jours du contrat de durée déterminée.

### **E. 4.1**

Analysant le calcul du gain assuré opéré dans un premier temps par la caisse de chômage, les juges cantonaux ont relevé que celle-ci avait d'abord considéré les emplois exercés par la recourante pour l'entreprise B. \_\_\_\_\_ comme ayant à chaque fois fait l'objet d'un nouveau contrat de durée déterminée, de sorte que pour calculer la période de cotisation elle avait additionné les jours travaillés (convertis en jours civils) au cours du délai-cadre de cotisation, ce qui aboutissait à un total de 6,018 mois, puis avait doublé ce résultat en application de l' art. 12a OACI pour obtenir les douze mois de cotisation nécessaires à

l'ouverture d'un délai-cadre d'indemnisation. La caisse de chômage avait ensuite divisé le montant total des revenus réalisés durant le délai-cadre de cotisation par le nombre de jours travaillés convertis en jours civils (soit 6,018 mois). Elle avait alors obtenu un gain assuré supérieur au seuil légal maximal de 12'350 fr. ( art. 22 al. 1 OLAA [RS 832.202]). Dans un deuxième temps et ensuite du contrôle de SECO, l'intimée avait retenu que l'activité de traductrice pour le compte de l'entreprise B. \_\_\_\_\_ avait été exercée dans le cadre d'une seule et même relation de travail. Cela étant, chaque mois où la recourante avait exercé cette activité au moins un jour représentait un mois entier de cotisation. En y ajoutant les jours travaillés à d'autres titres durant les mois où aucune prestation en tant que traductrice pour l'entreprise B. \_\_\_\_\_ n'avait été accomplie, la caisse de chômage avait obtenu une période de cotisation de 16,606 mois et un gain assuré, calculé sur la base des six derniers mois de cotisation, de 6341 fr. Aussi les juges cantonaux ont-ils retenu que le gain assuré différait selon que l'on considérait l'occupation (en tant que traductrice) de la recourante pour l'entreprise B. \_\_\_\_\_ comme une relation de travail de longue durée ou comme un enchaînement de missions distinctes. Ils ont relevé à cet égard que le dossier transmis par la caisse de chômage ne contenait aucun contrat de travail relatif à cette activité. Dans le formulaire de demande d'indemnités du 5 décembre 2014, la recourante avait indiqué travailler par intermittence, sur appel, sans contrat de travail ni lettre de licenciement, dans le cadre d'emplois de durée déterminée. Les attestations établies par l'entreprise B. \_\_\_\_\_ mentionnaient "pas de résiliation, contrat de mission". Il ressortait en outre des fiches de salaires et des attestations de gains intermédiaires versées au dossier que la rémunération se faisait sous forme de forfait. Dans le second formulaire de demande d'indemnités du 28 novembre 2016, la recourante avait indiqué qu'elle était "salariée sur appel, intermittente". Selon une attestation établie le 20 février 2018, l'employeur avait précisé que les rapports de travail avec la recourante ne reposaient pas sur un contrat de travail sur appel et que chaque engagement devait être considéré comme une mission individuelle. Enfin, dans son opposition du 26 février 2018, la recourante avait expliqué qu'il était question de contrats de durée déterminée, portant chaque fois sur une mission particulière, conclus avec des personnes différentes et faisant l'objet d'une négociation quant à la rémunération et au temps nécessaire à la réalisation de la mission. Au vu de ces éléments, les juges cantonaux ont considéré que l'on se trouvait plutôt en présence de contrats distincts auprès du même employeur, puisque la recourante travaillait pour l'entreprise B. \_\_\_\_\_ dans le cadre de missions pour lesquelles elle touchait une rémunération forfaitaire, qui était à chaque fois discutée.

#### **E. 4.2**

De l'avis des premiers juges, le montant initial du gain assuré n'en demeurait pas moins manifestement erroné. En effet, se référant à l' ATF 121 V 165 , ils ont considéré qu'un gain assuré de 12'350 fr. se révélait contraire au but même de l'assurance-chômage, dans la mesure où la recourante n'avait jamais perçu une telle rémunération durant le délai-cadre de cotisation, ayant tout au plus atteint un salaire de 8800 fr. en mai 2016. Pour le reste, la recourante ne contestait pas le gain assuré de 6341 fr. fixé à la suite du contrôle du SECO, de sorte que la juridiction cantonale a confirmé la décision de restitution, intervenue en temps utile ( art. 25 al. 2 LPGA ).

#### **E. 5**

Sans contester le montant de la créance en restitution, ni les faits constatés dans le jugement attaqué, la recourante soutient que les conditions de la restitution ne sont pas remplies,

singulièrement que la décision initiale fixant le gain assuré à 12'350 fr. n'était pas manifestement erronée. Elle fait valoir en particulier que le premier calcul de la caisse de chômage a été rendu en application des dispositions pertinentes et qu'il reposait sur un état de fait désormais admis. Soulignant que la jurisprudence tirée de l' ATF 121 V 165 se fondait sur une lacune improprement dite de la loi, la recourante soutient qu'il ne serait pas possible d'admettre l'existence d'une erreur manifeste en pareilles circonstances. Au demeurant, elle met en doute que ladite jurisprudence soit encore applicable sous la législation actuelle. On reviendra plus en détail sur les principaux éléments mis en évidence par la recourante à l'appui de son argumentation.

### **E. 6.1**

Dans la cause ayant fait l'objet de l'arrêt publié aux ATF 121 V 165 , était litigieuse la détermination du gain assuré d'un éclairagiste/techniscéniste qui, durant le délai-cadre de cotisation, avait accompli plusieurs missions sporadiques, de durée irrégulière, auprès de différents employeurs, soit une activité tombant sous le coup de l' art. 8 OACI concernant les professions avec changements de place fréquents ou engagements de durée limitée (consid. 4b et 4c/aa p. 172 ss). Le Tribunal fédéral des assurances (actuellement Cours de droit social du Tribunal fédéral) a considéré en résumé que la détermination de la période de référence pour le calcul du gain assuré en fonction des mois de cotisation ("Beitragsmonaten"; en l'occurrence des douze derniers mois de cotisation en application de l' art. 37 al. 3 OACI dans sa teneur en vigueur jusqu'au 30 juin 2003 [RO 2003 1828]) conduisait à un résultat contraire à la Constitution, à savoir à l'art. 34 novies de la Constitution fédérale du 29 mai 1874. En effet, les méthodes de calcul du gain assuré sur la base des seuls jours travaillés aboutissaient à un revenu mensuel moyen que l'assuré n'avait jamais atteint ni même approché durant le délai-cadre de cotisation. Un tel résultat ne pouvait pas être considéré comme une compensation convenable de la perte de gain, ce qui constituait pourtant l'objectif visé par l'assurance-chômage (consid. 4c/dd p. 175 s.). Il fallait dès lors admettre l'existence d'une lacune improprement dite, que les juges fédéraux ont comblé en appliquant la règle prévue à l' art. 37 al. 3bis OACI - dans sa teneur à son entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1992 mais qui d'un point de vue temporel n'était pas déjà applicable au cas d'espèce -, soit en calculant le gain assuré sur la base de la rémunération moyenne obtenue durant les douze derniers mois civils . Ils ont par ailleurs jugé que le fait de ne pas prendre en considération, au nombre de ces douze derniers mois, ceux au cours desquels l'assuré n'avait pas exercé d'activité ne violait pas le droit fédéral (consid. 4d et 4e p. 176 s.).

### **E. 6.2**

Il ressort de l'arrêt précité qu'un calcul du gain assuré aboutissant à un montant nettement supérieur au revenu réalisé par un assuré durant tout ou partie du délai-cadre de cotisation est contraire au but de l'assurance-chômage. Dans la mesure où l'assurance-chômage vise (toujours) à garantir aux personnes assurées "une compensation appropriée de la perte du revenu" ( art. 114 al. 2 let. a Cst. ), respectivement "une compensation convenable du manque à gagner" ( art. 1a al. 1 LACI ), le principe sous-tendant la jurisprudence en question demeure pertinent et doit aussi valoir pour le cas d'espèce. En effet, il est établi et non contesté que, durant le (second) délai-cadre de cotisation, la recourante n'a jamais réalisé un revenu mensuel avoisinant les 12'350 fr. En outre, les arguments invoqués par cette dernière ne permettent pas d'exclure le caractère sans nul doute erroné d'une indemnisation sur la base d'un tel gain assuré, étant rappelé que le calcul initial de la caisse

de chômage allait même au-delà du plafond légal.

### **E. 6.3**

Il est vrai, en revanche, que la règle spéciale utilisée par le Tribunal fédéral des assurances à l'ATF 121 V 165, pour combler la lacune improprement dite de la loi, a été supprimée lors de la 4<sup>e</sup> révision de la LACI, soit au 1<sup>er</sup> avril 2011 (RO 2011 1179). Dans sa teneur initiale, l'art. 37 al. 3bis OACI prévoyait que lorsque le salaire variait en raison de l'horaire de travail usuel dans la branche ou du genre de contrat de travail, le gain assuré devait être calculé sur les douze derniers mois (civils [cf. ATF 121 V 165 consid. 4b p. 173]), mais au plus sur la moyenne de l'horaire de travail convenu contractuellement. Dorénavant, cette disposition prescrit que, lorsque le salaire varie en raison de l'horaire de travail usuel dans la branche, le gain assuré est calculé conformément aux al. 1 à 3, mais au plus sur la moyenne annuelle de l'horaire de travail convenu contractuellement. La règle permettant de calculer le gain assuré sur la base des mois civils (plutôt qu'en fonction des mois de cotisation) pour les professions visées usuellement par des fluctuations salariales a donc disparu, tout comme la référence aux variations de salaire en raison du genre de contrat de travail, qui concernait en particulier les travailleurs du domaine artistique (cf. ATF 121 V 165 consid. 4b in fine p. 174). A cet égard, il ressort en substance du rapport explicatif relatif à la procédure de consultation du 1<sup>er</sup> octobre 2010 concernant le projet d'ordonnance sur l'assurance-chômage (p. 7 s.; <<https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/ind2010.html>> [consulté le 14 août 2020]) que la suppression de la règle spéciale de l'art. 37 al. 3bis OACI en faveur des travailleurs du domaine artistique se justifiait pour tenir compte de la jurisprudence du Tribunal fédéral en vertu de laquelle il convenait de ne pas prendre en considération les mois sans revenu dans la période de référence; l'adaptation réglementaire entendait ainsi éliminer les incertitudes juridiques et simplifier la détermination du gain assuré. L'on doit toutefois opposer à ces explications que, selon la jurisprudence même du Tribunal fédéral, la disposition en cause permettait précisément de prendre en considération les particularités résultant de situations où les revenus d'un assuré varient en raison du métier exercé pour ne pas avantager les personnes qui sont soumises à des changements de place fréquents ou des engagements de durée limitée par rapport à celles qui ont conclu un contrat de travail d'une certaine durée (C 168/04 du 27 septembre 2005 consid. 4.4, in DTA 2006 p. 65).

### **E. 6.4**

La recourante se prévaut par ailleurs d'un avis du Conseil fédéral du 16 février 2012 (10.3952) en réponse à une interpellation de la Conseillère nationale Josiane Aubert, déposée le 13 décembre 2010 (<<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20103952>> [consulté le 14 août 2020]). Dans l'avis précité, le Conseil fédéral indique que le changement du mode de calcul du gain assuré prévu par le projet d'ordonnance aura pour conséquence une augmentation du gain assuré pour les travailleurs atypiques tels que les intermittents du spectacle, du fait que la période de référence pour le gain assuré sera déterminée en vertu de l'art. 37 al. 1 à 3 OACI et que "selon ce nouveau modèle, seuls les jours effectivement travaillés sont pris en compte". Or la détermination du gain assuré en fonction des mois de cotisation ne signifie pas que seuls les jours effectifs de travail sont pris en considération. Comme on l'a vu, la durée des activités soumises à cotisation s'examine au regard de la durée formelle du rapport de travail considéré et non des jours effectivement travaillés (cf. consid. 3.2.2 supra; voir aussi ch. B149 ss du Bulletin LACI IC), cela même en présence de missions irrégulières appartenant chacune à différents

contrats de travail auprès du même employeur (cf. arrêt 8C\_555/2019 du 18 décembre 2019 consid. 5).

#### **E. 6.5**

Si la modification réglementaire semble se fonder sur une volonté de se conformer (à tout le moins en partie) à la jurisprudence fédérale et de simplifier le calcul du gain assuré en faveur des travailleurs du domaine artistique, on ne saurait déduire des textes susmentionnés que le législateur entendait privilégier les assurés visés par l' art. 8 OACI et soumis à des changements de place fréquents ou à des engagements de durée limitée, au point de permettre à leur égard une indemnisation sur la base d'un gain assuré qu'ils n'ont jamais réalisé et qui se révèle contraire au but même de l'assurance-chômage, tel qu'il est ancré au niveau constitutionnel et légal. En tout état de cause, le principe de la hiérarchie des normes empêche que des dispositions réglementaires puissent déroger aux règles de rang supérieur ( ATF 111 V 310 consid. 2b p. 314 s.; sur la hiérarchie des sources du droit édicté, cf. THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2 e éd. 2018, n. 370). En conclusion, il n'y a pas lieu de revenir sur le principe énoncé à l' ATF 121 V 165 , qui proscrit la prise en compte d'un gain assuré ne constituant à l'évidence pas une compensation appropriée ou convenable de la perte du revenu. On relèvera enfin que l'absence de référence à l' ATF 121 V 165 dans le bulletin LACI IC, publié par le SECO, dont les directives ne lient pas le juge (cf. ATF 142 V 442 consid. 5.2 p. 445 s.; 140 V 314 consid. 3.3 p. 317 et les arrêts cités), n'est pas déterminante.

#### **E. 6.6**

Enfin, comme devant la juridiction précédente, la recourante ne conteste pas le montant réclamé par la caisse de chômage; elle ne s'est pas non plus opposée au versement, à compter d'août 2017, d'indemnités journalières fondées sur un gain assuré de 6341 fr. Partant, il n'y a pas lieu d'examiner plus avant le montant de la créance en restitution et donc du gain assuré déterminant pendant la période litigieuse. Il convient néanmoins de retenir, sur la base des considérants qui précèdent, que lorsque des missions irrégulières appartenant chacune à différents contrats de travail aboutissent à une période de cotisation suffisante du seul fait de la règle de l' art. 12a OACI , la période de référence pour le calcul du gain assuré doit se rapporter aux mois civils durant lesquels un assuré a travaillé plutôt qu'aux mois de cotisation, sous peine d'aboutir à une indemnisation inappropriée et injustifiable. Quant au point de savoir s'il faut maintenir la solution prévue à l' ATF 121 V 165 , consistant à fonder le gain assuré sur le revenu moyen des douze derniers mois civils ou si, en s'inspirant du système actuel, il faudrait tenir compte du revenu moyen des six derniers mois civils si celui-ci est plus élevé, il souffrira de rester indécis à ce stade. On relèvera toutefois que dans le cas d'espèce, un gain assuré calculé tant sur la base des six que des douze derniers mois civils - sans compter le mois de juillet 2016 durant lequel la recourante n'a pas travaillé - conduit à un montant bien inférieur au gain assuré de 6341 fr. finalement retenu par l'intimée.

#### **E. 6.7**

En conclusion, compte tenu des art. 114 al. 2 let. a Cst. et 1a al. 1 LACI, ainsi que de la jurisprudence susmentionnée, laquelle visait à corriger une situation insoutenable - et pas simplement insatisfaisante comme le soutient la recourante -, il y a lieu d'admettre que l'indemnisation initiale sur la base du montant maximal du gain assuré était manifestement erronée. Pour le surplus, les autres conditions de la restitution ne sont pas contestées. Le

recours doit par conséquent être rejeté. Il appartiendra le cas échéant à la recourante de présenter une demande de remise de l'obligation de restituer au sens de l'art. 25 al. 1, 2 e phrase, LPGA en lien avec l' art. 4 OPGA (RS 830.11).

#### **E. 7**

La recourante, qui succombe, supportera les frais judiciaires ( art. 66 al. 1 LTF ). Bien qu'elle obtienne gain de cause, la caisse de chômage n'a pas droit à des dépens ( art. 68 al. 3 LTF ).

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