

# **GE\_GERICHTE ATAS/271/2011 vom 17. März 2011**

GE Cour de justice, 2011-03-17, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_271\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_271_2011)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/271/2011 du 17 mars 2011

IT: GE\_GERICHTE ATAS/271/2011 del 17 marzo 2011

## **Regeste**

Résumé: En matière d'assurance-chômage, le calcul du montant de l'indemnité journalière d'un intermittent du spectacle ayant exercé plusieurs emplois en parallèle dont le cumul correspond à un taux d'activité supérieur à celui convenu contractuellement ou applicable dans la branche se fait sur la base de la rémunération effectivement touchée les douze derniers mois précédant la perte de gain, déduction faite de la part de revenu correspondant aux jours ouvrables travaillés en sus du nombre maximal de jours indemnisables. Les indemnités de vacances doivent par ailleurs être intégrées dans le gain assuré des personnes exerçant des professions dans lesquelles les changements de place sont fréquents ou les engagements de durée limitée usuels.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 (aLOJ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaissait, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA; RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (loi sur l'assurance-chômage, LACI; RS 837.0). Depuis le 1er janvier 2011, cette compétence revient à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, laquelle reprend la procédure pendante devant le Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 143 al. 6 de la LOJ du 9 octobre 2009). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

### **E. 2**

La LPGA, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, s'applique au cas d'espèce.

### **E. 3**

Le recours, déposé dans la forme et le délai prévus par la loi, est recevable (art. 56ss LPGA).

### **E. 4**

Le litige porte sur la conformité au droit de la décision de restitution querellée, en particulier sur les modalités de calcul du gain assuré. S'agissant de la demande de remise, la Cour de céans observe qu'une telle demande ne peut être traitée sur le fond que si la décision de restitution est entrée en force (ATF C 169/05 du 13 avril 2006, consid. 1.2). La remise et son étendue font ainsi l'objet d'une procédure distincte (ATF P 63/06 du 14 mars 2007, consid. 3; ATF C 264/05 du 25 janvier 2006, consid. 2.1), raison pour laquelle il ne sera pas statué sur ce point à ce stade de la procédure.

## **E. 5**

a) À teneur de l'art. 25 LPGA, les prestations indûment touchées doivent être restituées, la restitution ne pouvant toutefois être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile (al. 1er). Le droit de

A/334/2010 - 9/14 - demander la restitution s'éteint un an après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation. Si la créance naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est déterminant (al. 2). L'obligation de restituer suppose que soient réalisées les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale par laquelle les prestations en cause ont été allouées (ATF 9C\_564/2009 du 22 janvier 2010, consid. 6.4; ATF 130 V 318, consid. 5.2). Aux termes de l'art. 53 al. 2 LPGA, l'assureur peut revenir sur les décisions ou les décisions sur opposition formellement passées en force lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable. Ainsi, si une décision est fondée sur une application erronée du droit (application initiale erronée), il y a lieu d'envisager une révocation sous l'angle de la reconsidération (ATF 135 V 215, consid. 4.1). b) En l'espèce, la demande de restitution est intervenue dans le délai légal, moins d'une année après le versement des prestations litigieuses. Les conditions de la reconsidération sont en outre remplies si le montant des indemnités journalières versées se fonde sur un calcul erroné, ce qu'il convient à présent de vérifier.

## **E. 6**

En vertu de l'art. 8 al. 1er LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a), s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (let. b), s'il est domicilié en Suisse (let. c), s'il a achevé sa scolarité obligatoire, s'il n'a pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touche pas de rente de vieillesse de l'AVS (let. d), s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (let. e), s'il est apte au placement (let. f) et s'il satisfait aux exigences du contrôle (let. g). Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 215 consid. 2).

## **E. 7**

a) En vertu de l'art. 22 al. 1er LACI, l'indemnité journalière pleine et entière s'élève à 80% du gain assuré. L'assuré touche en outre un supplément qui correspond au montant, calculé par jour, des allocations légales pour enfants et formation professionnelle auxquelles il aurait droit s'il avait un emploi. Le supplément n'est versé que dans la mesure où les allocations pour enfants ne sont pas servies durant la période du chômage. Aux termes de l'art. 24 al. 1 LACI, est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle. L'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain. Le taux d'indemnisation est déterminé selon l'art. 22. Le Conseil fédéral fixe le mode de calcul du gain retiré d'une activité indépendante. L'art. 24 al. 3 LACI dispose qu'est réputée perte de gain la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux. Les gains accessoires ne sont pas pris en considération.

A/334/2010 - 10/14 - b) À teneur de l'art. 23 al. 1er 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. Lorsque le calcul du gain assuré est basé sur un gain intermédiaire que l'assuré a réalisé durant le délai-cadre de cotisation, les indemnités compensatoires sont prises en considération dans le calcul du gain assuré comme si elles étaient soumises à cotisation, pour autant que le montant du gain intermédiaire atteigne le montant minimum visé à l'al. 1 (art. 23 al. 4 LACI). Par salaire normalement obtenu au sens de l'art. 23 al. 1er LACI, il faut entendre la rémunération touchée effectivement par l'assuré. Le salaire contractuel n'est déterminant que si les parties respectent sur ce point les clauses contractuelles. Il s'agit en effet d'éviter des accords abusifs selon lesquels les parties conviendraient d'un salaire fictif qui, en réalité, ne serait pas perçu par le travailleur : un salaire contractuellement prévu ne sera dès lors pris en considération que s'il a réellement été perçu par le travailleur durant une période prolongée, sans faire l'objet de contestations (ATF C 155/06 du 3 août 2007, consid. 3.2; ATF 131 V 444, consid. 3.2). Ne font en revanche pas partie du gain assuré les indemnités versées pour les heures supplémentaires – dans leur acception étroite –, de même que les heures accomplies en sus de l'horaire habituel (ATF C 139/05 du 26 juin 2006, consid. 4.1; ATF 129 V 105). Lorsque le salaire varie en raison de l'horaire de travail usuel dans la branche ou du genre de contrat de travail, le gain assuré sera calculé sur les douze derniers mois, mais au plus sur la moyenne de l'horaire de travail convenu contractuellement (art. 37 al. 3bis de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité [OACI; RS 837.02]). Un bref engagement de moins d'un jour suffit déjà pour que tout le mois soit pris en considération dans le calcul (Circulaire relative à l'indemnité de chômage du SECO [IC], ch. 64). Cette disposition concerne notamment les personnes mentionnées à l'art. 8 al. 1 OACI, soit celles qui exercent des professions qui comportent des changements de place fréquents ou des engagements de durée limitée (Boris RUBIN, Assurance-chômage, Droit fédéral, survol des mesures cantonales, procédure, 2ème éd., p. 307ss). Les douze derniers mois visés par l'art. 37 al. 3bis OACI ne se réfèrent pas à des mois de cotisation, mais aux douze mois civils qui précèdent la perte de gain à prendre en considération (ATF 121 V 165, consid. 4b). Toutefois, les mois durant lesquels l'assuré n'a pas exercé d'activité ne sont pas pris en compte au nombre des douze derniers mois au sens de cette disposition (ATF C 30/05 du 26 avril 2006, consid. 3; ATF 121 V 165, consid. 4e).

A/334/2010 - 11/14 - Selon la circulaire IC, les indemnités de vacances peuvent être prises en considération pour combler les trous (jours non travaillés) dans les mois civils de la période de référence dans le cas d'assurés enchaînant des engagements à court terme, que ce soit pour le calcul du gain assuré lors d'un premier délai-cadre d'indemnisation (ch. 64) ou dans le calcul du gain assuré sur la base d'un gain intermédiaire (ch. 67).

## **E. 8**

Eu égard aux considérants qui précèdent, il y a lieu d'examiner si le calcul du SECO est conforme à la loi. a) A titre préliminaire, la Cour de céans observe que le montant de 2'012 fr. 45 dont la restitution est exigée ne correspond pas aux décomptes fournis. En effet, le décompte corrigeant les indemnités dues pour septembre conclut à une différence en faveur de la caisse de 1'012 fr. 35. Quant à celui relatif au mois d'octobre 2009, il a fait l'objet de deux correctifs, le dernier - établi en date du 18 janvier 2010 - faisant état d'un trop-perçu de 748 fr. 45. Additionnés, ces montants ne représentent que 1'760 fr. 80 et non 2'012 fr. 45. Le cas échéant, la décision litigieuse devra donc être corrigée en ce sens. b) La réduction des revenus dans la mesure où ceux-ci correspondraient à un taux d'activité supérieur à 100 %

est dans son principe conforme au droit, puisque seule la rémunération obtenue pour l'exercice d'une activité usuelle normale bénéficie de la protection de l'assurance-chômage (DTA 2003 p. 191, consid. 3.2; ATF 116 V 281, consid. 2d). Cependant, cette réduction ne peut par définition être opérée que si les heures supplémentaires ont été payées en sus du salaire convenu, comme cela ressort de la jurisprudence précitée. A défaut, il en résulterait une inégalité de traitement entre les assurés ayant travaillé selon l'horaire contractuel et ceux ayant effectué des heures supplémentaires non indemnisées : les premiers verraient l'intégralité de leur rétribution retenue à titre de gain assuré, tandis que les seconds subiraient une réduction du gain assuré sans même avoir touché un surcroît de salaire du fait des heures supplémentaires. En outre, contrairement à ce que retient le calcul du SECO - et même à supposer que les prétendues heures supplémentaires soient rétribuées -, on ne peut simplement déduire du gain assuré la part du revenu correspondant à une activité dépassant un horaire hebdomadaire de 40 heures pendant chaque engagement donné, puisqu'il y a lieu de se référer à une moyenne sur une période d'une année, conformément aux dispositions légales. c) En l'espèce, rien ne démontre que les heures de travail effectuées par le recourant dans le cadre de chacun de ses contrats de travail en sus de l'horaire officiellement en vigueur dans l'entreprise ont été réellement payées. Comme le recourant l'a exposé en audience, sa rémunération était convenue à l'avance et versée de manière forfaitaire, sans que ses employeurs ne procèdent à un décompte détaillé des heures

A/334/2010 - 12/14 - réellement effectuées. Pour ce motif déjà, la réduction des gains à laquelle a procédé l'intimée pose problème puisqu'elle porte sur des heures qui n'ont pas toutes été payées en plus du salaire de base. Elle se révèle de plus contraire à la circulaire, puisqu'elle retient un horaire hebdomadaire de 40 heures. Or, certains des employeurs ayant engagé le recourant n'ont mentionné aucun horaire contractuel ou en vigueur dans l'entreprise sur les formulaires à cet effet. C'est notamment le cas de XE\_\_\_\_\_ et de XG\_\_\_\_\_. Compte tenu du fait que toutes les entreprises pour lesquelles le recourant a travaillé simultanément n'ont pas le même horaire, on ne peut se référer à 40 heures hebdomadaires et il y a lieu de retenir comme limite l'horaire hebdomadaire dans la branche (qui était de 41.2 heures en 2006 et de 41.3 heures en 2007 dans les activités récréatives, culturelles et sportives selon la Statistique de la durée normale du travail dans les entreprises selon la division économique [DNT]) lorsqu'il est possible de reconstituer le nombre d'heures de travail du recourant, et pour autant qu'il soit démontré que les heures effectuées en sus aient effectivement été rémunérées. A défaut, et à condition qu'il soit démontré que l'emploi était exercé à temps plein, il convient, en l'absence d'indications horaires, de prendre comme limite du gain assuré le nombre de jours indemnisables par mois. En l'espèce, l'intimée a réduit les revenus réalisés par le recourant de février à juillet 2009 en les ramenant à un salaire correspondant à une activité déployée sur 40 heures hebdomadaires. Or, s'agissant des mois de février et mars en tout cas, on ignore si tous les employeurs concernés avaient instauré un tel horaire dans leur entreprise. De plus, il n'est pas démontré que les prétendues heures supplémentaires ont été rémunérées. Dans ces circonstances, seule la partie du salaire correspondant à des jours effectués au-delà du nombre maximal de jours indemnisables des mois en cause peut avoir lieu. d) En ce qui concerne les indemnités de vacances, il est exact qu'elles doivent en principe être comptées à titre de gain assuré dans le mois où l'assuré a effectivement pris des vacances (ATF 125 V 42, consid. 5b). Une pratique contraire aurait pour effet de favoriser sans motif l'assuré qui n'a pas pris ses vacances par rapport à celui qui a fait valoir son droit aux vacances (ATF 8C\_676/2008 du 28 novembre 2008, consid. 3.1). Cependant, comme cela ressort de la

circulaire du SECO citée, l'intégration des indemnités de vacances est de mise dans le calcul du gain assuré des assurés qui exercent des professions dans lesquelles les changements de place ou les engagements de durée limitée sont usuels. Une telle pratique est d'ailleurs compatible avec la jurisprudence, puisqu'il n'existe aucun motif de ne pas assimiler à des périodes de vacances les jours de battement entre deux engagements, lors desquels l'assuré n'est pas occupé et ne touche aucun salaire alors que la totalité du mois est prise en compte à titre de période de contrôle. L'intimée devra donc procéder à un nouveau calcul du gain assuré en tenant compte des indemnités de vacances à hauteur de 6'715 fr. 82, qu'elle pourra convertir en revenus pendant les mois durant lesquels le recourant n'a pas été occupé totalement.

A/334/2010 - 13/14 -

### **E. 9**

Compte tenu de ce qui précède, le calcul du gain assuré par l'intimée se révèle erroné. Les décisions du 17 et du 23 décembre 2009 doivent donc être annulées et la cause renvoyée à l'intimée pour nouveau calcul et nouvelle décision au sens des considérants. Le recourant, qui obtient gain de cause, a droit à des dépens qu'il convient de fixer à 1'500 fr. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPG).

A/334/2010 - 14/14 -

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