

GE_GERICHTE ATAS/277/2011 vom 17. März 2011

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

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_277_2011

FR: GE_GERICHTE ATAS/277/2011 du 17 mars 2011

IT: GE_GERICHTE ATAS/277/2011 del 17 marzo 2011

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).

A/336/2010 - 9/15 - 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. Le nombre d'indemnités journalières versées pour le mois de juillet 2007 n'est en revanche pas contesté. 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 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). Sur ce point, la réglementation prévue par la LPGA reprend, matériellement, le contenu des anciens art. 95 al. 4 1ère phrase de la loi sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI; RS 837.0) et 47 al. 2 1ère phrase de la loi fédérale

sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS; RS 831.10) notamment, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002. Selon la jurisprudence relative à ces dispositions, qu'il convient également d'appliquer à l'art. 25 al. 2 précité, le délai de péremption d'une année commence à courir dès le moment où l'assurance sociale aurait dû connaître les faits fondant l'obligation de restituer, en faisant preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle. Lorsque la restitution est imputable à une faute de l'administration, on ne saurait considérer comme point de départ du délai le moment où la faute a été commise, mais bien celui auquel l'administration aurait dû, dans un deuxième temps (par exemple à l'occasion d'un contrôle comptable), se rendre compte de son erreur en faisant preuve de l'attention requise (ATF C 80/05 du 3 février 2006; ATF 124 V 380, consid. 1). 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

A/336/2010 - 10/15 - 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, le nouveau calcul du gain assuré par le SECO a été effectué en août 2008. C'est au plus tôt dès cette date que l'intimée a pris connaissance du motif de reconsidération de la décision d'octroi d'indemnités journalières, de sorte que la demande de restitution, intervenue moins d'une année plus tard, a été notifiée au recourant dans le délai légal. La demande de restitution est donc intervenue en temps utile. 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. 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

A/336/2010 - 11/15 - 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). 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).

A/336/2010 - 12/15 -

E. 8

a/aa) S'agissant de la réduction appliquée par le SECO en l'espèce aux revenus dont il a considéré qu'ils correspondaient à un taux d'activité supérieur à 100%, la Cour de céans

observe que ce procédé est dans son principe conforme au droit, puisque seule la rémunération obtenue pour l'exercice d'une activité usuelle normale bénéficiaire 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 appliquée 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 assurés ayant travaillé selon l'horaire contractuel et ceux ayant dû effectuer 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 avoir pourtant touché un salaire plus élevé 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.

a/bb) 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 lui ont été 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 réellement effectuées. De tels décomptes ne figurent au demeurant pas dans la plupart des AGI. Pour ce motif déjà, la réduction des gains à laquelle a procédé le SECO pose problème puisqu'elle porte sur des heures qui n'ont pas été payées en plus du salaire de base. De plus, elle ne tient pas compte de l'horaire de travail moyen sur une période d'une année. Or, plusieurs des compagnies 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 la XF _____, du Y _____, et de XD _____. D'autres employeurs, tels que Y _____, XA _____ ou Y _____, ont tour à tour indiqué que l'horaire hebdomadaire dans l'entreprise était de 40 heures ou qu'il n'existait pas d'accord sur ce point. Compte tenu du fait que toutes les entreprises dans lesquelles le recourant a travaillé simultanément n'ont pas le même horaire, on ne saurait se référer à un horaire habituel de 40 heures hebdomadaires mais bien plutôt 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

A/336/2010 - 13/15 - effectuées en sus ont 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. In casu, les mois pour lesquels le SECO a réduit le revenu en tenant compte d'hypothétiques heures supplémentaires ou d'activités en sus de l'horaire habituel sont ceux de septembre 2006, et janvier à juillet 2007. Au mois de septembre 2006, le recourant n'a travaillé que pour X _____, qui a fait état de 240 heures de travail réparties sur 25 jours, sans mentionner d'horaire dans l'entreprise. On ne voit guère comment le SECO a pu en inférer que le recourant était occupé à 138.46 %. En particulier, la référence au salaire perçu par le recourant lors de ses précédents engagements pour cette manifestation ne suffit en aucun cas à extrapoler le taux d'occupation en septembre 2006.

En effet, la différence de revenu constatée peut s'expliquer par le fait que le cahier des charges du recourant a changé, qu'il a mieux négocié son contrat de travail, que son employeur a tenu compte du fait que son expérience professionnelle s'était étoffée ou encore que son employeur a modifié sa politique salariale. Dans la mesure où l'horaire effectué par le recourant ne peut être reconstitué, seule peut être déduite du revenu la part correspondant au nombre de jours travaillés en sus du nombre maximal de jours indemnisables. Le même constat s'impose pour janvier 2007. Le recourant ayant été occupé en tout 27 jours, pour un montant total de 12'187 fr. 85, indemnités de vacances déduites, il sied de ramener ce montant à celui correspondant au nombre maximum de jours indemnisable pour ce mois. Le calcul est identique pour les mois de février et mars 2007, lors desquels le recourant a été occupé respectivement 31 et 32 jours pour des revenus de 9'384 fr. 40 et 9'867 fr. 85, après déduction des indemnités de vacances. Aux mois d'avril, mai et juin 2007, le recourant a travaillé tant pour X_____ que pour d'autres productions. X_____ n'a pas indiqué le taux d'occupation du recourant durant la période en question. Cependant, compte tenu du montant de sa rémunération, on peut admettre comme démontré au degré de la vraisemblance prépondérante applicable en assurances sociales (ATF 126 V 353, consid. 5b), qu'il s'agissait d'un travail à plein temps, exercé pendant les jours ouvrables usuels. Ainsi, il est vraisemblable que les activités exercées en parallèle pour d'autres employeurs ces mois-là ont été effectuées en dépassement du nombre de jours ouvrables maximal des mois correspondants, de sorte qu'il y aura lieu de retrancher le revenu que le recourant en a tiré du montant du gain assuré. Par conséquent, les revenus correspondant aux activités pour Y_____ au mois d'avril 2007 et mai

A/336/2010 - 14/15 - 2007, pour XF_____ en mai 2007, et pour la XG_____ en juin 2007 n'ont pas à être pris en compte dans le calcul du gain assuré. b/aa) En ce qui concerne les indemnités de vacances, il est exact qu'elles doivent en principe être comptées à titre de gain assuré 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 IC, 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. b/bb) Eu égard à ce qui précède, le calcul du SECO, dans la mesure où il ne tient pas compte du montant des indemnités de vacances pour compléter le gain assuré durant les mois lors desquels le recourant n'a été employé que quelques jours (soit novembre et décembre 2006) ne saurait être avalisé. Le montant total des indemnités de vacances perçues pour la période d'août 2006 à juillet 2007, soit 6'298 fr. 70, devra être converti en jours de vacances utilisés durant les périodes creuses, conformément aux modalités de calcul de la circulaire du SECO. La Cour de céans s'étonne d'ailleurs que le SECO, dans sa prise de position du 2 décembre 2010, se soit écarté de la pratique relative à la prise en compte des indemnités de vacances qu'il a lui-même consacrée dans sa directive.

Compte tenu de ce qui précède, le calcul du SECO sur lequel se fondent les décisions de la caisse du 18 juin 2009 et du 17 décembre 2009 s'avère inexact. Il y a donc lieu d'admettre partiellement le recours et de renvoyer la cause à la caisse pour nouveau calcul du gain assuré au sens des considérants et nouvelle décision. Le recourant, qui obtient partiellement 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 LPGA).

A/336/2010 - 15/15 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant en l'application de l'art. 133 al. 2 LOJ A la forme :

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