

GE_GERICHTE ATAS/56/2020 vom 30. Januar 2020

GE Cour de justice, 2020-01-30, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_56_2020

FR: GE_GERICHTE ATAS/56/2020 du 30 janvier 2020

IT: GE_GERICHTE ATAS/56/2020 del 30 gennaio 2020

Erwägungen

E. 1

Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, 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). Elle connaît également, conformément à l'art. 134 al. 3 let. b LOJ, des contestations prévues à l'art. 49 de la loi en matière de chômage du 11 novembre 1983 (LMC – J 2 20) en matière de prestations cantonales complémentaires de chômage. Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

E. 2

La décision querellée a trait aux prestations cantonales complémentaires de chômage prévues par la LMC. Cette dernière ne contenant aucune norme de renvoi, la LPGA n'est pas applicable (cf. art. 1 et 2 LPGA).

E. 3

Interjeté dans les forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable (cf. art. 49 al. 3 LMC et art. 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA – E 5 10]).

E. 4

Le litige concerne le montant des indemnités de chômage octroyées du 30 janvier 2018 au 31 août 2018 à la recourante, en particulier la détermination du gain assuré.

E. 5

L'assuré a droit à l'indemnité de chômage si, entre autres conditions, il remplit les conditions relatives à la période de cotisation (art. 8 al. 1 let. e LACI). D'après l'art. 13 al. 1 LACI, celui qui, dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet (art. 9 al. 3), a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation remplit les conditions relatives à la période de cotisation. Cette disposition se rapporte à

A/2102/2019 - 7/19 - l'obligation de cotiser et implique donc, par principe, l'exercice d'une activité soumise à cotisation en Suisse (ATF 131 V 222 consid. 2.1).

E. 6

Il convient cependant d'examiner si la recourante peut prétendre à des indemnités de l'assurance-chômage en vertu de normes supranationales, en particulier de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses

États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, entré en vigueur le 1er juin 2002 (ALCP; RS 0.142.112.681). a. Selon l'art. 1 par. 1 de l'annexe II de l'ALCP – intitulée "coordination des systèmes de sécurité sociale", fondée sur l'art. 8 ALCP et faisant partie de l'accord (art. 15 ALCP) – en relation avec la section A de cette annexe, les parties contractantes appliquent entre elles, en particulier, le règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (règlement n° 883/2004 – RS 0.831.109.268.1), ainsi que le règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (règlement n° 987/2009 – RS 0.831.109.268.11) et déterminant le contenu de ses annexes. Selon la décision n° 1/2012 du Comité mixte du 31 mars 2012 remplaçant l'annexe II dudit accord sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, le règlement n° 883/2004 est entré en vigueur pour la Suisse le 1er avril 2012. À cette date, il s'est substitué au règlement n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (règlement n° 1408/71). b. Ratione temporis, l'ALCP et le règlement n° 883/2004 sont applicables en l'espèce, l'inscription de la recourante à l'OCE étant postérieure à l'entrée en vigueur des normes précitées. La réglementation citée est aussi applicable du point de vue personnel – ressortissante d'un État membre, la recourante doit être considérée comme un travailleur qui est ou a été soumis à la législation d'un ou de plusieurs États membres (art. 2 par. 1 du règlement n° 883/2004) – et matériel, le règlement n° 883/2004 s'appliquant à toutes les législations relatives aux branches de sécurité sociale qui concernent les prestations de chômage (art. 3 par. 1 let. h. du règlement n° 883/2004). On relèvera par ailleurs que le présent cas ne tombe pas dans le champ d'application du protocole à l'annexe II de l'ALCP, qui instaure, jusqu'au 30 avril 2011, un régime particulier pour les ressortissants des huit pays ayant adhéré à l'UE le 1er mai 2004 (dont la République de Hongrie), en ce sens que les travailleurs salariés possédant la nationalité de l'un de ces pays et au bénéfice d'un titre de séjour d'une durée inférieure à un an, ne peuvent prétendre aux prestations d'assurance-chômage que s'ils ont cotisé en Suisse pendant la période minimale exigée par la LACI et s'ils remplissent, en outre, les autres conditions du droit à l'indemnité de chômage (cf. protocole à l'annexe II de l'Accord, ch. I, points 1 et 1.1).

A/2102/2019 - 8/19 -

E. 7

a. Le règlement n° 883/2004 résout la question du droit applicable principalement aux art. 11 à 16. Ces règles désignent l'ordre juridique pertinent de manière uniforme (unicité du droit applicable) pour, en principe, toutes les branches de sécurité sociale visées par le règlement. Les différents chapitres dudit règlement relatifs aux branches de sécurité sociale (dont les prestations de chômage, réglées aux art. 61 ss) contiennent toutefois quelques dérogations ou précisions (cf. Bettina KAHIL-WOLFF, Droit social européen, Union européenne et pays associés, p. 381 ss). b. Selon l'art. 11 par. 1 du règlement n° 883/2004, qui consacre le principe de l'unicité du droit applicable, « les personnes auxquelles le présent règlement est applicable ne sont soumises qu'à la législation d'un seul État membre ». Le principal critère de rattachement pour désigner le droit applicable est l'exercice d'une activité lucrative ; selon l'art. 11 par. 3 let. a du règlement n° 883/2004, la personne qui exerce une activité salariée ou non salariée dans un État membre est soumise à la législation

de cet État membre (lex loci laboris). Il en va de même en cas de chômage complet, à tout le moins lorsque la personne ayant perdu son emploi exerçait sa dernière activité dans son État de résidence. Cependant, lorsque l'État de résidence et l'État d'exercice de la dernière activité divergent, la résidence devient un critère cumulatif à côté de la lex loci laboris (Thomas NUSSBAUMER, in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Vol. XIV, 3ème éd. 2016, p. 2569 ss ; Bettina KAHIL-WOLFF, op. cit. p. 387 et 439) ; ainsi, en cas de chômage complet d'un travailleur frontalier, celui-ci bénéficie, de la part de l'institution du lieu de résidence, des prestations selon les dispositions de la législation de l'État membre de résidence, comme s'il avait été soumis à cette législation au cours de sa dernière activité salariée ou non salariée (cf. art. 65 par. 5 let. a du règlement n° 883/2004). Cependant, l'institution du lieu de résidence prendra en compte le salaire ou le revenu professionnel perçu par ce travailleur dans l'État membre à la législation duquel il était soumis au cours de sa dernière activité (cf. art. 62 par. 3 du règlement n° 883/2004). c. Le législateur européen déroge également à l'art. 11 par. 3 let. a du règlement n° 883/2004 en matière de détachement de travailleurs salariés. L'art. 12 par. 1 dudit règlement dispose en effet que la personne qui exerce une activité salariée dans un État membre pour le compte d'un employeur y exerçant normalement ses activités, et que cet employeur détache pour effectuer un travail pour son compte dans un autre État membre, demeure soumise à la législation du premier État membre, à condition que la durée prévisible de ce travail n'excède pas vingt-quatre mois et que la personne ne soit pas renvoyée en remplacement d'une autre personne. L'art. 19 par. 2 du règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (RS 0831.109.268.11), précise qu'à la demande de la personne concernée ou de l'employeur, l'institution compétente de l'État membre dont la législation est

A/2102/2019 - 9/19 - applicable en vertu d'une disposition du titre II du règlement de base [règlement n° 883/2004] atteste que cette législation est applicable et indique, le cas échéant, jusqu'à quelle date et à quelles conditions.

d. La notion de détachement suppose que l'employeur exerce normalement son activité sur le territoire du siège de l'entreprise, que le travailleur ait été affilié au régime de sécurité sociale de cet État immédiatement avant d'être détaché, que le détachement soit limité dans le temps, que l'employé conserve un lien direct avec son employeur pendant la période de détachement et qu'il ne soit pas envoyé en remplacement d'un autre travailleur arrivé au terme de son détachement (cf. KAHIL-WOLFF, op. cit. p. 388-389). La preuve du maintien de l'assujettissement du travailleur détaché à la législation du premier État membre est apportée par cet État au moyen de l'attestation A1, soit le certificat de détachement prévu par l'art. 19 al. 2 du règlement n° 987/2009 (cf. Heinz-Dietrich STEINMEYER, in Nomos-Kommentar, Europäisches Sozialrecht, 6ème éd. 2013 p. 197, n. 17). À noter que lorsque la durée de détachement de vingt-quatre mois est jugée insuffisante, l'art. 16 par. 1 du règlement n° 883/2004 permet aux États membres de prévoir, des dérogations d'un commun accord et dans l'intérêt de certaines personnes ou catégories de personnes (STEINMEYER, op. cit. p. 197, n. 15). En toute hypothèse, l'État membre de détachement est lié par les documents établis par l'État compétent, notamment ceux qui attestent que le travailleur est bel et bien assuré dans l'État compétent, le but étant d'éviter un double assujettissement (STEINMEYER, op. cit. p. 198, n. 18 ; KAHIL-WOLFF, op. cit. p. 388-389 et la réf. à l'arrêt de la CJCE du 26 janvier 2006 C-2/05 Herbosch Kiere, Rec. 2006

I-1079) Ceci est également souligné par l'art. 5 par. 1 du règlement n° 987/2009 – qui transpose l'arrêt CJCE précité –, disposition aux termes de laquelle les documents établis par l'institution d'un État membre qui attestent de la situation d'une personne aux fins de l'application du règlement de base [n° 883/2004] et du règlement d'application [n° 987/2009], ainsi que les pièces justificatives afférentes, s'imposent aux institutions des autres États membres aussi longtemps qu'ils ne sont pas retirés ou déclarés invalides par l'État membre où ils ont été établis.

e. En l'espèce, il est constant que la recourante exerçait normalement son activité sur le territoire de C_____ Budapest, qu'elle a conservé un lien direct avec son employeur pendant toute la durée de son détachement et qu'au regard des informations ressortant de l'attestation E301 (actuellement : attestation PD U1) délivrée par l'institution hongroise (pce 11 intimée), elle a été assurée en Hongrie du 15 décembre 2010 au 31 décembre 2017 et, par voie de conséquence, pendant toute la durée de sa mission en Suisse, soit du 1er octobre 2012 au 31 décembre 2017.

E. 8

a. Selon l'art. 65 par. 2 du règlement n° 883/2004, La personne en chômage complet qui, au cours de sa dernière activité salariée ou non salariée, résidait dans un État membre autre que l'État membre compétent et qui continue à résider dans le même État membre

A/2102/2019 - 10/19 - ou qui retourne dans cet État membre se met à la disposition des services de l'emploi de l'État membre de résidence. Sans préjudice de l'art. 64, une personne en chômage complet peut, à titre complémentaire, se mettre à la disposition des services de l'emploi de l'État membre où elle a exercé sa dernière activité salariée ou non salariée. Une personne en chômage, autre qu'un travailleur frontalier, qui ne retourne pas dans l'État membre de sa résidence se met à la disposition des services de l'emploi de l'État membre à la législation duquel elle a été soumise en dernier lieu.

Aux termes de l'art. 65 par. 5 du règlement n° 883/2004, Le chômeur visé au par. 2, première et deuxième phrases, bénéficie des prestations selon les dispositions de la législation de l'État membre de résidence, comme s'il avait été soumis à cette législation au cours de sa dernière activité salariée ou non salariée. Ces prestations sont servies par l'institution du lieu de résidence (let. a). Toutefois, s'il s'agit d'un travailleur, autre qu'un travailleur frontalier, auquel ont été servies des prestations à charge de l'institution compétente de l'État membre à la législation duquel il a été soumis en dernier lieu, il bénéficie d'abord, à son retour dans l'État membre de résidence, des prestations conformément à l'art. 64, le bénéfice des prestations conformément à la let. a) étant suspendu pendant la durée de perception des prestations en vertu de la législation à laquelle il a été soumis en dernier lieu (let. b). Selon la Décision U2 du 12 juin 2009 concernant la portée de l'article 65 par. 2 du règlement (CE) n° 883/2004, du Parlement européen et du Conseil relatif au droit aux prestations de chômage des personnes en chômage complet autres que les travailleurs frontaliers qui résidaient sur le territoire d'un État membre autre que l'État compétent au cours de leur dernière période d'emploi ou d'activité non salariée (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE et pour l'accord CE/Suisse), la Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale, considérant notamment : - que l'élément déterminant pour l'application de l'art. 65 dudit règlement dans son ensemble est le fait que les intéressés résidaient, au cours de leur dernière période d'emploi ou d'activité non salariée, dans un État membre autre que celui de la législation à

laquelle ils étaient assujettis, qui ne correspond pas nécessairement à celui sur le territoire duquel ils étaient salariés ou non salariés, - qu'en vertu de l'art. 65, par. 5, du règlement (CE) n° 883/2004, la charge des prestations est transférée de l'État compétent à l'État de résidence lorsque l'intéressé se met à la disposition des services de l'emploi de ce dernier État,

A/2102/2019 - 11/19 - - qu'un tel transfert, aujourd'hui acceptable dans le cas des travailleurs frontaliers et de certaines catégories de personnes qui conservent les mêmes liens étroits avec leur pays d'origine, ne le serait plus si, par une interprétation trop large de la notion de «résidence», le champ d'application de l'article 65 du règlement (CE) n° 883/2004 devait être étendu à toute personne ayant un emploi ou une activité non salariée d'un caractère assez stable dans un État membre et dont la famille est restée dans le pays d'origine, a décidé que l'art. 65 par. 5 du règlement n° 883/2004 s'applique en particulier aux personnes auxquelles s'applique un accord visé à l'art. 16 par. 1 dudit règlement (cf. ci-dessus : consid. 7d) qui résidaient, au cours de leur dernière activité professionnelle, dans un État membre autre que l'État compétent. Selon le Secrétariat à l'économie (SECO), dans le cas d'une personne au chômage, qui était détachée en Suisse avant d'être au chômage, il convient de vérifier au cas par cas si, pendant son détachement, cette personne avait maintenu son domicile dans l'État de détachement étranger ou si elle avait établi un domicile en Suisse. Si elle a établi un domicile en Suisse pendant son détachement, elle doit être considérée comme un faux frontalier avec droit d'option. Les indices montrant qu'il y a établissement d'un domicile en Suisse peuvent être un séjour prolongé en Suisse (par ex. plusieurs détachements sans interruption), une famille fondée en Suisse, un regroupement familial en Suisse avec intégration évidente (par ex. inscription des enfants à l'école), une activité de membre dans des associations suisses ou la résiliation du bail de l'appartement, la vente de la maison ou l'abandon d'autres liens dans l'État de détachement (cf. Circulaire du SECO relative aux conséquences des règlements (CE) n° 883/2004 et 987/2009 sur l'assurance-chômage [ci-après : circulaire IC 883], ch. A37a). On parle de « faux frontalier » lorsqu'une personne est active dans un État et qu'elle réside dans un autre État où elle ne retourne pas au moins une fois par semaine. Cette catégorie de personnes n'effectue pas les voyages pendulaires (quotidiens ou hebdomadaires) qui permettraient de la qualifier de vraie frontalière (cf. IC 883, ch. A29).

b. En l'espèce, il n'est pas contesté par les parties – et n'apparaît pas contestable – que la recourante s'était constituée un domicile en Suisse au cours des années ayant précédé la perte de son emploi au 31 décembre 2017 et qu'elle n'était donc pas un travailleur frontalier au sens de l'art. 1 let. f du règlement n° 883/2004 (« toute personne qui exerce une activité salariée ou non salariée dans un État membre et qui réside dans un autre État membre où elle retourne au moins une fois par semaine »). Il n'est pas contesté non plus par l'intimée – à tout le moins par actes concluants (octroi de prestations) – qu'au vu de la convergence des critères du lieu d'exercice de l'activité lucrative (cf. art. 11 al. 3 let. a du règlement n° 883/2004) et de la résidence (cf. ci-dessus : consid. 7b), la charge des prestations de chômage incombe à la Suisse.

A/2102/2019 - 12/19 -

E. 9

a. Selon l'art. 61 du règlement n° 883/2004, l'institution compétente d'un État membre dont la législation subordonne l'acquisition, le maintien, le recouvrement ou la durée du

droit aux prestations à l'accomplissement soit de périodes d'assurance, soit de périodes d'emploi, soit de périodes d'activité non salariée, tient compte, dans la mesure nécessaire, des périodes d'assurance, d'emploi ou d'activité non salariée accomplies sous la législation de tout autre État membre comme si elles avaient été accomplies sous la législation qu'elle applique. Toutefois, lorsque la législation applicable subordonne le droit aux prestations à l'accomplissement de périodes d'assurance, les périodes d'emploi ou d'activité non salariée accomplies sous la législation d'un autre État membre ne sont prises en compte qu'à la condition que ces périodes eussent été considérées comme périodes d'assurance si elles avaient été accomplies en vertu de la législation applicable. 2 Excepté pour ce qui est des situations visées à l'art. 65 par. 5, let. a, l'application du par. 1 du présent article est subordonnée à la condition que l'intéressé ait accompli en dernier lieu, conformément à la législation au titre de laquelle les prestations sont demandées: – soit des périodes d'assurance, si cette législation exige des périodes d'assurance, – soit des périodes d'emploi, si cette législation exige des périodes d'emploi, – soit des périodes d'activité non salariée, si cette législation exige des périodes d'activité non salariée. b. Dans les États connaissant, à l'image de la Suisse, un système d'assurance financé par des cotisations sociales (cas visé par l'art. 61 par. 1, 2ème phrase), les périodes d'assurance sont bien entendu totalisées, mais les périodes d'emploi ne le sont qu'à la condition supplémentaire qu'elles eussent été considérées comme périodes d'assurance si elles avaient été accomplies sous la législation de l'État prestataire. c. En l'espèce, la recourante a exercé en dernier lieu une activité professionnelle en Suisse. Il ressort pour le surplus du formulaire E301 délivré par l'institution hongroise qu'elle a, durant les limites du délai-cadre prévu à cet effet (art. 9 al. 3 LACI), exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation en Hongrie et remplit donc les conditions relatives à la période de cotisation (art. 8 al. 1 let. c et 13 LACI). Les autres conditions posées par l'art. 8 LACI n'étant pas litigieuses, il reste à examiner la question du gain assuré qui détermine le montant des indemnités journalières.

A/2102/2019 - 13/19 -

E. 10

a. Sous la note marginale « calcul des prestations », l'art. 62 du règlement n° 883/2004 prévoit ce qui suit : 1 L'institution compétente d'un État membre dont la législation prévoit que le calcul des prestations repose sur le montant du salaire ou du revenu professionnel antérieur tient compte exclusivement du salaire ou du revenu professionnel perçu par l'intéressé pour la dernière activité salariée ou non salariée qu'il a exercé sous cette législation. 2 Le par. 1 s'applique également dans l'hypothèse où la législation appliquée par l'institution compétente prévoit une période de référence définie pour la détermination du salaire servant de base au calcul des prestations et où, pendant la totalité ou une partie de cette période, l'intéressé a été soumis à la législation d'un autre État membre. b. L'art. 62 dudit règlement répond à la question du revenu déterminant pour le montant des prestations. Si en soi, diverses solutions seraient imaginables (prise en compte exclusive du revenu réalisé dans l'État compétent, prise en compte du revenu réalisé également à l'étranger, etc.), le règlement n° 883/2004 ne s'en réfère pas moins au salaire ou revenu professionnel perçu par l'intéressé pour la dernière activité exercée dans l'État compétent. Cette solution constitue un cas d'application du principe de l'unicité de la compétence d'un État membre. Bien que le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) prévoie à son art. 48 let. a que le Parlement européen et le Conseil [...] adoptent, dans le domaine de la sécurité sociale, les mesures nécessaires pour l'établissement de la libre circulation des

travailleurs, en instituant notamment un système permettant d'assurer aux travailleurs migrants salariés et non-salariés et à leurs ayants droit la totalisation, pour l'ouverture et le maintien du droit aux prestations, ainsi que pour le calcul de celles-ci, de toutes périodes prises en considération par les différentes législations nationales, l'art. 62 par. 1 du règlement n° 883/2004 ne s'écarte pas moins de cette solution en tant qu'il fait dépendre le montant des prestations uniquement du revenu professionnel perçu par l'intéressé pour la dernière activité qu'il a exercée sous cette législation. Il en découle qu'une personne a beau avoir exercé pendant une longue durée une activité dans un pays à hauts revenus, le fait de s'être rendue par la suite dans un autre État membre (ou partie l'ALCP) à bas revenus et d'y avoir exercé pour une courte durée une activité avant d'y tomber au chômage ne fera pas obstacle à la prise en considération du seul revenu réalisé dans ce dernier État. Dans le cas de figure décrit, la réglementation prévue à l'art. 62 dudit règlement peut constituer un frein à la libre circulation de personnes mais cette disposition n'en est pas moins conforme au droit communautaire (cf. Bernd SCHULTE, Die neue Europäische Sozialkoordination in Gestalt der Verordnungen Nrn. 883/04 und 987/09, in RSAS 2012 p. 163 ; cf. ég. NUSSBAUMER, op. cit. p. 2578, n. 1013).

E. 11

Il découle de ce qui précède que l'intimée ne saurait priver la recourante de l'avantage qui résulte, pour elle, du fait d'avoir vu son lieu d'activité être déplacé

A/2102/2019 - 14/19 - de la Hongrie vers la Suisse et d'être tombée au chômage dans ce dernier pays. À l'appui de la décision litigieuse, plus particulièrement de la prise en considération de la seule part salariale soumise aux cotisations sociales en Hongrie, l'intimée fait valoir qu'en tant que travailleuse détachée, la recourante serait restée soumise aux dispositions relatives aux assurances sociales de l'État de détachement, soit la Hongrie. Ce raisonnement est erroné et contradictoire pour plusieurs raisons : il revient notamment à ne pas prendre en compte le fait qu'au moment de se trouver au chômage, le lieu d'activité et de résidence de la recourante étaient tous deux dans le même État et qu'ainsi, la charge des prestations a été transférée de l'État compétent (la Hongrie) à l'État de résidence (la Suisse ; cf. consid. 8a). En outre, la limitation des prestations de chômage suisses à l'aune de l'assiette des cotisations hongroises revient à introduire un critère étranger aux conditions de reconnaissance des périodes d'assurance accomplies dans un autre État partie à l'ALCP (ci-dessus: consid. 9) et contrevient, comme mentionné plus haut, à l'art. 62 du règlement n° 883/2004 (consid. 10b). Enfin, l'intimée ne saurait limiter ses propres prestations à l'aune des prestations supposées du droit hongrois, un tel procédé étant contraire à l'unicité du droit applicable (consid. 7) – le droit suisse en l'espèce. Dans ces circonstances, il n'est pas indispensable d'examiner si la décision entreprise viole au surplus le principe d'égalité de traitement consacré à l'art. 4 du règlement n° 883/2004, ne serait-ce que sous la forme d'une discrimination indirecte en raison de la nationalité – laquelle est prohibée (cf. Maximilian FUCHS, in Nomos- Kommentar, Europäisches Sozialrecht, 6ème éd. 2013 p. 137, n. 2).

E. 12

a. À teneur 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

inconvenients liés à l'exécution du travail. L'art. 5 al. 2 de la loi du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS – RS 831.10) dispose que le salaire déterminant comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Il englobe les allocations de renchérissement et autres suppléments de salaire, les commissions, les gratifications, les prestations en nature, les indemnités de vacances ou pour jours fériés et autres prestations analogues, ainsi que les pourboires, s'ils représentent un élément important de la rémunération du travail. La jurisprudence précise que font partie de ce salaire, par définition, toutes les sommes touchées par le salarié, si leur versement est économiquement lié au contrat de travail; peu importe que ces rapports soient maintenus ou aient été résiliés, que les prestations soient versées en vertu d'une obligation ou à titre bénévole. Font ainsi partie du revenu d'une activité salariée soumis à cotisations non seulement les rétributions versées pour un travail effectué, mais aussi, en principe, toute indemnité ou prestation ayant une relation quelconque avec les rapports de service, dans la mesure où ces prestations ne sont pas franches de

A/2102/2019 - 15/19 - cotisations en vertu des prescriptions légales expressément formulées (ATF 124 V 101 = VSI 1998 p. 287 cons. 2; ATF 123 V 6 cons. 1 = VSI 1997 p. 293; ATF 123 V 243 = VSI 1998 p. 152 cons. 2a, avec les références citées dans chaque arrêt). Nonobstant le renvoi à la législation sur l'AVS opéré par l'art. 23 al. 1 LACI, le salaire pris en considération comme gain assuré se rapproche certes du salaire déterminant défini par l'art. 5 al. 2 LAVS, mais il ne se recoupe pas exactement avec celui-ci, comme cela ressort du terme « normalement » utilisé à l'art. 23 al. 1 LACI. En effet, certains montants perçus par le salarié, certes soumis à cotisation, n'entrent pas dans la fixation du gain assuré. Il en va ainsi de la rémunération des heures supplémentaires (ATF 129 V 105) et, à certaines conditions, de l'indemnité de vacances (DTA 2000 n° 7 p. 33), des gains accessoires au sens de l'art. 23 al. 3 LACI (ATF 125 V 478 consid. 5a).

L'assurance-chômage n'a en effet pas vocation d'indemniser les pertes d'activité qui dépassent l'horaire normal de travail (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 193/05 du 26 juin 2006 consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_479/2014 du 3 juillet 2015 consid. 3.2). L'assurance-chômage ne tient pas compte non plus des « inconvenients liés à l'exécution du travail » (par ex. les primes de chantier ou de travail salissant convenues contractuellement, à moins qu'elles soient versées également pendant les vacances ; cf. Bulletin LACI-IC, ch. C2). Dans la mesure où, en règle générale, elles ne sont ni « régulièrement versées » ni « convenues contractuellement » mais octroyées, la plupart du temps, sur une base volontaire et de façon occasionnelle, ne font pas non plus partie du gain assuré la prise en charge de frais de déménagement ainsi que les libéralités de l'employeur énumérées à l'art. 8 let. c du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS – RS 831.101 ; cf. Gerhard GERHARDS, AVIG-Kommentar, vol. I, [art. 1-58] p. 293, n. 12). En revanche, les « allocations régulièrement versées et convenues contractuellement », visées par l'art. 23 al 1 LACI, comprennent notamment les suppléments tels que les allocations de résidence et de renchérissement, les primes de fidélité, le 13ème salaire et la gratification si l'assuré les a effectivement touchés ou s'il a intenté une action judiciaire pour faire reconnaître des prétentions qu'il a rendues crédibles (Bulletin LACI-IC, ch. C2). b. Selon l'art. 6 al. 2 let. f RAVS, ne sont pas comprises dans le revenu provenant d'une activité lucrative les allocations familiales qui sont accordées, conformément aux usages locaux ou professionnels, au titre d'allocation pour enfants et d'allocation de formation professionnelle, d'allocation de ménage ou d'allocation de mariage ou de naissance. À noter que les allocations familiales sont dans tous les cas

exceptées du salaire déterminant si elles sont octroyées sur la base d'une disposition légale ou en vertu d'une convention collective de travail (cf. Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG [DSD], ch. 2170 et Bulletin LACI-IC, ch. C2). Cependant, les allocations familiales qui sont, en outre, versées par l'employeur et qui sont prévues dans un règlement du personnel émis par l'employeur ou pour lesquelles le salarié a

A/2102/2019 - 16/19 - un droit propre ne sont exemptées de cotisations qu'à hauteur de certains montants (pour les détails : cf. DSD ch. 2171).

c. Selon l'art. 9 RAVS, les frais généraux sont les dépenses résultant pour le salarié de l'exécution de ses travaux. Le dédommagement pour frais encourus n'est pas compris dans le salaire déterminant (al. 1). Ne font pas partie des frais généraux 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; ces indemnités font en principe partie du salaire déterminant (al. 2). c/aa. Dans un arrêt non publié H 199/88 du 10 avril 1989, le Tribunal fédéral des assurances a résumé sa jurisprudence relative à l'ancien art. 9 RAVS dans sa teneur initiale du 31 octobre 1947, indiquant que pour admettre le caractère de frais généraux de dépenses données, il fallait, en plus du lien de causalité avec l'activité professionnelle, d'une part qu'il s'agisse de dépenses strictement nécessaires en vue de l'acquisition du salaire et d'autre part, que lesdites dépenses ne représentent pas une utilisation du salaire pour couvrir le coût de la vie en général. Selon le Tribunal fédéral des assurances, à moins que la situation ne soit d'emblée claire, pour qualifier les dépenses de frais non soumis à cotisation, il y a lieu d'examiner au cas par cas au vu des circonstances de l'espèce si la condition de la nécessité de la dépense pour acquérir le salaire est réalisée. Ce faisant, il s'agit d'apprécier strictement la nécessité objective en raison de la formulation plutôt restrictive de l'art. 9 al. 1 RAVS (voir également VSI 1994 p. 84 cons. 3b ainsi que RCC 1990 p. 41 consid. 5 avec un renvoi à RCC 1958 p. 348). Ces principes s'appliquent aussi sous l'empire de l'art. 9 RAVS reformulé dans le cadre de la 10ème révision de l'AVS (arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 9 mai 2001 en la cause DFAE, publié in Pratique VSI 5/2001 p. 214 consid. 5a). c/bb. En tant qu'elle a pour but de faire correspondre le mieux possible le revenu des fonctionnaires suisses dans un pays donné à la valeur du salaire en Suisse, une adaptation (positive) au pouvoir d'achat allouée à un fonctionnaire en poste à l'étranger ne saurait être qualifiée de dédommagement pour frais au sens de l'art. 9 RAVS. En outre, on ne saurait affirmer qu'elle est strictement nécessaire à l'obtention du salaire. Par ailleurs, au moins en ce qui concerne son but, on peut faire un parallèle avec les allocations de résidence et de renchérissement au sens de l'art. 7 let. b RAVS (Pratique VSI 5/2001 p. 214 consid. 5b/aa). c/cc. En tant que des « indemnités de mobilité et [...] pour inconvénients » entendent compenser les désagréments liés à la mutation des fonctionnaires suisses à l'étranger (par ex. rupture de réseau social, changement d'écoles et de logement) et créer, en cas de séjour dans un lieu de service à l'étranger où les conditions de vie sont difficiles, une compensation adaptée au degré de difficulté et de dangers encourus, ces indemnités ne constituent pas non plus des dédommagements pour frais non soumis aux cotisations paritaires. Tout comme l'adaptation au pouvoir d'achat (cf. ci-dessus : consid. 12c/bb), elles ne sont pas strictement nécessaires pour l'acquisition du salaire. Elles dépendent certes de la nature et des conditions

A/2102/2019 - 17/19 - particulières des rapports de service, mais, de par le but qui leur est donné, elles ne servent pas à compenser des dépenses ainsi provoquées en plus du coût de la

vie habituel (Pratique VSI 5/2001 p. 214 consid. 5b/bb).

d. Le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisations qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (cf. art. 37 al. 1 de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité [OACI]). Il est déterminé sur la base du salaire moyen des douze derniers mois de cotisations précédant le délai-cadre d'indemnisation si ce salaire est plus élevé que le salaire moyen visé à l'al. 1er (art. 37 al. 2 OACI).

E. 13

a. Le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3; ATF 126 V 353 consid. 5b; ATF 125 V 193 consid. 2 et les références). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 319 consid. 5a). b. Selon la jurisprudence (DTA 2001 p. 169), le juge cantonal qui estime que les faits ne sont pas suffisamment élucidés a en principe le choix entre deux solutions : soit renvoyer la cause à l'administration pour complément d'instruction, soit procéder lui-même à une telle instruction complémentaire. Un renvoi à l'administration, lorsqu'il a pour but d'établir l'état de fait, ne viole ni le principe de simplicité et de rapidité de la procédure, ni la maxime inquisitoire. Il en va cependant autrement quand un renvoi constitue en soi un déni de justice (par exemple, lorsque, en raison des circonstances, seule une expertise judiciaire ou une autre mesure probatoire judiciaire serait propre à établir l'état de fait), ou si un renvoi apparaît disproportionné dans le cas particulier (RAMA 1993 n° U 170 p. 136). À l'inverse, le renvoi à l'administration apparaît en général justifié si celle-ci a constaté les faits de façon sommaire, dans l'idée que le tribunal les éclaircirait comme il convient en cas de recours (voir RAMA 1986 n° K 665 p. 87).

E. 14

En l'espèce, si l'on excepte les violations des dispositions de coordination du règlement n° 883/2004 qui ont conduit l'intimée à ne pas du tout examiner les éléments exonérés de cotisations sociales figurant sur les fiches de salaire produites par la recourante, la décision entreprise ne prête pas le flanc à la critique en tant qu'elle convertit le revenu de la recourante soumis aux cotisations sociales hongroises selon les prescriptions de l'art. 90 du règlement n° 987/2009 et de la décision H3 du 15 octobre 2009 de la Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale (cf. IC 883, ch. F1), et qu'elle inclut ainsi un montant de CHF 4'513.10 dans le gain assuré mensuel. Cependant, l'intimée ne pouvait se dispenser ni d'examiner le ch. 2.2 de l'avenant au contrat de

A/2102/2019 - 18/19 - travail (« Salary and other remuneration during the Assignment »), ni de se faire remettre les « C_____ polices and Transfer Guide » auquel le ch. 2.2.1 dudit avenant renvoie. En effet, en l'état de l'instruction du dossier, il n'est pas possible de déterminer dans quelle mesure les éléments mentionnés dans les fiches de salaire, qui vont du « Child benefit » jusqu'à la « Utility Allowance » en passant notamment par la « Home Company Net Car Value » et le « Duplicate Housing Cost Support » constituent,

indépendamment de la dénomination employée, non seulement du salaire déterminant (par opposition notamment aux dédommagements pour frais), mais surtout du gain assuré. Aussi, il appartiendra à l'intimée de reprendre l'instruction du cas et de procéder aux éclaircissements nécessaires à la lumière des principes exposés ci-dessus (consid. 12), puis de rendre une nouvelle décision.

E. 15

Au bénéfice de ces explications, le recours sera partiellement admis, la décision sur opposition du 30 avril 2019 annulée et la cause renvoyée à l'intimée pour instruction complémentaire au sens des considérants et nouvelle décision.

E. 16

Obtenant gain de cause et étant représentée par un mandataire, la recourante a droit à une indemnité à titre de participation à ses frais et dépens, fixée en l'espèce à CHF 2'000.- [art. 61 let. g LPGA; art. 89 H de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA – E 5 10) et l'art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en matière administrative du 30 juillet 1986 (RFPA – E 5 10.03)]. Au surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

.

A/2102/2019 - 19/19 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES
SOCIALES : Statuant À la forme :

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