

## VD\_GERICHTE ZQ18.023597 vom 16. Juli 2019

VD Tribunal cantonal, 2019-07-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_ZQ18.023597](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_ZQ18.023597)

FR: VD\_GERICHTE ZQ18.023597 du 16 juillet 2019

IT: VD\_GERICHTE ZQ18.023597 del 16 luglio 2019

### Volltext

TRIBUNAL CANTONAL ACH 92/18 - 120/2019 ZQ18.023597 CO UR DE S  
ASSURANCES SOCIALES \_\_\_\_\_

Arrêt du 16 juillet 2019 \_\_\_\_\_ Composition : Mme BRÉLAZ  
BRAILLARD, présidente M. Neu et Mme Di Ferro Demierre, juges Greffière : Mme  
Chaboudez \*\*\*\*\* Cause pendante entre : S. \_\_\_\_\_, à [...], recourante, représentée par  
Me Patrick Mangold, avocat à Lausanne, et I. \_\_\_\_\_, à [...], intimée. \_\_\_\_\_  
Art. 25 LPGa ; 23 al. 1 LACI 403

- 2 - E n f a i t : A. S. \_\_\_\_\_ (ci-après : l'assurée ou la recourante) s'est inscrite au  
chômage le 1er décembre 2014 auprès de l'Office régional de placement de [...] (ci-après :  
l'ORP). Elle a mentionné dans son formulaire de demande d'indemnités de chômage  
qu'elle travaillait « par intermittence, sur appel » pour la F. \_\_\_\_\_ (ci-après :  
F. \_\_\_\_\_) et pour la société H. \_\_\_\_\_. Selon les attestations remplies par la  
F. \_\_\_\_\_ le 15 décembre 2014, l'assurée travaillait comme comédienne depuis le 18  
décembre 2012 et comme traductrice depuis le 1er janvier 2013 dans le cadre de contrats de  
mission. L'entreprise H. \_\_\_\_\_ a indiqué avoir employé l'assurée sur appel depuis  
novembre 2014 comme traductrice. Par la lettre du 6 janvier 2015, I. \_\_\_\_\_ (ci-après :  
I. \_\_\_\_\_, la Caisse ou l'intimée) a informé l'assurée qu'elle avait droit à des indemnités  
de chômage dès le 1er décembre 2014 sur la base d'un gain assuré de 6'225 francs. Il ressort  
de la fiche d'examen datée du même jour que l'assurée avait travaillé dans le cadre d'un  
contrat de durée déterminée et que son gain assuré a été calculé sur la base de la moyenne  
des six derniers mois. De décembre 2014 à novembre 2016, l'assurée a réalisé les gains  
intermédiaires suivants auprès de la F. \_\_\_\_\_ : - en décembre 2014 : 0 fr. - en janvier  
2015 : 0 fr. - en février 2015 : 2'725 fr. - en mars 2015 : 2'750 fr. - en avril 2015 : 3'825 fr. -  
en mai 2015 : 0 fr. - en juin 2015 : 6'675 fr. - en juillet 2015 : 1'100 fr. - en août 2015 : 2'750  
fr. - en septembre 2015 : 0 fr. - en octobre 2015 : 400 fr.

- 3 - - en novembre 2015 : 2'750 fr. - en décembre 2015 : 0 fr. - en janvier 2016 : 2'750 fr. -  
en février 2016 : 7'150 fr. - en mars 2016 : 2'750 fr. - en avril 2016 : 2'750 fr. - en mai 2016  
: 8'800 fr. - en juin 2016 : 6'600 fr. - en juillet 2016 : 0 fr. - en août 2016 : 0 fr. - en  
septembre 2016 : 2'200 fr. - en octobre 2016 : 7'837 fr. - en novembre 2016 : 6'600 fr.

L'assurée a également perçu les revenus suivants : - en mai 2015 : 550 fr. dans le cadre d'un  
contrat de durée déterminée auprès de la N. \_\_\_\_\_, - en août 2015 : 1'100 fr. pour une  
traduction effectuée pour la T. \_\_\_\_\_, - en août 2016 : 3'400 fr. dans le cadre d'un  
contrat de durée déterminée avec la Fondation C. \_\_\_\_\_, - en novembre 2016 : 500 fr.  
dans le cadre d'un contrat avec la N. \_\_\_\_\_. Le 28 novembre 2016, l'assurée a adressé à  
I. \_\_\_\_\_ un nouveau formulaire de demande d'indemnités de chômage pour la période à  
compter du 1er décembre 2016. Sous la rubrique « motif de la résiliation », elle a indiqué «  
Salariée sur appel, intermittente ». Par courrier du 6 décembre 2016, I. \_\_\_\_\_ a informé

l'assurée qu'elle avait droit à l'indemnité de chômage dès le 1er décembre 2016, sur la base d'un gain assuré de 12'350 francs. Il ressort de la fiche d'examen du même jour et du tableau de calcul que ce gain assuré a été fixé sur la base de la moyenne des six derniers mois de cotisation, compte tenu des jours travaillés.

- 4 - L'assurée a été indemnisée sur la base d'un gain assuré de 12'350 fr. de décembre 2016 à juillet 2017. Dès le mois d'août 2017, les décomptes d'indemnités d'I. \_\_\_\_\_ se basaient sur un gain assuré de 6'341 francs. Dans le cadre d'un contrôle, le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) a relevé que l'assurée exerçait principalement une activité de traductrice sur appel pour la F. \_\_\_\_\_ qui l'occupait presque toute l'année. Il a constaté qu'I. \_\_\_\_\_ avait calculé le gain assuré de l'assurée en prenant en considération les revenus qu'elle avait perçus de février 2015 à novembre 2016 et en les divisant par les jours travaillés, à savoir un total de 6,018 mois, au lieu de s'en tenir à une période de cotisation continue. Le SECO a déterminé que le gain assuré le plus favorable à l'assurée était celui calculé sur les six derniers mois, à savoir 6'341 francs. Pour la période de cotisation, il a estimé qu'il n'y avait pas lieu de considérer l'emploi exercé par l'assurée comme un engagement à durée limitée. Il en résultait que les indemnités de chômage auxquelles l'assurée avait droit pour la période de décembre 2016 à juillet 2017 étaient inférieures de 30'200 fr. 40 (montant brut) par rapport à celles calculées et versées par I. \_\_\_\_\_. Par décision du 6 février 2018, I. \_\_\_\_\_ a demandé à l'assurée la restitution de la somme de 27'188 fr. 15, correspondant aux indemnités (montant net) qui lui avaient été versées en trop de décembre 2016 à juillet 2017. La caisse de chômage a considéré que l'assurée avait effectué des missions de manière irrégulière dans le cadre d'un seul et même contrat de travail et non dans le cadre d'engagements à durée limitée, de sorte que son gain assuré était de 6'341 fr. et sa période de cotisation de 16,14 mois. L'assurée s'est opposée à cette décision en date du 26 février 2018, invoquant que ses activités de comédienne-traductrice à la F. \_\_\_\_\_ se fondaient sur une série de contrats de durée déterminée, c'est-à-dire des contrats de mission, et que les changements de place ou

- 5 - les engagements de durée limitée étaient usuels dans son domaine. Elle s'est en outre prévaluée de sa bonne foi. Elle a produit une attestation rédigée le 20 février 2018 par la F. \_\_\_\_\_ en ces termes : « A la demande de Mme S. \_\_\_\_\_, nous produisons cette attestation dans le cadre de son opposition à la décision de la caisse I. \_\_\_\_\_ qui considère que le contrat qui nous lierait serait un contrat sur appel. La mention « travail sur appel » ne correspond pas à ce type de mission : un contrat sur appel est un contrat où le salarié promet d'être disponible si l'employeur le lui demande. Ce type de contrat empêche le salarié d'accepter d'autres missions puisqu'il a convenu d'être à la disposition de son employeur. La F. \_\_\_\_\_ ne pratique pas ce type de contrat. Les salariés avec qui nous collaborons comme Mme S. \_\_\_\_\_ ont périodiquement d'autres engagements et sont libres à tout moment d'honorer un autre engagement. Pour notre part nous sommes libres de proposer ou pas de nouveaux contrats à Mme S. \_\_\_\_\_ et ne sommes en aucune façon liés avec Mme S. \_\_\_\_\_ entre deux contrats. Nous n'avons aucun engagement par rapport à Mme S. \_\_\_\_\_ en dehors des périodes où elle est sous contrat de mission avec nous. Chaque engagement comme comédienne-traductrice de Mme S. \_\_\_\_\_ pour la F. \_\_\_\_\_ est donc à considérer comme une mission individuelle. Nous n'établissons pas de contrat écrit pour chaque mission, et ce pour ne pas surcharger de travail le secteur administratif. » Le SECO a pris position sur l'opposition de l'assurée en date du 29 mars 2018. Il a considéré que l'activité exercée par l'assurée auprès de la F. \_\_\_\_\_ était du

travail sur appel improprement dit, dans lequel le salarié n'avait aucune obligation d'engagement et l'employeur aucune obligation d'occupation. Vu que les relations contractuelles en tant que traductrice duraient depuis des années, elles ne correspondaient pas à une durée limitée, mais s'entretenaient de fait sur une durée indéterminée. Confirmant le gain assuré retenu, le SECO a relevé que la caisse aurait dû également tenir compte, pour la période de cotisation, des périodes de travail autres que celles comme traductrice ou comédienne-traductrice. Dans un courrier du 2 mai 2018, l'assurée a insisté sur le fait qu'aucun contrat de travail durable n'avait jamais été établi avec la

- 6 - F. \_\_\_\_\_, mais qu'elle était engagée à chaque fois par des contrats de durée déterminée, passés oralement et discutés de cas en cas avec de très nombreux responsables d'émissions à la F. \_\_\_\_\_. Elle a précisé avoir toujours mentionné la dimension intermittente de ses engagements, à savoir « sans contrat de travail ni lettre de résiliation ». Elle a invoqué que la décision initiale n'était dans tous les cas pas manifestement erronée et ne permettait donc pas à la Caisse de demander une restitution des prestations supposées indues. Elle a finalement fait valoir sa bonne foi et ne pas disposer du montant qui lui était réclamé. Par décision sur opposition du 3 mai 2018, I. \_\_\_\_\_ a rejeté l'opposition formée par l'assurée, confirmé sa décision de restitution et annoncé que le courrier du 26 février 2018 (sic) serait, dès l'entrée en force de la décision sur opposition, transmis en tant que demande de remise à l'autorité cantonale pour décision. La Caisse a précisé, après s'être référée à l'art. 8 OACI (ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance- chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02) que les périodes de travail en tant que comédienne exercées auprès de la F. \_\_\_\_\_, de la N. \_\_\_\_\_ et d'un festival devaient être doublées, alors que l'activité déployée en tant que traductrice devait être considérée comme du travail sur appel improprement dit. La période de cotisation se montait dès lors à 16,606 mois et le gain assuré, calculé sur la moyenne des six derniers mois, s'élevait à 6'341 fr., ce montant étant plus avantageux que le revenu moyen des douze derniers mois. B. Par acte de son mandataire du 1er juin 2018, S. \_\_\_\_\_ a recouru contre cette décision sur opposition auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant à sa modification en ce sens que la décision de restitution du 6 février 2018 est annulée. Renonçant à contester en tant que telle la qualification juridique des contrats conclus avec la F. \_\_\_\_\_ comme traductrice, elle a fait valoir que cette qualification était tout sauf claire au regard de la jurisprudence et de la doctrine en droit du travail. Elle a dès lors invoqué qu'on ne pouvait considérer l'interprétation initiale faite par la Caisse comme erronée ou manifestement erronée, puisqu'il s'agissait d'une problématique complexe

- 7 - non seulement en droit, mais également quant à l'appréciation des circonstances de fait. Elle a soutenu que le SECO avait voulu la révision de la décision initiale de la caisse de chômage I. \_\_\_\_\_ en raison d'une appréciation différente de sa situation et aucunement parce que la Caisse aurait commis une erreur. I. \_\_\_\_\_ a proposé le rejet du recours dans sa réponse du 19 juin 2018. La recourante n'a pas fait valoir d'éléments nouveaux, dans son courrier du 18 juillet 2018. E n d r o i t : 1. a) La LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) est, sauf dérogation expresse, applicable en matière d'assurance-chômage (art. 1 al. 1 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0]). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte peuvent faire l'objet d'un recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 56 al. 1 LPGA, 100 al. 3 LACI, 128 al. 1 et 119 al. 1 OACI), dans les trente jours suivant leur

notification (art. 60 al. 1 LPGA). b) En l'occurrence, déposé en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable. 2. Le présent litige porte sur la question de savoir si l'intimée est fondée à demander à la recourante la restitution d'un montant de 27'188 fr. 15, correspondant aux indemnités de chômage qui lui ont été versées

- 8 - en trop, calculées sur la base d'un gain assuré de 12'350 fr. au lieu de 6'341 francs. 3. a) Selon l'art. 95 al. 1 LACI, la demande de restitution est régie par l'art. 25 LPGA, à l'exception des cas relevant des art. 55 et 59cbis al. 4 LACI, lesquels ne sont toutefois pas applicables en l'espèce. Aux termes de l'art. 25 al. 1 première phrase LPGA, les prestations indûment touchées doivent être restituées. Les prestations allouées sur la base d'une décision formellement passée en force et sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée sous l'angle matériel ne peuvent toutefois être répétées que lorsque les conditions d'une reconsidération (art. 53 al. 2 LPGA) ou d'une révision procédurale (art. 53 al. 1 LPGA) sont remplies (ATF 142 V 259 consid. 3.2). Les décisions et les décisions sur opposition formellement passées en force sont soumises à révision si l'assuré ou l'assureur découvre subséquemment des faits nouveaux importants ou trouve des nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient être produits auparavant (révision procédurale ; art. 53 al. 1 LPGA). L'assureur peut également revenir sur de telles décisions, indépendamment des conditions mentionnées ci-avant, lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable (reconsidération ; art. 53 al. 2 LPGA). Les mêmes conditions s'appliquent pour le réexamen d'une décision rendue en procédure simplifiée (art. 51 LPGA) qui n'a pas été contestée dans un délai raisonnable (ATF 134 V 145 consid. 5.3.1; 132 V 412 consid. 5; 129 V 110). Pour juger s'il est admissible de reconsidérer une décision, au motif qu'elle est sans nul doute erronée, il faut se fonder sur la situation juridique existant au moment où cette décision a été rendue, compte tenu de la pratique en vigueur à l'époque (ATF 140 V 77 consid. 3.1; 138 V 147; 119 V 475 consid. 5b/cc). Pour des motifs de sécurité juridique, l'irrégularité doit être manifeste, de manière à éviter que la reconsidération devienne un

- 9 - instrument autorisant sans autre limitation un nouvel examen des conditions à la base des prestations de longue durée. En particulier, les organes d'application ne sauraient procéder en tout temps à une nouvelle appréciation de la situation après un examen plus approfondi des faits. Ainsi, une inexactitude manifeste ne saurait être admise lorsque l'octroi de la prestation dépend de conditions matérielles dont l'examen suppose un pouvoir d'appréciation, quant à certains de leurs aspects ou de leurs éléments, et que la décision initiale paraît admissible compte tenu de la situation antérieure de fait et de droit. Autrement dit, pour pouvoir qualifier une décision de manifestement erronée, il ne suffit pas que l'assureur social ou le juge, en réexaminant l'un ou l'autre aspect du droit à la prestation d'assurance, procède simplement à une appréciation différente de celle qui avait été effectuée à l'époque et qui était, en soi, soutenable ; le caractère inexact de l'appréciation doit bien plutôt résulter de l'ignorance ou de l'absence – à l'époque – de preuves de fait essentiels. S'il subsiste des doutes raisonnables sur le caractère erroné de la décision initiale, les conditions de la reconsidération ne sont pas remplies (cf. TF 9C\_308/2018 du 17 août 2018 consid. 2.2 et les références citées). b) Aux termes de l'art. 23 al. 1 première phrase 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. Le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (art. 37 al. 1 OACI). 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'art. 37 al. 1 OACI (art. 37 al. 2 OACI). 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

- 10 - jour, l'assuré doit avoir cotisé douze mois au moins pendant le délai-cadre applicable à la période de cotisation (art. 37 al. 3 OACI). c) Selon l'art. 11 OACI, compte comme mois de cotisation, chaque mois civil, entier, durant lequel l'assuré est tenu de cotiser (al. 1). Les périodes de cotisation qui n'atteignent pas un mois civil entier sont additionnées ; 30 jours sont réputés constituer un mois de cotisation (al. 2). Les périodes assimilées à des périodes de cotisation (art. 13 al. 2 LACI) et celles pour lesquelles l'assuré a touché une indemnité de vacances comptent de même (al. 3). La période de cotisation des personnes occupées à temps partiel est calculée d'après les règles applicables aux travailleurs occupés à plein temps ; lorsque l'assuré exerce simultanément plusieurs activités à temps partiel, la période de cotisation ne compte qu'une seule fois (al. 4). Le Tribunal fédéral a précisé que c'est la durée formelle de la relation de travail qui est déterminante pour fixer les mois de cotisation. Dans le cas de missions temporellement distinctes les unes des autres auprès du même employeur, ce qui est décisif pour la détermination du nombre de mois de cotisation, c'est si la prestation de travail a été réalisée dans le cadre d'un seul et même contrat de travail (à temps partiel) ou de missions uniques avec chaque fois un nouveau contrat de travail (TF 8C\_ 127/2017 du 13 juin 2017 consid. 2.2 et références citées). aa) Dans les cas où l'assuré effectue des missions irrégulières dans le cadre d'un seul et même contrat de travail (par ex. pour le travail sur appel), il convient de considérer tous les mois comportant une période de travail comme un mois entier de cotisation. Ceci vaut également pour les mois durant lesquels l'assuré n'a travaillé que quelques jours, voire seulement un jour, et qu'il n'a pas travaillé au cours du mois précédent ou suivant. Les mois durant lesquels l'assuré n'a pas du tout travaillé ne sont pas considérés comme période de cotisation (TF 8C\_ 127/2017 précité ; ch. B150a Bulletin LACI-IC du SECO).

- 11 - Le calcul de la période de cotisation court à partir du début des rapports de travail jusqu'à la fin de ceux-ci uniquement lorsque le travail a débuté, respectivement s'est terminé, en cours de mois conformément à l'art. 11 al. 2 OACI (calcul au prorata ; ch. B150a Bulletin LACI). bb) A l'inverse, lorsque des missions sont effectuées auprès du même employeur mais toujours dans le cadre de contrats de travail distincts les uns des autres (par ex. contrats de mission pour du travail temporaire), elles doivent être considérées comme des contrats de travail indépendants. Le calcul de la période de cotisation se base, dans ce cas, sur un découpage au prorata des mois civils sur lesquels porte la mission, du début à la fin de celle-ci. Dans les professions où les changements fréquents d'employeur ou les contrats de durée limitée sont usuels (art. 8 OACI), la période de cotisation déterminée selon l'art. 13 al. 1 LACI est multipliée par deux pour les 60 premiers jours du contrat de durée déterminée (art. 12a OACI ; ch. B153 Bulletin LACI). Cette réglementation concerne notamment les musiciens, les acteurs, les artistes, les

collaborateurs artistiques de la télévision, de la radio ou de cinéma, les techniciens du film et les journalistes (art. 8 OACI). Le doublement de la période de cotisation n'a toutefois aucune incidence sur le mode de calcul du gain assuré fixé à l'art. 37 al. 1 à 3 OACI : le gain assuré est divisé par la période de cotisation effective (ch. B156 Bulletin LACI). Si les conditions relatives à la période minimale de cotisation de douze mois sont remplies parce que les périodes de cotisation ont été multipliées par deux en vertu de l'art. 12a OACI, le gain assuré sera déterminé sur la base de la période de référence la plus avantageuse pour la personne assurée, soit six mois, soit la période de cotisation intégrale effectivement accomplie (ch. C16a Bulletin LACI). 4. a) En l'occurrence, la recourante a sollicité l'ouverture d'un nouveau délai-cadre d'indemnisation à partir du 1er décembre 2016.

- 12 - Pour établir le gain assuré, la Caisse a estimé que les emplois exercés par la recourante pour la F. \_\_\_\_\_ avaient à chaque fois été réalisés dans la cadre d'un nouveau contrat de travail de durée déterminée. Elle a dès lors calculé la période de cotisation en additionnant les jours travaillés au cours du délai-cadre de cotisation, après les avoir convertis en jours civils (ch. B150 Bulletin LACI), ce qui donnait un total de 6,018 mois. Dans la mesure où la recourante exerce des professions visées à l'art. 8 OACI et que tous les emplois réalisés l'ont été dans le cadre de contrats de durée déterminée inférieures à 60 jours, la Caisse a doublé la période de cotisation accomplie, ce qui a permis d'atteindre les douze mois de cotisation nécessaires à l'ouverture d'un délai-cadre d'indemnisation (art. 13 al. 1 LACI). Pour calculer le gain assuré, I. \_\_\_\_\_ a divisé le montant total des revenus réalisés pendant cette période par 6,018, ce qui donnait un gain assuré supérieur au plafond prévu par la loi, fixé à 12'350 francs (art. 23 al. 1 LACI en lien avec l'art. 22 al. 1 OLAA [ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents ; RS 832.202]). Dans le cadre du contrôle qu'il a effectué, le SECO a estimé qu'il fallait, au contraire, considérer que l'activité de la recourante pour la F. \_\_\_\_\_ avait été réalisée dans le cadre d'une seule et même relation de travail. Cela étant, chaque mois où elle avait travaillé au moins un jour pour cet employeur constituait un mois entier de cotisation. S'y ajoutaient les jours travaillés pour la N. \_\_\_\_\_ et la Fondation C. \_\_\_\_\_ durant des mois où aucune prestation de travail n'avait été effectuée pour la F. \_\_\_\_\_, à savoir mai 2015 et août 2016. Le SECO a ainsi déterminé que la période de cotisation de la recourante s'élevait au total à 16,14 mois et son gain assuré, calculé sur la base des six derniers mois de cotisation, à 6'341 francs. I. \_\_\_\_\_ a par la suite, dans la décision sur opposition, estimé qu'il fallait distinguer l'engagement de la recourante auprès de la F. \_\_\_\_\_ selon qu'il s'agisse d'une activité de comédienne ou de traductrice, ce qui avait pour conséquence de faire monter la période de cotisation à 16,606 mois, mais restait sans influence sur le gain assuré de 6'314 francs.

- 13 - b) Dans son recours, la recourante ne conteste pas le gain assuré déterminé par le SECO. Elle estime cependant que le SECO a seulement procédé à une appréciation différente de celle de la Caisse et que, compte tenu de la complexité à qualifier des rapports de travail, on ne saurait admettre que l'interprétation faite par la Caisse était erronée ou manifestement erronée au sens de l'art. 53 al. 2 LPGA. Il s'agit dès lors de déterminer si le fait pour la Caisse d'avoir initialement retenu un gain assuré de 12'350 fr. calculé sur la base des jours travaillés par la recourante, à savoir en considérant chaque mission de manière distincte, est manifestement erroné au sens de l'art. 53 al. 2 LPGA. En l'occurrence, le calcul du gain assuré est en effet différent selon qu'on considère l'occupation de la recourante pour la F. \_\_\_\_\_ comme une relation de travail de longue durée ou comme un

enchaînement de missions distinctes. Les autres emplois, qui n'ont été exercés que ponctuellement, constituent à l'évidence des contrats de durée déterminées distincts. Le dossier transmis par la Caisse ne contient aucun contrat de travail au sujet de l'activité déployée pour la F. \_\_\_\_\_. Dans son formulaire de demande d'indemnités du 5 décembre 2014, la recourante expose qu'elle travaille par intermittence, sur appel, sans contrat de travail ni lettre de licenciement, dans le cadre d'emplois de durée déterminée. Dans les attestations d'employeur établies par la F. \_\_\_\_\_ le 15 décembre 2014 tant pour l'activité de comédienne que celle de traductrice, il est indiqué sous motif de la résiliation : « Pas de résiliation, contrat de mission ». Il ressort des fiches de salaires produites que la rémunération de la recourante se fait sous forme de forfait, ce que confirment les attestations de gain intermédiaire ainsi que les décomptes de salaires de février 2015 à novembre 2016. Dans le formulaire de demande d'indemnités du 28 novembre 2016, la recourante a indiqué qu'elle était « salariée sur appel, intermittente ». Dans l'attestation rédigée le 20 février 2018, la F. \_\_\_\_\_ a précisé que les rapports de travail avec la recourante n'étaient pas un contrat de travail sur appel et qu'au contraire, chaque engagement comme comédienne-traductrice

- 14 - devait être considéré comme une mission individuelle. Dans son opposition du 26 février 2018 et sa prise de position du 2 mai 2018, la recourante a expliqué qu'elle travaillait pour la F. \_\_\_\_\_ dans le cadre de contrats de durée déterminée, qui portaient chaque fois sur une mission particulière dont la nature variait, et qui étaient conclus avec des personnes différentes. Chaque contrat faisait l'objet d'une négociation portant à la fois sur le forfait et le temps nécessaire à la réalisation de la mission. Il faut constater, en lien avec la demande d'indemnités du 5 décembre 2014, que la Caisse avait alors calculé la période de cotisation et le gain assuré de la recourante en partant du principe que les missions effectuées pour la F. \_\_\_\_\_ s'inscrivaient dans le cadre d'un travail de longue durée, jusqu'en juillet 2014 (cf. tableau de calcul annexé à la fiche d'examen du 6 janvier 2015). La Caisse a par la suite calculé différemment la période de cotisation et le gain assuré relatifs à la demande d'indemnités du 28 novembre 2016, considérant tout à coup que les missions effectuées par la recourante pour la F. \_\_\_\_\_ étaient des contrats de durée déterminée distincts. La Caisse a ainsi procédé sans explication à une autre analyse de la situation, pourtant demeurée la même. Cela étant, au vu des éléments précités, il faut constater qu'on se trouve plutôt dans une situation comportant des contrats distincts auprès du même employeur puisque la recourante travaille pour la F. \_\_\_\_\_ dans le cadre de missions pour lesquelles elle touche une rémunération forfaitaire, qui est à chaque fois discutée. C'est également à cette conclusion qu'on parvient à la lecture de l'attestation de la F. \_\_\_\_\_ du 20 février 2018, dans laquelle elle précise que chaque engagement de la recourante comme comédienne-traductrice est à considérer comme une mission individuelle. Cependant, le fait de conclure que la recourante a travaillé dans le cadre de contrats de durée déterminée distincts ne suffit pas, en l'occurrence, à considérer la décision initiale de la Caisse comme

- 15 - admissible, respectivement à conclure que le gain assuré fixé à 12'350 fr. n'était pas manifestement erroné. Dans un cas similaire, à savoir en présence de relations de travail caractérisées par des missions sporadiques de courte durée et des lacunes d'occupation, le Tribunal fédéral a en effet jugé que lorsque le calcul du gain assuré aboutit à une rémunération que l'assuré n'a jamais atteinte ni même approchée pendant le délai-cadre de cotisation, le gain assuré en question ne peut être considéré comme une compensation

convenable du manque à gagner causé par le chômage (art. 1a al. 1 LACI), respectivement une compensation appropriée de la perte du revenu, comme cela devrait être le but de l'assurance-chômage (art. 114 al. 2 let. a Cst. [Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101], auparavant art. 34novies al. 3 Constitution du 29 mai 1874). Le Tribunal fédéral a dès lors retenu que, dans la mesure où on aboutissait à un résultat non conforme à la Constitution, l'on devait admettre l'existence d'une lacune improprement dite, que le juge était appelé à combler. Il a dès lors estimé qu'il y avait lieu d'appliquer le système prévu par l'art. 37 al. 3bis OACI (dans sa version en vigueur du 1er janvier 1992 au 31 mars 2011), c'est-à-dire calculer le gain assuré sur la base de la rémunération moyenne obtenue par l'assuré durant les douze derniers mois civils, sans tenir compte des mois au cours desquels l'assuré n'a pas exercé d'activité (ATF 121 V 165). Dans un arrêt ultérieur, le Tribunal fédéral a mentionné que la période de référence pour le calcul du gain assuré fixée dans cette disposition visait tout spécialement les personnes mentionnées à l'art. 8 al. 1 OACI, soit celles qui exercent des professions avec des changements de place fréquents ou des engagements de durée limitée. La Haute Cour a également précisé que le fait de prendre en compte pour le calcul du gain assuré de ces personnes le mois entier, même si l'assuré n'a travaillé que quelques jours, ne violait ni le principe de l'égalité ni celui de la légalité (TF C 168/04 du 27 septembre 2005 consid. 4, in DTA 2006 p. 65). Compte tenu de cette jurisprudence, il faut considérer que la décision de la Caisse n'était pas admissible en tant qu'elle fixait le gain

- 16 - assuré de la recourante à 12'350 francs. Celle-ci n'a en effet jamais perçu une telle rémunération, ni n'a touché des montants avoisinant cette somme durant son délai-cadre de cotisation, ayant tout au plus atteint un salaire de 8'800 fr. en mai 2016. Le gain assuré retenu initialement par la Caisse est ainsi contraire au but même de l'assurance-chômage et doit par conséquent être qualifié de manifestement erroné. c) Dans son recours, la recourante admet le gain assuré tel que déterminé par le SECO, de sorte qu'il n'y a pas lieu de remettre en question le montant de 6'341 fr. retenu, ni a fortiori la manière dont le SECO l'a calculé. C'est donc de manière manifestement erronée que la Caisse avait retenu initialement un gain assuré de 12'350 fr. au lieu de 6'341 francs. La recourante ayant été indemnisé sur la base d'un gain assuré trop élevé, la Caisse est légitimée à lui demander la restitution des prestations versées en trop. Cette demande est intervenue en temps opportun (art. 25 al. 2 LPGA) et le montant à restituer, contre lequel aucun grief n'a été formulé, n'apparaît pas critiquable. 5. a) En définitive, le recours doit être rejeté et la décision litigieuse confirmée. b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer de dépens, dès lors que la recourante n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA). Par ces motifs,

- 17 - la Cour des assurances sociales p r o n o n c e : I. Le recours est rejeté. II. La décision sur opposition rendue le 3 mai 2018 par I. \_\_\_\_\_ est confirmée. III. Il n'est pas perçu de frais de procédure, ni alloué de dépens. La présidente : La greffière : Du L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à : - Me Patrick Mangold (pour la recourante), - I. \_\_\_\_\_, - Secrétariat d'Etat à l'économie, par l'envoi de photocopies. Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF). La greffière :

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