

VD_OMNI PS.2003.0082 vom 27. August 2003

VD Tribunal cantonal, 2003-08-27, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PS.2003.0082

FR: VD_OMNI PS.2003.0082 du 27 août 2003

IT: VD_OMNI PS.2003.0082 del 27 agosto 2003

Regeste

c/Service de l'emploi | L'art. 37 al. 3 bis OACI est applicable pour le calcul du gain assuré d'une comédienne professionnelle ayant travaillé dans le cadre d'une succession irrégulière de contrats de durée déterminée.

Erwägungen

E. 4

de cette disposition prévoit que lorsque le calcul du gain assuré est basé sur un gain intermédiaire que l'assuré a obtenu durant le délai-cadre applicable à la période de cotisation - soit les deux années ayant précédé le jour où sont réunies toutes les conditions dont dépend le droit à l'indemnité (art. 9 al. 3 LACI) - les indemnités compensatoires perçues durant cette période sont également prises en considération dans le calcul du gain assuré. Le législateur ayant explicitement délégué la compétence de déterminer la période de référence à prendre en considération pour le calcul du gain assuré au Conseil fédéral, celui-ci adopta l'art. 37 OACI. b) L'art. 37 al. 1er OACI dispose qu'en règle générale le calcul du gain assuré est fondé sur le dernier mois de cotisation - savoir une période de trente jours de cotisation, les périodes de cotisation n'atteignant pas un mois civil entier étant additionnées (art. 11 al. 2 OACI) - avant le début du délai-cadre d'indemnisation. Toutefois, en présence d'un écart de 10% au moins - en faveur ou en défaveur de l'assuré - entre le salaire du dernier mois de cotisation et le salaire moyen des six derniers mois de cotisation, c'est ce dernier qui sert de base au calcul du gain assuré (art. 37 al. 2 OACI), à moins que le calcul effectué sur la base des alinéas précités se révèle défavorable à l'assuré, auquel cas la caisse peut se fonder sur une période de référence plus longue, mais au plus sur les douze derniers mois de cotisation (art. 37 al. 3 LACI). A ces règles générales, se sont ajoutées les deux règles spéciales des al. 3bis et 3ter, pour tenir compte de situations particulières. c) L'art. 37 al. 3bis OACI prévoit ainsi que lorsque la rémunération subit des variations, soit en raison de l'horaire de travail usuel dans la branche (telle celle des paysagistes ou des métiers du bâtiment, compte tenu du caractère saisonnier de ces activités), soit en raison du genre de contrat de travail (par exemple en cas de travail sur appel ou à domicile), le gain assuré est calculé sur les douze derniers mois, mais au plus sur la moyenne de l'horaire de travail convenu contractuellement (Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Band III, ad art. 23 LACI, p. 1206 ss, en particulier p. 1208, ch. 9 et 10). Sont à prendre en considération les douze derniers mois civils, à l'exclusion des mois durant lesquels l'assuré n'a pas du tout travaillé: en d'autres termes, le salaire moyen se calcule en divisant la somme des gains réalisés par le nombre de mois durant lesquels l'assuré a travaillé, à l'exclusion seulement de ceux durant lesquels il n'a eu aucune activité (ATF 121 V 165, consid. 4e). Le Tribunal fédéral a également précisé que cette disposition particulière visait tout spécialement les professions mentionnées à l'art. 8

al. 1 OACI, soit les personnes connaissant des changements de place fréquents ou des engagements de durée limitée, tels les journalistes, les musiciens, les techniciens du film et les artistes (ATF 121 V 173, consid. 4b in fine), dans la mesure toutefois où la particularité du contrat qu'elles ont passé s'avère être effectivement, dans le cas d'espèce, à l'origine des variations de salaire visées par l'art. 37 al. 2bis (ATF 127 V 348, consid. 3, traitant le cas d'une journaliste n'ayant pas connu de telles variations et pour laquelle l'application de cette disposition fut en conséquence exclue; voir également ATF non publiés C 271/99 du 22 mai 2000, C 436/99 du 22 septembre 2000 et C 114/99 du 27 juillet 2001). Les circulaires de l'Ofiamt puis du Seco relatives à l'indemnité de chômage se réfèrent aux règles qui précèdent et précisent la manière de les appliquer (Bulletin MT/AC 99/2 fiches 9; circulaire IC janvier 2003, C 20 ss). d) Quant à l'art. 37 al. 3ter OACI, il concerne l'hypothèse d'un assuré dont la période de cotisation, permettant de prétendre à nouveau au versement d'indemnités de chômage, a été accomplie exclusivement durant un délai-cadre d'indemnisation écoulé. En pareil cas, le gain assuré est calculé en règle générale sur les six derniers mois de cotisation (et non pas civils) de ce délai-cadre, la circulaire précitée retenant que l'on peut déroger à cette règle si le salaire moyen des douze derniers mois est supérieur de 10% au moins au salaire moyen des six derniers mois de cotisation (Circulaire IC, C 43). Si par contre l'assuré a exercé durant un mois au moins une activité soumise à cotisation entre l'expiration du précédent délai-cadre d'indemnisation et sa réinscription au chômage, il convient de s'en tenir aux règles de l'art. 37 al. 1er à 3bis OACI (Circulaire IC, c 49). 3. a) En l'espèce, versée au dossier, la grille de calcul du gain assuré réputé erroné révèle que la caisse a d'abord fait application des règles générales de l'art 37 alinéas 1 à 3 OACI: ayant effectué une moyenne des gains réalisés entre les 6 et les 12 derniers mois, elle semble toutefois avoir pris en compte la rémunération perçue par l'assurée durant les 24 mois précédant la seconde demande d'indemnités. Faisant siennes les conclusions du rapport de révision du Seco, l'autorité a reconnu son erreur, qu'elle a corrigée en appliquant l'art. 37 al. 3bis OACI. Contestant que cette disposition soit applicable aux intermittents du spectacle, la recourante fait en substance valoir trois arguments. Admettant que les conditions de travail des artistes consistent en une alternance de contrats de durée déterminée et de périodes de recherches d'emploi, elle soutient tout d'abord que la disposition ne vise que les activités saisonnières, ce qui ne saurait être le cas des intermittents du spectacle dans la mesure où ils ne connaissent pas de régularité dans la succession des rapports de travail, ceux-ci variant d'une personne à l'autre et d'une année à l'autre. Elle se prévaut ensuite de l'absence d'une base légale nécessaire permettant de retenir que les professions visées à l'art. 8 OACI sont également celles visées à l'art. 37 al. 3bis OACI, estimant que si le Tribunal fédéral et l'administration ont opté pour une telle assimilation, à tout le moins devaient-ils le faire selon des critères objectifs respectueux du principe de l'égalité de traitement, en l'occurrence violé par une assimilation des artistes aux saisonniers. Enfin, elle invoque le caractère injuste de l'application de la disposition litigieuse dès lors qu'elle s'avère plus ou moins favorable selon que les dates des engagements chevauchent ou non les mois civils, critère arbitraire dès lors qu'il est tributaire du hasard du calendrier et lui portant en l'occurrence préjudice. Elle en conclut que l'art. 37 al. 3 OACI, prévu pour éviter un traitement arbitraire dans des situations particulières, devait être appliqué à son cas. b) Explicite, la délégation de compétence au Conseil fédéral le chargeant d'arrêter la période de référence déterminante pour le calcul du gain assuré ne saurait donner lieu à discussion. Ceci étant, comme exposé ci-dessus, ce n'est que lorsque la rémunération subit d'importantes fluctuations en raison du genre de contrat

de travail en cause que l'art. 37 al. 3bis OACI trouve à s'appliquer. Les types de contrats retenus par la jurisprudence - ceux de saisonniers, ceux énoncés à l'art. 8 OACI (dont celui d'artiste), comme d'autres encore (tel le contrat de travail non écrit entre époux; ATFA C 436/99 du 29.9.2000) - ne sont à cet égard pas décisifs. Le Tribunal fédéral a en effet clairement indiqué que l'on ne pouvait se dispenser d'examiner, dans chaque cas d'espèce, si le travail en question a effectivement donné lieu à des variations de salaire, ce qui permet précisément d'éviter le traitement arbitraire que la recourante déduit à tort d'une assimilation automatique des artistes aux travailleurs saisonniers. Comme l'a démontré le Tribunal fédéral des assurances, l'application de l'art. 37 al. 3 OACI - que l'assurée appelle de ses vœux - à un travailleur intermittent conduirait à lui imputer un gain fictif trop élevé, et partant à lui octroyer une indemnisation contraire au but assigné à l'assurance-chômage par la Constitution fédérale (ATF 121 V 165, consid. 4 c-dd, invoqué par l'assurée à l'appui de son pourvoi). Contrairement à ce que soutient la recourante, ce n'est dès lors pas le calcul du gain opéré qui équivaut à un traitement arbitraire anticonstitutionnel, mais bien celui qu'elle préconise. En conclusion, le Tribunal de céans n'a pas à s'écarter de la jurisprudence de la Haute Cour précisant la portée de principe d'une disposition réglementaire - dont les directives édictées par l'administration rendent correctement compte -, mais bien à vérifier si les circonstances propres au cas de la recourante en justifiaient l'application. c) En l'espèce, que l'on se rapporte aux 12 ou aux 24 mois précédant la seconde demande d'indemnités, la rémunération de X._____ a connu des variations manifestement dues à une succession irrégulière des contrats de durée déterminée. Ainsi, pour l'année 2000, ses salaires ont été de 500.-, 950.-, 1'000.-, 2'850.- ou 3'800.- francs par mois. L'art. 37 al. 3ter n'entrant pas en ligne de compte dès lors que la période de cotisation ne recouvre pas exclusivement le premier délai-cadre d'indemnisation compte tenu du fait qu'elle a travaillé durant le mois de décembre 2000, c'est donc à juste titre que l'autorité intimée a retenu le cas d'application de l'alinéa 3bis. Le calcul correctif du gain assuré n'ayant pas été remis en cause en tant que tel par la recourante, l'on observe que les revenus cumulés sur les 12 mois civils déterminants ascendent à fr. 18'600.-, montant auquel s'ajoute celui de fr. 915.50 correspondant aux indemnités compensatoires à prendre en compte en vertu de l'art. 24 al. 4 LACI, applicable aussi bien dans le cas de l'art. 37 al. 3 bis que dans celui de l'al. 3 ter de cette disposition. Sur ce point, il y a lieu de préciser qu'en se référant, en page 5 de la décision litigieuse, à la méthode de calcul prévue par l'al. 3ter, le Service de l'emploi s'est borné à relever le fait que les indemnités compensatoires ne sont prises en compte qu'en proportion du rapport entre le nombre de jours de travail effectués et les jours de travail possibles dans la période de contrôle correspondante (Circulaire IC, C 45). Il n'y a donc pas eu cumul de deux modes de calcul, comme la recourante le plaidait dans le cadre du recours interjeté devant le Service de l'emploi. Le montant total à prendre en considération était donc bien de fr. 19'515.50, réalisé sur 6.88 mois, ce qui correspond au gain assuré mensuel de fr. 2'837.- retenu par l'autorité intimée. d) La recourante n'ayant à juste titre pas remis en cause le montant réclamé en restitution en tant qu'il représentait la différence entre les indemnités perçues et celles auxquelles elle avait droit, le montant de l'indu tel que retenu par l'autorité intimée doit être confirmé. 4. a) Dans le domaine des assurances sociales, la jurisprudence admet plusieurs exceptions au principe de la force matérielle de chose jugée des décisions entrées en force (ATF 119 V 475, cons. 1). En premier lieu, une décision peut être modifiée en raison d'un changement des circonstances (vrais nova); cette hypothèse est parfois désignée par l'expression nouvel examen (Anpassung). Par ailleurs, une décision peut également être revue aux conditions posées pour la révision (Revision) au sens

procédural du terme (notamment en cas de découverte de faits nouveaux - ou plus exactement de faits antérieurs à la décision attaquée, mais découverts postérieurement à celle-ci seulement : nova reperta). Enfin, selon un principe général du droit des assurances sociales, l'administration peut reconsidérer (Wiedererwägung) une décision formellement passée en force de chose jugée et sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée quant au fond, à condition qu'elle soit sans nul doute erronée et que sa rectification revête une importance notable (v. à cet égard ATF 126 V 23, cons. 4a; 122 V 21 consid. 3a, 173 consid. 4a, 271 consid. 2, 368 consid. 3, 121 V 4 consid. 6 et les arrêts cités; ATF 119 précité; ATF 119 V 183; 117 V 13 consid. 2a; 116 V 62 consid. 3a; 115 V 186 consid. 2c; Tribunal administratif, arrêt PS 2002/0106 du 6 décembre 2002 et l'abondante jurisprudence citée; v. également Ulrich Meyer-Blaser, Die Abänderung formell rechtskräftiger Verfügungen in der Sozialversicherung, ZBl 1994, pp. 337 ss; Ueli Kieser, Die Abänderung der formell rechtskräftigen Verfügung nach der Rechtsprechung des EVG, SZS 1991, p. 132; Peter Saladin, Wiederwägung und Widerruf formell rechtskräftiger Verfügungen, in Mélanges pour le 75e anniversaire du TFA, Berne 1992, p. 113). On ajoutera que la restitution de prestations d'assurances sociales indûment perçues n'est possible qu'en présence de l'une des trois exceptions précitées au principe de la force de chose jugée des décisions entrées en force (ATF 110 V 178 consid. 2a et, en matière d'assurance-chômage, 107 V 181 consid. 2a et 122 V 270), à savoir ici les décisions d'octroi de ces prestations. La reconsidération concerne les cas dans lesquels la décision est entachée d'inexactitude initiale (anfängliche Unrichtigkeit), par opposition aux cas dans lesquels l'inexactitude apparaît après coup (nachträgliche Unrichtigkeit), qui seuls ouvrent la voie d'un nouvel examen (v. U. Kieser, op. cit., p. 134; U. Meyer-Blaser, op. cit., pp. 348-352). b) En l'espèce, c'est à bon droit que l'autorité intimée a retenu que les deux conditions de la reconsidération étaient réalisées. D'une part, le premier calcul du gain assuré était entaché d'une erreur initiale manifeste dans la mesure où il n'a pas été établi en application de l'art. 37 al. 3bis OACI, contrairement à ce que prévoyait la jurisprudence fédérale, erreur qui eut des effets sur le droit à l'indemnité et sur le délai d'attente, comme l'a à juste titre relevé le Seco en page 4 de son rapport de contrôle. D'autre part, le montant indûment perçu est manifestement important. C'est donc à juste titre que l'autorité intimée a confirmé la reconsidération opérée par la caisse. 5. a) A teneur de l'art. 95 al. 4 LACI, le droit de réclamer la restitution de prestations auxquelles l'assuré n'avait pas droit se prescrit une année après que l'organe qui a payé a eu connaissance des faits, mais au plus tard 5 ans après le versement de la prestation. Selon la jurisprudence, ce délai d'une année est un délai de péremption qui commence à courir dès le moment où la caisse de chômage aurait dû connaître les faits fondant l'obligation de restituer, en faisant preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle (ATF 122 V 275). Cette jurisprudence s'inspire des principes et de la jurisprudence développés à propos de la réglementation analogue figurant à l'art. 47 al. 2 LAVS. Ainsi, de jurisprudence constante, lorsque la restitution est imputable à une faute de l'administration (par exemple une erreur de calcul d'une prestation), 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 second temps (par exemple à l'occasion d'un contrôle comptable), se rendre compte de son erreur en faisant preuve de l'attention requise (ATF 110 V 304). b) La recourante soutient que, dans la mesure où aucune disposition légale ou réglementaire n'impose d'appliquer l'art. 37 al. 3bis OACI aux cas des artistes, la caisse n'aurait commis aucune erreur au sens de la jurisprudence précitée, mais n'aurait procédé à la correction de son premier calcul que pour

se conformer à un changement de directive de l'administration concernée, circonstance excluant le report du point de départ du délai de péremption. Cette argument ne saurait être reçu. Les directives dont il est question et la jurisprudence sur laquelle elles se fondent sont antérieures au premier calcul et à l'indemnisation litigieux. N'ayant pas fait application de la réglementation en vigueur à l'époque des faits déterminants, la caisse a donc bien commis une erreur justifiant de considérer que le délai de péremption n'a commencé à courir que lors de sa découverte par le Seco, en mars 2002. La décision en restitution ayant été rendue trois mois plus tard, la créance qu'elle recouvre échappe dès lors au grief de la prescription.

6. De ce qui précède, il résulte que le recours, mal fondé, doit être rejeté. La décision entreprise sera confirmée en conséquence, sans qu'il y ait lieu de percevoir de frais (art. 103 al. 4 LACI), ni d'allouer de dépens à la recourante déboutée (art. 103 al. 6 et 55 LJPA).

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