RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3169/2005 **ATAS/390/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 4

du 19 avril 2006

En la cause

Monsieur J_____, domicilié Genève, représenté par CAP SA, avec élection de domicile en leurs bureaux	recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, rue de Montbrillant 40, case postale 2293, 1211 GENEVE 2	intimée

Siégeant : Juliana BALDE, Présidente; Maya CRAMER et Valérie MONTANI, Juges

EN FAIT

1. Monsieur J_____, comédien, s'est réinscrit auprès de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après OCE) le 29 septembre 2001 et un nouveau délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur du 29 septembre 2001 au 28 septembre 2003.

2. Son gain assuré a été fixé à 5'577 fr. et il a touché des indemnités de chômage dès le 10 décembre 2001, compte tenu d'une activité déployée du 1er octobre 2001 au 9 décembre 2001.

3. En août 2003, le Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après SECO) a procédé au contrôle du dossier de l'assuré et constaté des inexactitudes relatives notamment au gain assuré ainsi qu'à la retenue du délai d'attente.

4. Par décision du 7 janvier 2004, la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la caisse) a réclamé à l'assuré le remboursement de 5'288 fr. 60 représentant les indemnités de chômage touchées à tort du mois de décembre 2001 au mois de juin 2003. La caisse a expliqué que le gain assuré avait été recalculé dans le nouveau délai-cadre, dès le 10 décembre 2001, sur la base de tous les salaires réalisés de décembre 2000 à septembre 2001 (6 mois de cotisations) : il s'élevait à 5'163 fr. et l'indemnité journalière à 190 fr. 35. En outre, un délai d'attente d'un jour devait être opéré en décembre 2001, février, mai, octobre 2002 et juin 2003.

5. L'assuré, représenté par CAP compagnie d'Assurance de Protection Juridique SA (ci-après CAP), a formé opposition en date du 9 février 2004.

6. Par décision du 24 février 2004 notifiée directement à l'assuré, la caisse lui a réclamé le remboursement de 3'962 fr. 50 représentant les indemnités touchées à tort du 10 décembre 2001 au 30 juin 2003. L'assuré forma à nouveau opposition, par l'intermédiaire de la CAP, le 27 mai 2004.

7. La caisse a rendu une décision sur opposition en date du 20 décembre 2004, notifiée directement à l'assuré, déclarant l'opposition de la CAP irrecevable.

8. La CAP a interjeté recours en date du 31 janvier 2005 auprès du Tribunal de céans. Dans le cadre de cette procédure, l'intimée a accepté d'annuler ses décisions. Par arrêt du 12 avril 2005 (ATAS 303/2005), le Tribunal de céans a entériné l'accord intervenu et invité la caisse à rendre une nouvelle décision suite à l'opposition du recourant du 9 février 2004, et à la notifier directement au mandataire de celui-ci.

9. Par décision motivée du 8 juillet 2005, notifiée le 11 juillet, la caisse a partiellement admis l'opposition, en ce sens qu'elle a ramené le montant à restituer à 3'962 fr. 50. Le calcul du montant à restituer a été détaillé.

10. Par l'intermédiaire de la CAP, l'assuré a interjeté recours le 12 septembre 2005. S'il ne conteste pas l'application de la disposition légale, à savoir l'art. 37 al. 3 OACI, il fait valoir que le terme « mois » désigne des mois civils et non pas des mois de cotisations comme aux autres alinéas de cette disposition. Or, si l'on divise le gain assuré dans la période de référence par le nombre de mois entiers dans lesquels l'assuré a travaillé, alors qu'il n'a travaillé en réalité qu'un ou deux jours, cela conduit à des résultats choquants. Il considère, s'agissant du calcul du gain assuré, qu'il convient de suivre la même méthode de calcul que pour les autres alinéas de l'art. 37 OACI, ce qui implique de prendre en considération le salaire moyen en divisant la somme des gains réalisés par le nombre de mois effectivement travaillés. Dans son cas, en reprenant la période de référence du 8 décembre 2000 au 7 décembre 2001, le gain assuré s'élèverait à 6'511 fr. 07 par mois, soit un gain assuré supérieur à celui retenu par la caisse. Il conclut à l'annulation de la décision rendue par la caisse, sous suite de dépens.

11. Dans ses écritures du 30 septembre 2005, la caisse a contesté les conclusions du recourant, rappelant qu'en raison de sa profession de comédien, le gain assuré ne pouvait être calculé que sur la base des dispositions légales valables jusqu'au 30 juin 2003, soit les art. 8 et 37bis OACI.

12. Le 28 octobre 2005, le recourant a fait remarquer que l'art. 37bis OACI n'a jamais existé et a persisté dans ses conclusions.

13. Le Tribunal de céans a entendu les parties en audience de comparution personnelle le 25 janvier 2006. La caisse a déclaré qu'à l'époque, elle appliquait le même régime aux chômeurs ordinaires qu'aux comédiens et qu'elle ne s'était pas aperçue qu'il y avait deux délai-cadres consécutifs. C'est suite au contrôle effectué par le SECO qu'elle a refait le calcul, dont il résulte un trop-perçu de 3'962 fr. 50 qu'elle réclame en restitution. La caisse a rappelé que le statut des comédiens est très particulier et que les deux délai-cadres du recourant n'étaient pas consécutifs.

    Le recourant a demandé à ce que l'art. 38bis al. 3 OACI soit appliqué d'une façon qui ne soit pas choquante et ne conduise pas à une situation inéquitable. En effet, un comédien qui travaillerait durant sa période de cotisation de six mois à plein temps pour un salaire mensuel de 5'000 fr. réalise un gain de 30'000 fr. sur une année et verrait en conséquence son gain assuré fixé à 6'000 fr. En revanche, si, durant la même période de cotisation, il travaille pendant un nombre de jours équivalent à six mois, mais étalés sur une année, pour le même gain annuel de 30'000 fr., son gain assuré serait fixé à 2'500 fr. (30'000 : 12).

14. Les parties ont persisté dans leurs conclusions et la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 8 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générales du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI).

   Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. La décision sur opposition datée du 8 juillet 2005 a été notifiée au recourant le 11 juillet. Compte tenu de la suspension du délai de recours du 15 juillet au 15 août 2005 inclusivement (art. 38 al. 4 let. b LPGA) et du report du dernier jour du délai du dimanche 11 septembre 2005 au premier jour ouvrable suivant, le recours du 12 septembre 2005 a été interjeté en temps utile (art. 56 et 60 LPGA). L'acte de recours respectant au surplus les formes prescrites par l'art. 89B LPA, il est recevable.

4. a) La décision sur opposition relative à la restitution de prestations a été rendue après l'entrée en vigueur de la LPGA, mais elle concerne des prestations allouées, pour la plus grande partie, avant le 1er janvier 2003.

   Au titre des dispositions transitoires de la LPGA, l'art. 82 al. 1 première phrase LPGA prescrit que les dispositions matérielles de la présente loi ne sont pas applicables aux prestations en cours et aux créances fixées avant son entrée en vigueur. Dans les travaux préparatoires de la LPGA, l'art. 25 LPGA (alors art. 32 du projet), relatif à la restitution des prestations indûment touchées est spécialement mentionné comme exemple d'une disposition qui ne serait pas applicable à des prestations déjà versées avant l'entrée en vigueur de la loi (FF 1991 II p. 266 sv). En revanche, selon Ueli KIESER (ATSG-Kommentar, note 9 ad art. 82), dans la mesure où la question de la restitution se pose après le 1er janvier 2003, le nouveau droit est applicable dès lors qu'il est statué sur la restitution après son entrée en vigueur et quand bien même la restitution porte sur des prestations accordées antérieurement.

La question du droit pertinent ratione temporis ne revêt toutefois pas une importance décisive, du moment que les principes applicables à la restitution selon la LPGA sont issus de la réglementation et de la jurisprudence antérieures (Ueli KIESER, op. cit., note 9 ad art. 82).

b) Conformément à l'art. 95 al. 1 LACI, la demande de restitution est régie par l'art. 25 LPGA à l'exception des cas relevant de l'art. 55.

L'art. 25 al. 1 LPGA prévoit que les prestations indûment touchées doivent être restituées; la restitution ne peut être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et le mettrait dans une situation difficile Selon l'art. 25 al. 2, 1ère phrase LPGA, dont la teneur est identique à celle de l'art. 95 al. 4 LACI en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, 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 (art. 25 al. 2, 2ème phrase LPGA). Il s'agit-là de délais de péremption (ATF 124 V 382 consid. 1).

Selon la jurisprudence relative à l'ancien art. 95 al. 4 LACI, le délai de péremption d'une année 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 consid. 5a). Cette jurisprudence, qui s'inspire des principes développés à propos de la réglementation analogue figurant à l'ancien art. 47 al. 2 LAVS (en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002), est applicable par analogie à la restitution d'indemnités indûment touchées dans l'assurance-chômage (ATF 127 V 488 consid. 3b/aa et l'arrêt cité). Elle vise un double but, à savoir obliger l'administration à faire preuve de diligence, d'une part, et protéger l'assuré au cas où celle-ci manquerait à ce devoir de diligence, d'autre part et est au demeurant en harmonie avec les principes développés par le Tribunal fédéral des assurances (TFA) à propos de l'art. 82 al. 1 aRAVS, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, qui fixe le début du délai d'une année dans lequel la caisse de compensation doit demander la réparation d'un dommage selon l'art. 52 aLAVS dans des termes semblables à ceux figurant à l'art. 47 al. 2 LAVS (ATF 124 V 382 consid. 1; DTA 2001 n° 10 p. 93 consid. 2a et n° 36 p. 245 consid. 1a).

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 deuxième temps, (par exemple à l'occasion d'un contrôle comptable), se rendre compte de son erreur en faisant preuve de l'attention requise. En effet, si l'on plaçait le moment de la connaissance du dommage à la date du versement indu, cela rendrait souvent illusoire la possibilité pour une

administration de réclamer le remboursement de prestations versées à tort en cas de faute de sa part (ATF 110 V 304).

Ces principes correspondent à ceux qui s'appliquent en droit civil. Selon la jurisprudence rendue à propos de l'art. 60 al. 1 CO, le créancier connaît suffisamment le dommage lorsqu'il apprend, touchant son existence, sa nature et ses éléments, les circonstances propres à fonder et à motiver une demande en justice; le créancier n'est pas admis à différer sa demande jusqu'au moment où il connaît le montant absolument exact de son préjudice, car le dommage peut devoir être estimé selon l'art. 42 al. 2 CO. Au demeurant, le dommage est suffisamment défini lorsque le créancier détient assez d'éléments pour qu'il soit en mesure de l'apprécier (cf. Arrêt du TFA du 3 avril 2003 C 27/2002; ATF 113 V 183 consid. 3b; DTA 2001 n° 36 p. 245 consid. 1b).

En l'espèce, c'est au moment où elle a reçu le rapport de contrôle du SECO, en août 2003, que la caisse a eu connaissance du fait qu'elle avait commis des erreurs dans le traitement du dossier du recourant.

En rendant sa décision de restitution le 7 janvier 2004, l'intimée a respecté le délai d'un an ainsi que celui de cinq ans.

5. Le recourant conteste le mode de calcul du gain assuré durant la période de référence ayant abouti à la décision de restitution.

a) Aux termes de l'art. 23 al. 1 1ère 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.

Cette disposition ne définit pas la période de référence pour le calcul du gain assuré. Le législateur a délégué cette compétence au Conseil fédéral qui en a fait usage en édictant l'art. 37 OACI, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 30 juin 2003 (37 aOACI), dont le premier alinéa se réfère, à titre de règle générale, au dernier mois de cotisation précédant le début du délai-cadre d'indemnisation. Des exceptions sont prévues aux alinéa 2 et 3 afin de permettre de tenir compte des fluctuations du revenu de l'assuré qui peuvent résulter, par exemple, de changements réitérés d'emplois, le cas échéant exercés à temps partiel, de la fixation du revenu en fonction du résultat ou encore du fait que l'assuré qui est partie à un rapport de travail durable n'est occupé que sur appel avec une fréquence variable (ATF 121 V 172 consid. 4b et les arrêts cités, Thomas NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], n° 316, p. 120 ss). La période de référence est portée à six mois en application de l'art. 37 al. 2 aOACI lorsque l'écart entre le revenu ainsi déterminé et celui du seul

dernier mois atteint dix pour cent en valeur absolue (NUSSBAUMER, op. cit., ch. 315 p. 120). La caisse peut cependant se fonder sur une période de référence plus longue, mais au plus sur les douze derniers mois de cotisation, lorsque le résultat obtenu en applications des alinéas 1 et 2 se révèle injuste pour l'assuré (al. 3).

b) Indépendamment du principe prévu à l'al. 1 de l'art. 37 aOACI et de ses exceptions (al. 2 et 3), l'al. 3bis de cette disposition règle les situations dans lesquelles les variations du salaire sont dues à un motif particulier, à savoir «l'horaire de travail usuel dans la branche» ou le «genre du contrat de travail». Le gain assuré est alors calculé «sur les douze derniers mois, mais au plus sur la moyenne de l'horaire de travail convenu contractuellement». Selon la jurisprudence, le terme «mois» figurant à l'art. 38 al. 3bis OACI désigne les mois civils, les mois durant lesquels l'assuré n'a pas exercé d'activité n'étant pas pris en compte au nombre des douze derniers mois au sens de cette disposition (ATF 121 V 177 consid. 4e). Celle-ci vise 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, notamment les acteurs et les artistes (ATF 121 V 173 consid. 4b in fine, DTA 2001 n° 15, p. 153 consid. 2c).

6. En l'espèce, étant donné la profession de comédien exercée par le recourant, son gain assuré doit être calculé selon l'art. 37 al. 3bis aOACI, applicable au moment des faits déterminants.

En l’espèce, la période de référence s’étend du 10 décembre 2000 au 9 décembre 2001, dernier jour de travail accompli par le recourant. Selon le décompte de la caisse, non contesté par le recourant, la totalité des revenus réalisés durant cette période s’élève à 51'632 fr.80, y compris les indemnités compensatoires. Ce revenu annuel doit être divisé par 10 mois (seuls les mois non travaillés ne sont pas pris en compte, soit 2 mois ici), de sorte que le gain assuré s’élève à 5’163 fr. et l’indemnité journalière à 80 % de 190 fr. 35.

Le recourant ne conteste pas que l’art. 37 al. 3bis aOACI soit applicable, mais il conteste le mode de calcul effectué par l’intimée.

Il considère en effet que le fait de diviser la somme des gains réalisés par le nombre de mois durant lesquels il a réalisé un gain, alors même qu'il n'aurait travaillé que durant un ou deux jours, conduit à un résultat choquant. Il conviendrait, selon lui, de diviser le total des gains réalisés par le nombre de mois effectivement travaillés et payés. Dans son cas, durant la période de référence, il a réalisé un salaire de 50'820 fr. 25 pour 170 jours de travail effectués et payés, qui correspondent à 238 jours civils (170 x 1,4) soit 7.93 mois au sens de l'art. 11 OACI. En divisant le gain assuré de 50'820 fr. 25 auquel s'ajoutent les indemnités compensatoires touchées sur les jours travaillés de 812 fr. 55, soit au total 51'632 fr. 80 par 7.93 mois, le gain assuré s'élève à 6'511 fr par mois. Il conclut que son gain assuré est supérieur à

celui retenu par l'intimée, de sorte que la décision sur opposition est manifestement infondée.

Dans un cas similaire (arrêt C 168/04 du 27 septembre 2005), le TFA a rappelé que les principes de l'égalité (art. 8 Cst) et de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst) sont étroitement liés. Une décision est arbitraire lorsqu'elle ne repose pas sur des motifs sérieux et objectifs ou n'a ni sens ni but. Elle viole le principe de l'égalité de traitement lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances. L'inégalité de traitement apparaît ainsi comme une forme particulière d'arbitraire consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait être traité de manière semblable ou inversement (ATF 125 I 14 consid. 2b/aa et les références citées). Ces principes n'excluent toutefois pas un certain schématisme, inévitable, tant il est vrai que le législateur ne peut pas tenir compte de toutes les circonstances particulières dans un groupe d'assurés, tels les comédiens et artistes, qui par la nature même de leur activité, sont soumis à des engagements de durée limitée et variable avec parfois de sensibles fluctuations de revenus.

Or, la solution préconisée par le recourant dans l'application de l'art. 37 al. 3bis aOACI peut conduire à d'autres inégalités par rapport à d'autres groupes d'assurés (ATF 123 I 8 consid. 6b). Quoi qu'il en soit, la solution envisagée par le Conseil fédéral, même si elle peut ne pas apparaître comme satisfaisante à tous égards, tend néanmoins à empêcher de mettre sur un même pied les personnes qui exercent des professions impliquant des contrats de courte durée, entrecoupés de périodes d'inactivité, et les assurés qui ne sont pas soumis à un tel régime contractuel. Elle vise précisément à prendre en considération les particularités résultant des situations où les revenus de l'assuré varient en raison du métier exercé pour ne pas avantager les personnes qui sont soumises à des changements de place fréquents ou des engagements de durée limitée par rapport à celles qui ont conclu un contrat de travail d'une certaine durée ; dans cette mesure, elle a donc pour but de traiter de manière différente ce qui n'est pas semblable.

Au demeurant, lorsqu'il s'agit de fixer le gain assuré lors de l'ouverture d'un premier délai-cadre d'indemnisation, l'application de l'art. 37 al. 3bis OACI prescrit de prendre en compte un mois civil entier même si un seul jour de travail a été accompli pendant le mois. Or, le TFA n'a jamais remis en cause cette solution (ATF 121 V 165 ; DTA 1996/1997 n° 9 p. 35).

Au vu de ce qui précède, les griefs du recourant sont mal fondés.

7. Selon l'art. 53 al. 2 LPGA, l'assureur peut revenir sur les décisions ou les décisions sur opposition formellement passées en force lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une certaine importance.

Tel est le cas en l'espèce, dès lors que la caisse a commis plusieurs erreurs (période de référence, méthode erronée d'évaluation du gain assuré, non prise en compte de deux délai-cadres consécutifs) qui ont abouti à un trop-perçu d'indemnités de chômage par le recourant, à hauteur de 3'963 fr. 50 (cf. décompte de la caisse). Au vu de ces erreurs manifestes, l'intimée était fondée à reconsidérer sa décision et a réclamer au recourant la restitution du trop perçu.

Toutefois, selon l'art. 25 al. 1 2ème phrase LPGA, la restitution ne peut être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile. Il appartiendra à l'intimée d'examiner les conditions de la remise de l'obligation de restituer et de rendre une décision à cet égard.

***

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette dans le sens des considérants.

3. Renvoie la cause à l'intimée pour l'examen des conditions de la remise et nouvelle décision.

4. Dit que la procédure est gratuite.

5. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par plis recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

Le greffier	La Présidente :
Walid BEN AMER	Juliana BALDE

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties et au Secrétariat d'Etat à l'économie par le greffe le