

# **GE\_GERICHTE ATAS/108/2005 vom 15. Februar 2005**

GE Cour de justice, 2005-02-15, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_108\\_2005](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_108_2005)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/108/2005 du 15 février 2005

IT: GE\_GERICHTE ATAS/108/2005 del 15 febbraio 2005

## **Regeste**

Résumé: Selon la jurisprudence, le gain intermédiaire minimal à prendre en considération est le gain conforme aux usages professionnels et locaux dans la branche considérée et non pas le gain effectivement réalisé. Le salaire horaire de la recourante est de 60 fr. de l'heure et en tant que tel n'est pas critiqué comme correspondant aux usages de la profession. Il est établi que si l'autorisation de travail a été donnée pour 14 heures d'enseignement par semaine, l'école n'a pu garantir ce nombre d'heures à la recourante au delà de décembre 2003. Rien ne justifie par conséquent de calculer ses gains intermédiaires de manière fictive.

## **Erwägungen**

### **E. 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.

### **E. 2**

Le Tribunal cantonal des assurances sociales statue, en instance unique, notamment sur les contestations relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (ci-après LACI) ainsi qu'à la loi cantonale en matière de chômage (art. 56V LOJ). La compétence du Tribunal de céans est ainsi établie pour juger du cas d'espèce.

### **E. 3**

La loi sur la partie générale du droit des assurances sociales, entrée en vigueur au 1er janvier 2003, est applicable au cas d'espèce. Ainsi, les conditions de forme et délai à respecter pour la recevabilité du recours sont celles des art. 56 à 60 LPGA, ainsi que l'art. 49 al. 2 de la loi genevoise en matière de chômage. Interjeté dans les délai et forme légaux, le recours est recevable.

### **E. 4**

Le litige porte sur le calcul du gain intermédiaire. La recourante demande que ses gains effectifs soient pris en compte tandis que la caisse considère qu'en l'espèce il faut se référer au contrat conclu qui prévoit 14h d'enseignement par semaine.

## **E. 5**

Selon l'article 23 alinéa 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.

- 4/6-

A/1812/2004 L'assuré a droit, dans les limites du délai-cadre applicable à la période d'indemnisation, à une compensation de la perte de gain pour les jours où il ré- lise un gain intermédiaire (art. 24 al. 2 LACI). D'après l'art. 24 al. 3 LACI, est réputée perte de gain la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme aux usages professionnels et locaux. De jurisprudence constante le Tribunal fédéral estime que le gain intermédiaire minimal à prendre en considération est le gain conforme aux usages professionnels et locaux dans la branche considérée, et non pas le gain effectivement réalisé. Lorsque le gain conforme aux usages professionnels et locaux n'est pas atteint, le concept de gain intermédiaire ne fait pas défaut, mais il faut au contraire, en effectuant la comparaison entre gain intermédiaire et gain assuré se baser sur le salaire qui correspond pour le moins à la rémunération en usage dans la profession et la localité plutôt que sur le salaire effectif (ATFA n.p. du 13 mai 1993 EG c. Ufficio cantonale del lavoro, c. 2b). Ainsi, les gains qui ne remplissent pas l'exigence de conformité aux usages professionnels et locaux doivent être corrigés dans la mesure correspondante (ATFA n.p. 9 juillet 1997- C 394/96). Le Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après le Seco) précise dans ses directives que s'il n'y a pas conformité, l'assuré a simplement droit à 80% de la différence entre le salaire réputé conforme et le gain assuré (SECO, circ. IC 01.92.n° 190). La caisse doit, en d'autres termes, fixer le salaire que le travailleur serait en droit d'attendre pour le travail effectué (SECO, Bulletin AC 98/1 fiche 44). Tel est le cas également s'agissant d'une activité indépendante. La justification de ce mode de calcul réside dans le fait qu'il n'appartient pas à l'assurance-chômage de supporter un « dumping » organisé unilatéralement par l'assuré qui, pour une activité indépendante à plein temps avec horaire incontrôlable, annoncerait un gain très bas pour bénéficier des indemnités de chômage. C'est pourquoi les revenus provenant d'une activité indépendante qui ne correspondent pas aux usages professionnels et locaux doivent, comme les revenus provenant d'une activité salariée, être adaptés fictivement par les caisses de chômage pour être pris en considération. Le Tribunal Fédéral a fixé deux principes fondamentaux pour déterminer la conformité d'une rémunération aux usages professionnels et locaux : - l'assuré réalisant un gain intermédiaire dans la profession qu'il a apprise doit être rémunéré comme un employé qualifié de cette profession ; - l'assuré exerçant une activité dans une profession qu'il n'a pas apprise doit être rémunéré d'après le salaire moyen usuel à la branche.

- 5/6-

A/1812/2004 Les prescriptions légales, les contrats types de travail, les conventions collectives, les directives des associations professionnelles servent de critère de référence pour fixer le salaire moyen usuel de la branche concernée (cf. SECO – Bulletin AC 98/1, Fiche No 18 p. 12 et 13).

## **E. 6**

Il résulte de ce qui précède que, lorsque le montant du gain intermédiaire ne peut être établi clairement ou ne correspond pas aux usages professionnels et locaux, il doit être calculé en fonction de ceux-ci. Or, tel n'est pas le cas en l'espèce. Le salaire horaire de la recourante

est de 60 fr. de l'heure, et, en tant que tel, n'est pas critiqué par la caisse comme ne correspondant pas aux usages de la profession. Il est établi que si l'autorisation de travail a été donnée pour 14h d'enseignement par semaine, l'école n'a pu garantir ce nombre d'heures à la recourante au-delà de décembre 2003, le nombre d'heures passant à 9h par semaine dès janvier puis à 6h de septembre à décembre 2004. La recourante a été payée sur cette base selon le tarif horaire convenu. Rien ne justifie par conséquent de calculer ses gains intermédiaires de manière fictive. En conclusion, le recours sera admis, et la caisse invitée à calculer les gains intermédiaires sur la base des montants perçus par la recourante.  
\*\*\*

- 6/6-

A/1812/2004

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