

GE_GERICHTE ATAS/1130/2008 vom 9. November 2007

GE Cour de justice, 2007-11-09, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1130_2008

FR: GE_GERICHTE ATAS/1130/2008 du 9 novembre 2007

IT: GE_GERICHTE ATAS/1130/2008 del 9 novembre 2007

Erwägungen

E. 1

Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 8 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (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 générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982. Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

E. 2

La LPGA, entrée en vigueur le 1er janvier 2003 et entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'assurance-chômage, est applicable en l'espèce, dès lors que les faits juridiquement déterminants se sont déroulés postérieurement à son entrée en vigueur (cf. ATF 130 V 446 ss consid. 1, 129 V 4 consid. 1.2). Pour les mêmes motifs, les droits litigieux sont régis par les dispositions de la novelle du 22 mars 2002 modifiant la LACI, ainsi que par les modifications de l'OACI du 28 mai 2003, entrées en vigueur le 1er juillet 2003 (RO 2003 1753 et 1851).

E. 3

La décision sur opposition date du 17 janvier 2008 et le recours du 27 janvier 2008 de sorte que ce dernier a été formé en temps utile, étant rappelé que le délai de recours est de 30 jours (cf. art. 60 al. 1 LPGA et art. 39 al. 1 LPGA). Le recours est donc recevable.

E. 4

Le litige porte sur le droit du recourant à une indemnité compensatoire à partir du 15 septembre 2007, plus particulièrement sur le calcul du gain intermédiaire. Selon une jurisprudence constante, le juge des assurances sociales apprécie la légalité des décisions attaquées, en règle générale, d'après l'état de fait existant au moment où la décision litigieuse a été rendue (ATF 121 V 366 consid. 1b et les arrêts cités).

A/275/2008 - 5/11 - En l'espèce, la décision sur opposition date du 17 janvier 2008 de sorte qu'elle aurait dû également examiner la question de l'ouverture d'un délai-cadre postérieurement au 15 septembre 2007, respectivement calculer le gain intermédiaire pour les mois de novembre et décembre 2007 ce qu'elle n'a pas fait. Dans la procédure juridictionnelle administrative, ne peuvent être examinés et jugés, en principe, que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée préalablement d'une manière qui la lie, sous la forme d'une décision. En revanche, dans la mesure où aucune décision n'a été rendue, la contestation n'a pas d'objet, et un jugement sur le fond ne peut pas être prononcé (ATF 131 V 164 consid. 2.1; 125 V 414 consid. 1a, 119 Ib 36 consid. 1b et les références citées). Toutefois, la procédure juridictionnelle

administrative peut être étendue, pour des motifs d'économie de procédure, à une question en état d'être jugée qui excède l'objet de la contestation, c'est-à-dire le rapport juridique visé par la décision, lorsque cette question est si étroitement liée à l'objet initial du litige que l'on peut parler d'un état de fait commun, et à la condition que l'administration se soit exprimée à son sujet dans un acte de procédure au moins (ATF 130 V 503, 122 V 36 consid. 2a et les références). En l'espèce, l'objet du litige peut être étendu à la question du gain intermédiaire pour les mois de novembre et décembre 2007 puisque cette question est étroitement liée à l'objet initial du litige et que l'intimée s'est prononcée sur ce point dans sa réponse du 28 mars 2008.

E. 5

Préalablement, il convient de rappeler qu'en procédure administrative, l'art. 29 al. 2 Cst ne garantit pas le droit de s'exprimer oralement devant l'autorité appelée à statuer (ATF 125 I 219 consid. 9b et les références citées). Le recourant n'a pas demandé l'organisation de débats publics en application du principe de la publicité des débats (ATF 124 V 94 consid. 6) mais simplement à être convoqué en comparution personnelle. Cependant, c'est en vain que le Tribunal a tenté à deux reprises d'organiser une audience; celle-ci a dû être annulée par deux fois en raison des horaires de travail irréguliers de l'assuré. Quoi qu'il en soit, ce dernier ayant pu exprimer sa position et exposer ses arguments par écrit, son audition par le Tribunal de céans n'est pas indispensable.

E. 6

Selon l'art. 24 al. 1 LACI, est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle. L'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain. Le taux d'indemnisation est déterminé selon l'article 22. Est réputée perte de gain la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux (art. 24 al. 3 LACI). Lorsque l'assuré réalise un revenu inférieur à son indemnité de chômage, il a droit à des indemnités compensatoires pendant le délai-

A/275/2008 - 6/11 - cadre d'indemnisation (art. 41 a al. 1 OACI). La réglementation sur la compensation de la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire (art. 24 LACI) est une norme de calcul des indemnités de chômage au sens des art. 8 ss LACI (ATF 121 V 339 consid. 2b et 2c). 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. 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 a édicté l'art. 37 OACI. Celui-ci précise en son premier alinéa que le calcul du gain assuré est fondé sur le salaire moyen des six derniers mois de cotisation - trente jours étant réputés constituer un mois de cotisation, les périodes de cotisation n'atteignant pas un mois civil entier étant additionnées (art. 11 OACI) - avant le début du délai-cadre d'indemnisation. Selon l'art. 37 al. 2 OACI, le gain assuré est toutefois 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 au premier alinéa. L'art. 37 al. 3 OACI précise que 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, l'assuré devant avoir, au jour précité, cotisé douze mois au moins pendant le délai-cadre applicable à la période de cotisation. L'art. 37 al. 3bis OACI concerne la situation particulière où le salaire varie en raison de l'horaire de travail usuel dans la branche ou du genre de contrat de travail. Dans ce cas, le gain assuré est 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. 37 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). D'après l'art. 37 al. 3ter OACI, si l'assuré a perçu un gain intermédiaire dans les limites d'un délai-cadre d'indemnisation écoulé, le gain assuré est calculé d'après celui des modes de calcul ci-après qui est le plus avantageux pour lui, les périodes de cotisation qu'il a accomplies alors qu'il touchait des indemnités réduites en vertu de l'art. 41a, al. 4, n'étant pas prises en considération : a. La somme du revenu soumis à cotisation et des indemnités compensatoires à prendre en compte conformément à l'art. 23, al. 4 et 5, LACI est divisée par le nombre de mois civils à prendre en considération. Sont pris en considération

A/275/2008 - 7/11 - autant de mois civils qu'il est nécessaire pour arriver à six mois (al. 1) ou à douze mois (al. 2) de cotisation. b. Le revenu soumis à cotisation est divisé par le nombre de mois de cotisation pendant lesquels l'assuré a cotisé au cours de la période de référence. L'art. 37 al. 3ter OACI impose que l'addition du revenu soumis à cotisation et des indemnités compensatoires à prendre en compte soit divisée par le nombre de mois civils nécessaires pour arriver à six ou douze mois de cotisation. Cette disposition doit être interprétée au regard de l'art. 11 OACI. Selon ce dernier, 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. Trente jours sont réputés constituer un mois de cotisation (al. 2). Pour la conversion d'une journée de travail, on utilise le facteur 1.4 (7 jours civils : 5 jours ouvrables = 1.4 [ATF 122 V 251 consid. 2c et 263 consid. 5a; ATAS/3262/2007])).

E. 7

En l'espèce, dans le calcul du gain assuré du 8 novembre 2007 pour l'ouverture d'un nouveau délai-cadre d'indemnisation à partir du 15 septembre 2007, l'intimée retient la solution la plus avantageuse pour le recourant, à savoir la prise en compte, pour la période du 1er mars 2006 au 14 septembre 2007, d'une période de contrôle de 6.50 mois, d'un salaire soumis à cotisation et d'une indemnité compensatoire d'un montant total de 30'338 fr. 45 permettant de fixer le gain assuré déterminant à 4'667 fr. ($30'338.45 : 6.5$). Le recourant ne prétend pas que ce calcul serait erroné. En revanche, il allègue que, pour les mois de novembre et décembre 2007, il a droit à des indemnités compensatoires dès lors que son gain intermédiaire est inférieur à l'indemnité de chômage à laquelle il aurait droit. C'est à juste titre que le recourant ne réclame pas d'indemnité compensatoire pour les mois de septembre et octobre 2007 puisque son gain intermédiaire est manifestement supérieur à l'indemnité mensuelle en cas de chômage complet. En effet, étant donné que, depuis le 15 septembre 2007, le nouveau gain assuré déterminant s'élève à 4'667 fr. et que l'assuré doit payer une pension d'entretien pour sa fille, en application de l'art. 22 al. 1 LACI, l'indemnité mensuelle à laquelle le recourant aurait droit s'il était totalement au chômage serait de 3'733 fr. 60 ($4'667 \times 80\%$). Or, en septembre 2007, ainsi que l'a retenu l'intimée, son gain était de 4'212 fr. 05, sans tenir compte de la part aux vacances, ni du pro rata de la

gratification 2007, soit pour la période du 15 au 30 septembre 2007, de 2'106 fr. 05 (4'212.05 : 20 x 10); le revenu du recourant était donc supérieur à l'indemnité de chômage de 1'866 fr. 80 à laquelle il aurait pu prétendre (3'733.60 : 20 x 10). En octobre 2007, son gain était de 4'349 fr. 95, sans tenir compte de la part aux vacances, ni du pro rata de la gratification 2007. Par conséquent, c'est à juste titre que l'intimée a refusé l'ouverture d'un délai-cadre d'indemnisation dès le 15 septembre 2007.

A/275/2008 - 8/11 -

E. 8

Dans sa réponse, l'intimée observe que les revenus intermédiaires obtenus par le recourant en novembre et décembre 2007 sont inférieurs à ceux réalisés précédemment de sorte que se pose la question de l'ouverture d'un délai-cadre dès le 1er novembre 2007. Dans cette hypothèse, l'intimée retient un gain assuré de 4'602 fr. et une indemnité mensuelle en cas de chômage complet de 3'681 fr. 60 alors que, pour sa part, le Tribunal obtient un résultat de 4'720 fr. 90 en se basant sur le revenu soumis à AVS de mai à septembre 2007, respectivement une indemnité de chômage de 3'776 fr. 70 (4'720.90 x 80%). Etant donné que l'intimée ne produit pas le calcul du nouveau gain assuré effectué au moyen de la table de calcul informatisée, alors que la Circulaire relative à l'indemnité de chômage [IC], éditée par le SECO en janvier 2007, impose de calculer le gain assuré dans un nouveau délai-cadre au moyen de la table de calcul informatisée mise à disposition sur le TCNet (C 46; ATAS7767/2008), le Tribunal n'est pas en mesure de vérifier ce calcul. Toutefois, il n'y a pas lieu de procéder à une instruction complémentaire sur cette question, au vu du sort du recours. En novembre 2007, le gain brut du recourant s'est élevé à 5'375 fr. 80 pour 134.67 heures de travail, y compris une gratification de 1'890 fr. et une indemnité pour vacances de 8.33 %, étant précisé qu'il a pris deux jours de congé du 1er au 2 novembre 2007. Pour le mois de décembre 2007, le revenu brut du recourant s'est élevé à 2'963 fr. 90 pour 112 heures de travail, y compris une indemnité pour vacances de 8.33 %, étant précisé qu'il a pris cinq jours de vacances du 3 au 7 décembre 2007. Selon la jurisprudence, pour la détermination tant du gain intermédiaire que du gain assuré, on applique le principe selon lequel un revenu est réputé avoir été réalisé au moment où l'assuré a fourni la prestation de travail rémunératoire (ATF 122 V 371). C'est pourquoi, les gratifications doivent être imputées proportionnellement sur les autres mois de l'année pendant laquelle l'assuré a travaillé, de la même manière qu'un treizième salaire (ATF 122 V 366). Répartie sur les 12 mois pour lesquels le recourant a travaillé au service de X_____ SA durant l'année 2007, cette gratification de 1'890 fr. perçue en novembre de la même année et calculée pro rata temporis, représente un supplément de 157 fr. 50 à son salaire mensuel. L'intimée prétend que le recourant n'a pas droit à une indemnisation de sa part dès lors qu'il convient également de prendre en compte comme des gains les indemnités de vacances perçues pour les jours où il n'a pas travaillé. En effet, selon la jurisprudence, l'indemnité de vacances acquise en plus du salaire ordinaire doit être prise en compte au titre de gain intermédiaire pour les mois où il y a effectivement vacances. Ce principe permet ainsi d'assurer l'égalité entre les assurés qui reçoivent une indemnité de vacances versée avec le salaire de base sous

A/275/2008 - 9/11 - forme de pourcentage et ceux qui continuent à percevoir leur salaire durant leurs vacances (ATF 125 V 47 consid. 5, 124 V 73 consid. 4; DTA 2000 p. 35 consid. 2). De plus, selon la Circulaire IC, l'indemnité de vacances est déduite du gain intermédiaire à prendre en considération. Ce n'est que quand l'assuré prend ses vacances que l'indemnité de vacances acquise est prise en compte comme gain intermédiaire (ch. C

149). Toutes les indemnités de vacances acquises en gain intermédiaire pendant le délai-cadre en cours comptent en principe comme gain intermédiaire. Les indemnités de vacances acquises dans le cadre d'un gain intermédiaire réalisé au cours d'un délai-cadre antérieur ne sont prises en compte que si le gain intermédiaire a été réalisé dans la même entreprise et sans interruption lors du changement de délai-cadre (ch. C 151). En cas de gain intermédiaire avec horaire de travail irrégulier (vacances individuelles ou d'entreprise / activité de durée déterminée ou indéterminée), seule l'indemnité de vacances acquise par l'assuré avant ses vacances (év. au cours de plusieurs gains intermédiaires simultanés ou antérieurs) peut être prise en compte au titre du gain intermédiaire (ch. C 152). Puis, au chiffre 153, cette circulaire précise comment calculer concrètement l'indemnité de vacances à prendre en compte comme gain intermédiaire. En l'espèce, depuis le début de son activité auprès de X_____ SA, le 15 septembre 2005, en raison de son statut d'auxiliaire, le recourant a un horaire variable chaque mois et il reçoit mensuellement un supplément de salaire de 8.33 % à titre d'indemnisation pour vacances. Par conséquent, l'indemnité de vacances perçue par le recourant ne peut être prise en compte comme gain intermédiaire que pour les périodes durant lesquelles il a effectivement pris un congé ou des vacances. Elle s'ajoute simplement au gain intermédiaire brut pris en considération pour les mois concernés (cf. ATFA non publié du 11 avril 2006, C 330/05, consid. 6.1; ATAS/767/2008). En définitive, le gain intermédiaire du recourant est, pour le mois de novembre 2007, de 3'375 fr. 25 (3'217.75 + 157.50) plus indemnités de vacances pour les deux jours pris en congé ou en vacances. Quant au mois de décembre 2007, le gain intermédiaire du recourant est de 2'893 fr. 45 (2'735.95 + 157.50), plus indemnités de vacances pour les 5 jours pris en congé ou en vacances. Il y a lieu de préciser que le congé pris le 26 décembre est une compensation du travail effectué le 25 décembre, qui est un jour légal férié, de sorte qu'il ne peut pas être comptabilisé comme jour de vacances ou de congé. Etant donné que, manifestement, l'intimée n'a pas calculé concrètement l'indemnité de vacances à prendre en considération pour les mois de novembre et décembre 2007, il y a lieu de lui renvoyer l'affaire afin qu'elle procède à un nouveau calcul du gain assuré au moyen de la table de calcul informatisée pour l'ouverture d'un délai-cadre d'indemnisation au 1er novembre 2007 et qu'elle

A/275/2008 - 10/11 - effectue un nouveau calcul du gain intermédiaire du recourant pour les mois de novembre et décembre 2007, en tenant compte pour chacun de ces mois du salaire obtenu, du pro rata de la gratification à raison de 157 fr. 50 par mois et des indemnités pour vacances uniquement pour les jours de vacances effectivement pris.

E. 9

Au vu de ce qui précède, le recours sera partiellement admis et le dossier renvoyé à l'intimée au sens des considérants pour recalcul du gain assuré ainsi que des gains intermédiaires en novembre et décembre 2007, puis pour nouvelle décision. Le recourant obtient partiellement gain de cause mais n'est pas représenté par un avocat de sorte qu'il n'a pas droit à des dépens (VSI 2000/6 p. 337 consid. 5; ATF 110 V 134 consid. 4d; RCC 1984 p. 278; ATFA non publié du 28 novembre 2005, C 189/04 consid. 5). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

A/275/2008 - 11/11 -