

GE_GERICHTE ATAS/1350/2009 vom 3. November 2009

GE Cour de justice, 2009-11-03, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1350_2009

FR: GE_GERICHTE ATAS/1350/2009 du 3 novembre 2009

IT: GE_GERICHTE ATAS/1350/2009 del 3 novembre 2009

Regeste

Résumé: Le gain intermédiaire, qu'il provienne d'une activité salariée ou indépendante, doit être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels (les règles légales en la matière, les statistiques, l'échelle des salaires dans l'entreprise en cause, les conventions collectives de travail, les directives émises par les associations professionnelles).

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'article 56 de la loi fédérale sur la partie générale 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. En vertu de l'art. 1er al. 1 et 2 LACI, les dispositions de la LPGA, à l'exclusion de ses art. 21 et 24 al. 1er, s'appliquent à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité

E. 2

Déposé dans les forme et délai prévus par la loi (art. 38 al. 4 let b et 56 ss LPGA), le présent recours est recevable.

E. 3

La question litigieuse est celle de savoir si c'est à bon droit que l'OCE a refusé d'octroyer des prestations au recourant, dès le 2 septembre 2002, motif pris, d'une part, que l'assuré, ayant perçu un gain intermédiaire, n'a subi aucun manque à gagner suite à son licenciement et, d'autre part, s'agissant de la période durant laquelle il était en incapacité de travail, qu'il n'a pas cotisé durant la période minimale prévue par la loi. Singulièrement, il s'agit d'examiner si le gain intermédiaire et le délai cadre d'indemnisation ont été correctement fixés par l'OCE.

E. 4

Aux termes de l'art. 11 al. 1 LACI, il y a lieu de prendre en considération la perte de travail lorsqu'elle se traduit par un manque à gagner et dure au moins deux journées de travail consécutives. Pendant la période d'indemnisation, l'assuré peut être amené à exercer une activité lucrative et à en tirer un gain intermédiaire. Dans ce cas de figure, l'indemnité chômage se calcule, selon le principe de la perte de gain, en soustrayant du montant de l'indemnité pleine tel que défini selon l'art. 22 LACI, le gain réalisé grâce à l'activité intermédiaire (art. 24 al. 1 LACI).

E. 5

Aux termes de l'art. 24 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'art. 22 (al. 1er). 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. Les gains accessoires ne sont pas pris en considération (al. 3). Le droit à la compensation de la perte de gain est limité aux douze premiers mois de l'activité visée à l'al. 1er, et à deux ans pour les assurés qui ont des obligations d'entretien envers des enfants ou qui sont âgés de plus de 45 ans (al. 4). Si l'assuré, afin d'éviter d'être au chômage, accepte d'exercer pendant au moins une période de contrôle une activité à plein temps pendant laquelle il touche une rémunération inférieure aux indemnités auxquels il aurait droit, l'art. 11 al. 1er n'est pas applicable durant les délais fixés à l'al. 4 (al. 5).

E. 6

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 (SECO, circ. C144 et ss).

E. 7

Plus concrètement, le Tribunal fédéral a indiqué, s'agissant d'une personne exerçant une activité intermédiaire en tant que mandataire, qu'en l'absence d'une convention

A/3313/2008 - 12/17 - ou d'un usage, le juge doit déterminer la rémunération due au mandataire selon des principes généraux, en calculant des honoraires objectivement équitables. A cet occasion, il a également rappelé qu'il "ne fait dès lors aucun doute que le gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI, qu'il provienne d'une activité salariée ou indépendante, doit être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux" (ATF 120 V 515, p. 520). Ainsi, selon notre Haute Cour, les dispositions relatives

au gain intermédiaire sont applicables aussi bien aux activités dépendantes qu'indépendantes (ATF 120 V 518).

E. 8

Dans un arrêt plus ancien, le Tribunal fédéral a estimé, pour une personne tenancière d'un bar, exerçant une activité lucrative indépendante, que la prise en compte d'un gain intermédiaire conforme aux usages professionnels et locaux lors des premières années d'activité de l'établissement était justifié par le but visé de l'art. 24 al. 3 LPGA, cela quand bien même aucun revenu n'avait été réalisé durant les premiers mois. Même si cette façon de procéder pouvait paraître injuste dans un cas particulier, elle se justifiait à la lumière du but visé par la réglementation du gain intermédiaire prévue à l'article 24, alinéa 3 LACI. Ainsi, notre Haute Cour a pris comme gain intermédiaire les salaires minimums appliqués pour les employés dans le domaine de la gastronomie, soit un montant mensuel de 2'450 fr. par mois pour un taux horaire de 42 heures par semaine. (Arrêt non publié, C 12/01 consid. 4b/bb).)

E. 9

Dans un autre contexte, le Tribunal fédéral a retenu que, pour une activité de collaborateur au service externe, le salaire mensuel de 3'500 fr. retenu par la caisse en tant que gain intermédiaire, correspondant à 20 fr. l'heure était conforme aux usages professionnels et locaux. Le TF a ainsi retenu que pour un collaborateur au service externe, le montant de 20 fr. l'heure était justifié (arrêt non publié C 230/2003, consid. 5).

E. 10

Le Tribunal fédéral a également estimé, pour le calcul du gain intermédiaire, pour une activité de "wine broker", consistant à conclure et à négocier des affaires pour le compte d'une société, qu'une rémunération de 20 fr. par heure était conforme aux usages professionnels et locaux, étant précisé que notre Haute Cour a assimilé cette fonction à une activité déployée au sein du service externe d'une société (arrêt non publié, 8C_774/2008). Il résulte ainsi des exemples tirés de la jurisprudence que le gain intermédiaire, lorsqu'il ne peut être calculé de façon concrète, doit être évalué en fonction de salaires minimaux dans la branche considérée. Les montants sont ainsi fixés relativement bas au regard des activités concrètement exercées.

E. 11

La doctrine précise enfin que pour déterminer le salaire conforme aux usages professionnels et locaux, il convient de prendre comme référence le salaire des travailleurs en question, en se fondant sur les règles légales, les statistiques,

A/3313/2008 - 13/17 - l'échelle des salaires dans l'entreprise en cause, les CTT et les CCT, ainsi que les directives émises par les associations professionnelles concernées. Enfin, lorsque l'horaire de travail n'est pas contrôlable, faute de renseignements crédibles, l'assuré est présumé travailler à plein temps (RUBIN, Assurance-chômage, Survol des mesures cantonales de procédure, 2e édition mise à jour et complétée p. 332, et les références citées).

E. 12

En l'espèce, il apparaît que l'OCE, dans sa décision du 3 août 2007, n'a pas pris, comme gain intermédiaire, le revenu que le recourant allègue avoir réalisé, soit un montant total de 5'846 fr. 50 relatif aux ventes de montres. Elle a toutefois considéré que le salaire mensuel

effectivement perçu par le recourant lorsqu'il était salarié chez X_____. SA., soit 7'000 fr., pouvait être considéré comme gain intermédiaire, dès lors que le but de la société Z_____ Sàrl était similaire à celui de X_____. SA. Elle explique du reste dans sa décision sur opposition du 7 août 2007 que les recommandations salariales concernant les salaires 2002 édités par la Société suisse des employés de commerces préconisent selon le niveau de formation de l'assuré un salaire moyen annuel de 85'325 fr.75, soit un montant mensuel de 7'110 fr. 45 (Niveau X, 41 ans, salaire moyen majoré de 5.9% dans la région de Genève).

E. 13

A cet égard, le Tribunal constate qu'au regard de la jurisprudence précitée, il n'apparaît pas possible de prendre en considération, en tant que gain intermédiaire, le dernier revenu réalisé par le recourant en tant que salarié au sein de la société X_____. SA. Il n'existe par ailleurs aucune règle légale, statistiques, échelle des salaires ou convention collective de travail correspondant à l'activité d'employé de commerce telle que retenue par la caisse. En revanche, les recommandations salariales de la société suisse des employés de commerce peuvent servir de référence pour le calcul du gain intermédiaire. Cependant, conformément aux diverses jurisprudence précitées (C 12/01 ; C.230/03 ; 8C_774/2008), il convient de prendre en compte le revenu minimum auquel peut prétendre un employé de commerce. Ainsi, le gain intermédiaire tel que fixé par l'autorité cantonale à 7'110 fr. 45 ne saurait être retenu dans la mesure où il se réfère à un gain moyen pour un employé de commerce ayant des qualifications particulières.

E. 14

L'assuré allègue qu'il n'a pas les qualifications requises pour s'occuper du domaine d'activité relatif à informatique, étant ingénieur-civil diplômé EPF et non informaticien, raison pour laquelle il a d'ailleurs engagé un employé. Pour les mêmes raisons, il ne pouvait former lui-même son employé dans le cadre de l'AIT requise. L'assuré explique ainsi que la seule activité qu'il a exercée au sein de Z_____ Sàrl, est l'achat et la vente de quelques montres ; la société lui a par ailleurs principalement servi de structure pour ses recherches d'emploi qu'il pouvait difficilement effectuer chez lui en raison de la présence de sa fille âgée de cinq ans.

A/3313/2008 - 14/17 -

E. 15

Ces allégations n'emportent toutefois pas la conviction du Tribunal. En effet, le but de la société Z_____ Sàrl tel qu'il figure au registre du commerce est pour rappel le suivant : "exploiter un bureau actif dans le domaine de l'informatique et des multimédias, notamment par la création de sites Internet/Intranet, de serveurs Web et de logiciels; fournir des conseils, services et développements informatiques, en particulier dans les domaines Internet/Intranet, soit conception et création de sites Internet (homepage), production de produits audio-visuels ainsi que conception et réalisation de ces derniers; agir en qualité de consultant et de formateur dans les domaines informatiques et de la communication, en particulier dans le secteur des systèmes et des développements et applications Internet/Intranet; importer, exporter, faire le commerce, distribuer et faire la représentation de biens, accessoires, logiciels, matériel électronique, appareils électroniques et informatiques, ainsi que de montres". Or, le recourant a déjà exercé une activité dans le domaine de l'informatique auprès de la société X_____. SA en tant que Country Head

Client Account Manager consistant en substance en le fait d'approcher des sociétés afin de leur proposer de bénéficier de prestations de services. Pour ce faire, ce dernier a d'ailleurs dû suivre des cours informatiques. Cette activité s'apparente ainsi en partie aux activités de consultant et de commerce en informatique figurant notamment dans le but de Z_____ Sàrl. De surcroît, le seul employé du recourant ne dispose pas non plus de qualifications particulières dans le domaine informatique, dès lors qu'il est au bénéfice d'une formation de technicien dans l'industrie. Ce manque de qualification a du reste nécessité une demande d'AIT, laquelle a toutefois été refusée. Il ressort par ailleurs d'un courrier adressé à la caisse le 13 juillet 2004 que le recourant a tenté de développer un projet de catalogue sur CD avec des tiers pour sa société, projet qu'il a dû abandonner en raison d'un manque d'intérêt de potentiels investisseurs. Ceci démontre, contrairement à ce qu'il allègue, qu'il ne s'est pas contenté de vendre quelques montres ou d'utiliser cette société uniquement comme structure pour ses recherches d'emploi. S'agissant de cette dernière allégation, le Tribunal relève qu'il apparaît nettement disproportionné, aux regard des charges inhérentes à l'exploitation d'une telle entreprise, d'utiliser une telle structure uniquement pour effectuer plus efficacement des recherches d'emploi prétendument rendues difficiles par la présence de sa jeune fille à son domicile. Sur ce dernier point, il convient de souligner également que le recourant a indiqué dans son courrier du 31 août 2009, avoir finalement installé son bureau à son domicile, ce qui contredit ses premières déclarations. Enfin, il sera également rappelé qu'il ressort du bilan de la société que les postes "frais clients & représentation" et "frais voyage & déplacement" sont passés de 843 fr. 50 en 2002 à 24'320 fr. en 2003 et à 32'339.85 en 2004, ce qui démontre une activité croissante de cette société.

A/3313/2008 - 15/17 -

E. 16

C'est donc à juste titre que la caisse a retenu que le recourant a été actif au sein de sa société. Il n'est toutefois pas réellement déterminant de savoir si l'assuré a exercé une activité en tant qu'employé de commerce dans le domaine informatique ou non, dès lors qu'il conviendra de prendre le revenu minimum d'un employé de commerce comme gain intermédiaire. Le fait de retenir une activité à plein temps pour le calcul de ce gain n'est pas non plus critiquable, au vu de la doctrine susmentionnée. Enfin, s'agissant de l'allégation du recourant selon laquelle il n'a concrètement perçu de son activité au sein de Z_____ Sàrl aucun revenu, dividende ou tantième, comme cela ressort des déclarations fiscales produites, le Tribunal rappellera qu'il ne saurait s'écarter de la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle il convient de traiter de la même façon les personnes exerçant un gain intermédiaire en qualité d'indépendant que les personnes salariées et ce quand bien même l'activité indépendante ne fait que débiter et que les revenus concrètement perçus sont très faibles. Il ne peut être ainsi tenu compte du fait que l'assuré a, selon lui, tiré de son activité indépendante que des revenus dérisoires, étant par ailleurs précisé que les montants relatifs à l'achat et à la vente de quelques montres qu'il allègue avoir perçu ne correspondent pas aux revenus figurant dans les déclarations fiscales produites.

E. 17

Il découle de ce qui précède que la cause sera renvoyée à l'OCE afin que le calcul du gain intermédiaire soit effectué conformément aux critères fixés par la jurisprudence du Tribunal fédéral. La date d'ouverture du délai-cadre d'indemnisation sera également revue.

A/3313/2008 - 16/17 -

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