

## **GE\_GERICHTE ATAS/33/2021 vom 21. Januar 2020**

GE Cour de justice, 2020-01-21, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_33\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_33_2021)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/33/2021 du 21 janvier 2020

IT: GE\_GERICHTE ATAS/33/2021 del 21 gennaio 2020

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice 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 - RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982 (loi sur l'assurance-chômage, LACI - RS 837.0). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

#### **E. 2**

La LPGA, entrée en vigueur au 1er janvier 2003, s'applique au cas d'espèce, à moins d'une dérogation expresse (art. 1 al. 1 LACI).

#### **E. 3**

Interjeté dans les formes et le délai prescrits, le recours est recevable (art. 56 à 61 et 38 al. 3 LPGA).

#### **E. 4**

L'objet du litige se limite au montant de l'indemnité compensatoire (au sens de l'art. 24 al. 1 LACI) due à la recourante pour novembre 2018 dans le cadre de son activité de réceptionniste réalisée sous le régime du gain intermédiaire. L'aptitude au placement à 100% dès le 1er septembre 2018 n'est pas contestée, pas plus que le gain assuré (CHF 3'980.-), le gain journalier assuré (CHF 183.41 [3'980.- / 21.7]) ou encore l'indemnité journalière (CHF 140.-).

#### **E. 5**

Aux termes de l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a), s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (let. b), s'il est domicilié en Suisse (let. c), s'il a achevé sa scolarité obligatoire, qu'il n'a pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touche pas de rente de vieillesse de l'AVS (let. d), s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (let. e), s'il est apte au placement (let. f) et s'il satisfait aux exigences du contrôle (let. g). Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 2018 consid. 2). L'art. 11 LACI dispose qu'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 (al. 1).

#### **E. 6**

Selon l'art. 24 al. 1 et 3 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. 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 (art. 23 al. 3). L'art. 41a al. 1 de l'ordonnance sur l'assurance chômage du 31 août 1983 (OACI – RS 837.02) précise que lorsque l'assuré réalise un revenu inférieur à son indemnité de

A/1227/2019 - 10/16 - chômage, il a droit à des indemnités compensatoires pendant le délai-cadre d'indemnisation. Les revenus de plusieurs activités exercées à temps partiel sont cumulés pour l'examen de la prétention à la compensation de la perte de gain. Une prétention aux indemnités compensatoires n'existe que si le revenu global de la personne assurée demeure inférieur à l'indemnité de chômage à laquelle elle pourrait prétendre (ATF 127 V 479). Le but de l'art. 24 al. 3 LACI est d'empêcher le « dumping salarial », c'est-à-dire d'éviter que des travaux représentant une certaine valeur économique et financière puissent être entrepris ou exécutés aux frais de l'assurance sociale alors qu'ils devraient normalement être rémunérés (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 107/05 du 18 juillet 2006 consid. 4.1; Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, n. 33 ad art. 24 LACI). 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. 8ss LACI (ATF 121 V 336, consid. 2b et 2c). Un assuré ne perd pas son droit à l'indemnité du seul fait qu'un salaire, annoncé comme gain intermédiaire, est inférieur aux usages professionnels et locaux. Dans cette hypothèse, il a droit à la compensation de la différence entre le gain assuré et le salaire correspondant aux usages professionnels et locaux (ATF 129 V 102 ; ATF 120 V 233 consid. 4b ; ATF 120 V 502 consid. 8e ; ATF 120 V 515 consid. 2b). Un salaire fictif, conforme à ces usages, remplace le salaire réellement perçu par l'assuré, pour le calcul de sa perte de gain. Les indemnités compensatoires seront calculées sur la base du salaire conforme aux usages professionnels et locaux même si l'assuré ne réalise aucun gain ou seulement un gain minimale (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_774/2008 du 3 avril 2009 consid. 2 et les références).

## **E. 7**

a. En l'espèce, il est constant que, quel que soit le contrat de travail pris en considération, la recourante réalise, depuis le 1er novembre 2018, sous le régime du gain intermédiaire, un revenu mensuel de CHF 700.-, inférieur au gain assuré de CHF 3'980.-, et qu'elle subit ainsi une perte de gain ouvrant droit, en principe, à une indemnité compensatoire au sens de l'art. 24 al. 1 LACI. Le montant exact de cette dernière, pour la période de contrôle en cause (novembre 2018), étant fonction de la différence entre le gain assuré et un gain intermédiaire conforme aux usages professionnels et locaux, il est nécessaire, dans un premier temps, de déterminer sur la base de quel contrat cet examen de conformité doit avoir lieu. Dès lors qu'il n'est plus contesté par les parties à la procédure, au stade de la décision entreprise, que le contrat du 1er novembre 2018 – prévoyant un revenu de CHF 700.- pour un taux d'activité de 40% – ne correspondait pas à la réelle et commune intention de la recourante et de son employeur au 1er novembre 2018, se

A/1227/2019 - 11/16 - pose uniquement la question de savoir s'il y a lieu de prendre en considération le contrat de travail du 6 décembre 2018 ou celui du 1er mars 2019, étant relevé que les cocontractants ont prévu, dans les deux cas, que la réduction du taux

d'activité (17.5% dans le premier, 10% dans le second) rétroagissait au 1er novembre 2018. 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. Les faits survenus postérieurement, et qui ont modifié cette situation, doivent normalement faire l'objet d'une nouvelle décision administrative (ATF 121 V 366 consid. 1b et les références). Les faits survenus postérieurement doivent cependant être pris en considération dans la mesure où ils sont étroitement liés à l'objet du litige et de nature à influencer l'appréciation au moment où la décision attaquée a été rendue (ATF 99 V 102 et les arrêts cités ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances I 321/04 du 18 juillet 2005 consid. 5). Le contrat du 1er mars 2019 étant, en l'occurrence, postérieur à la décision litigieuse, c'est à la lumière de celui du 6 décembre 2018 qu'il y a lieu d'examiner si le gain intermédiaire de novembre 2018 est conforme aux usages professionnels et locaux. Cette solution se justifie à plus forte raison que la mise en œuvre de jours de congé, destinée à compenser le passage rétroactif d'un taux de 17.5% à 10% n'a effectivement déployé ses effets qu'à partir de mars 2019, ce qui démontre que la recourante percevait bel et bien CHF 700.- pour un taux d'activité de 17.5% à la date de la décision entreprise. b. Il convient à présent de déterminer si un revenu de CHF 700.- correspondant à un salaire de 4'000.- CHF/mois pour une occupation à plein temps ( $17.5x/100 = 700/x$  ;  $17.5x = 70'000$  ;  $x = 70'000/17.5$  ;  $x = 4'000$ ), peut être qualifié de conforme aux usages professionnels et locaux. La caisse examine si le salaire est conforme aux usages professionnels et locaux en se fondant sur les prescriptions légales, la statistique des salaires, l'échelle des salaires usuels dans l'entreprise ou de la branche, les contrats-types ou les conventions collectives de travail. Elle peut, cas échéant, se procurer les directives émises par les associations professionnelles (cf. Bulletin LACI-IC du Secrétariat d'État à l'économie [SECO], janvier 2013, ch. C134). En l'absence de tels indicateurs, comme c'est le cas en l'espèce, il convient de se baser sur tout autre élément susceptible de définir la pratique salariale en matière d'emplois similaires, le salaire usuellement versé pour l'activité considérée, selon sa nature particulière (cf. arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud ACH 191/15 du 28 juillet 2016 consid. 5a). En l'occurrence, l'intimée s'est basée sur les salaires d'usage tels que ressortant du calculateur de l'USS, instrument qui, en plus du salaire médian usuel, donne « une fourchette de salaires qui, à qualifications égales, exclut 25% des salarié-e-s les moins bien payés, respectivement les mieux payés. Sous la barre des 25%, on ne

A/1227/2019 - 12/16 - peut plus parler de salaire usuel : on fait face ici à un risque de sous-enchère salariale abusive » (cf. <https://www.salaire-uss.ch/articles/details/8>). c. Dans un arrêt du 25 juin 2013, la Cour de céans a déjà considéré que l'utilisation du calculateur de l'USS ou de celui de l'Observatoire genevois du marché du travail (OGMT) ne prêtait pas le flanc à la critique dès lors qu'il se fondait sur les dernières données disponibles de l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS), soit une enquête d'envergure nationale conduite par l'Office fédéral de la statistique tous les deux ans, l'ESS étant d'ailleurs une source fiable et reconnue par la jurisprudence du Tribunal fédéral, notamment pour le calcul d'un degré d'invalidité (ATF 126 V 75, consid. 3b/aa et bb ; ATAS/643/2013 du 25 juin 2013 consid. 6c). La jurisprudence du Tribunal cantonal vaudois, qui intègre également les données du calculateur individuel de salaire « Salarium » de l'office fédéral de la statistique (OFS) partage ce même point de vue et précise qu'il convient de se fonder sur le seuil de 25% des travailleurs les moins bien payés (cf. notamment l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud ACH 153/16 du 8 novembre 2016 consid. 5b et l'arrêt ACH 191/15 précité). d. En l'occurrence, on relève que selon la décision litigieuse (point 24), la version

du calculateur de l'USS utilisée se fonde sur l'ESS 2014. L'intimée précise qu'il ressort de l'extrait du calculateur de salaire (non versé au dossier) « que le seuil inférieur du salaire mensuel pour un profil actif, dans des activités d'employé de réception, dans le canton de Genève, au bénéfice d'une maturité, sans fonction de cadre, pour un horaire hebdomadaire de 40 heures et sans aucune ancienneté, s'élève à CHF 4'630.- pour le calculateur de l'USS ». Ce montant s'abaisse à CHF 4'025.- lorsque – toutes choses égales par ailleurs –, la personne n'est pas titulaire d'une maturité, mais a simplement achevé sa scolarité obligatoire, hypothèse sur laquelle reposait la décision du 4 décembre 2018 en méconnaissance du CV de l'intéressée. On peut relever qu'en sélectionnant, dans le calculateur de l'USS, l'activité d'employée de réception et non celle d'employée de bureau (cf. réponse au recours, p. 2), qui se situe dans une fourchette de rémunération un peu plus élevée, l'intimée a fait un choix favorable à la recourante, qui reste cependant dans les limites du pouvoir d'appréciation qui est le sien (ATF 137 V 71 consid. 5.1 ; ATF 123 V 150 consid. 2 et les références). Aussi la Cour de céans ne voit-elle pas de motif pertinent de substituer sa propre appréciation à celle de l'intimée. Pour les mêmes raisons, le choix d'assimiler le baccalauréat (dont la recourante est titulaire) à une maturité ne souffre pas non plus la critique. Au moment de la rédaction du présent arrêt, le calculateur de l'USS se fonde sur l'ESS 2016. Cela étant précisé, il s'avère qu'en sélectionnant l'activité de réceptionniste, la branche « activités juridiques et comptables », l'âge de la recourante en novembre 2018 (29 ans), sa formation (maturité), l'absence d'années

A/1227/2019 - 13/16 - d'ancienneté et de fonction de cadre, le canton de Genève comme lieu de travail et une durée de travail de 40 heures hebdomadaires, le calculateur de l'USS ne fournit de résultats ni pour l'arc lémanique en général, ni pour Genève en particulier, car « il y a moins de 10 entreprises et/ou moins de 150 observations dans la branche sélectionnée au niveau géographique respectif, ou l'estimation est trop imprécise en raison des données à disposition ». En revanche, il indique un salaire médian de CHF 4'630.- (chiffre qui se recoupe avec celui retenu par l'intimée) ainsi qu'une limite des 25% inférieurs à CHF 4'020.- ; ces chiffres concernent toutefois la moyenne nationale. À titre de comparaison, le calculateur de l'OGMT (qui renvoie au calculateur national de salaires du Secrétariat d'État à l'économie [SECO]), mentionne que dans la branche économique 69-71 (activités juridiques, comptables, de gestion, d'architecture, d'ingénierie), une personne âgée de 29 ans, sans années de service, titulaire d'une maturité, qui n'assume pas de fonction de cadre et exerce la profession de la ligne 42 (employés de réception, guichetiers et assimilés) réalise, sur la base de l'ESS 2016, un salaire médian de CHF 4'580.- dans la région lémanique (VD, VS, GE), alors que la limite des 25% inférieurs se situe à CHF 4'070.-. À l'examen, il s'avère que ces chiffres se recoupent en partie avec les résultats donnés par ce même calculateur pour l'ensemble de la Suisse (salaire médian de CHF 4'580.- et limite du premier quartile [25%] à CHF 4'010.-). En se livrant au même exercice au moyen du calculateur « Salarium » de l'OFS, lequel se fonde sur les résultats de l'ESS 2018, il apparaît que, malgré la légère progression du salaire médian des emplois de la ligne 42 (employé(e)s de réception, guichetiers et assimilés) entre 2016 et 2018, passant (pour une femme dont l'âge est inférieur ou égal à 29 ans dans la région lémanique) de CHF 4'324.- à CHF 4'371.- (cf. les tableaux T17 de l'ESS 2016 et 2018 ; salaire mensuel brut [valeur centrale] selon les groupes de professions, l'âge et le sexe – secteur privé et secteur public [Confédération, cantons, districts, communes, corporations], région lémanique [VD, VS, GE]), ledit calculateur, dont le champ d'analyse est plus précis, indique qu'une personne présentant le profil de la recourante réalise, dans la limite du premier quartile, un

salaire de CHF 3'895.- et un salaire médian de CHF 4'492.- en tenant compte des paramètres suivants - correspondant à la recourante : 29 ans, permis B, certificat de maturité, branche économique 69 (activité juridiques et comptables), activité de la ligne 42 (employé(e)s de réception, guichetiers et assimilés), sans fonction de cadre, région lémanique (VS, VD, GE), entreprise comptant moins de vingt employés, rétribuant ses collaborateurs douze fois l'an sans « paiements spéciaux ». Sachant qu'il existe – les résultats du calculateur du SECO le démontrent –, une relative similitude entre les valeurs nationales et celles de la région lémanique, que d'autre part, entre 2014 (année à laquelle se réfère le calculateur de l'USS selon la décision litigieuse) et 2016, le salaire médian a même augmenté pour les activités de la branche économique 69-71 (activités juridiques, comptables, de gestion,

A/1227/2019 - 14/16 - d'architecture, d'ingénierie), passant, pour une femme sans fonction de cadre, de CHF 6'208.- à CHF 6'331.- (cf. les tableaux T1\_b\_tirage\_branches économiques de l'ESS 2014 et 2016 ; salaire mensuel brut [valeur centrale] selon les branches économiques, la position professionnelle et le sexe – secteur privé et secteur public [Confédération, cantons, districts, communes, corporations] ensemble), tout en restant quasiment stable pour les emplois de la ligne 42 (employé(e)s de réception, guichetiers et assimilés), passant, pour une femme dont l'âge est inférieur ou égal à 29 ans dans la région lémanique, de CHF 4'332.- à CHF 4'324.- (cf. les tableaux T17 de l'ESS 2014 et 2016 ; salaire mensuel brut [valeur centrale] selon les groupes de professions, l'âge et le sexe – secteur privé et secteur public [Confédération, cantons, districts, communes, corporations], région lémanique [VD, VS, GE]), il n'est guère concevable, nonobstant ce qu'indique la décision litigieuse, que selon les résultats donnés par le calculateur de l'USS sur la base de l'ESS 2014 (non transmis par l'intimée), le « seul inférieur du salaire mensuel » (sic) s'élève, dans le canton de Genève, à CHF 4'630.- pour une employée de réception au bénéfice d'une maturité, sans fonction de cadre, ni ancienneté. e. Compte tenu des développements qui précèdent, la Cour de céans ne saurait faire sien le montant de CHF 4'630.- (CHF 810.25 pour le taux d'activité de 17.5% en cause) que l'intimée a retenu à titre de gain intermédiaire conforme aux usages professionnels et locaux. En l'absence de données fournies par le calculateur de l'USS pour l'arc lémanique, il convient plutôt de se référer aux résultats, valables pour cette région, donnés par les calculateurs « Salarium » et du SECO, dont il ressort que, pour une personne présentant le profil de la recourante mais travaillant 40 h./sem., le premier quartile (25%) du salaire usuel se situe dans une fourchette de CHF 3'895.- (« Salarium ») à CHF 4'070.- (calculateur du SECO). Il s'ensuit qu'en convenant d'un salaire de CHF 700.- pour un taux d'activité de 17.5% (correspondant à CHF 4'000.- pour une activité à plein temps exercée 40 h./sem.), les parties au contrat du 6 décembre 2018 ne sont pas tombées en dessous d'un seuil qui aurait nécessité la prise en compte d'un revenu fictif par l'intimée.

## **E. 8**

a. En conséquence, la recourante a droit à la compensation de la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire effectif (CHF 700.-). Il convient d'en tenir compte comme suit : en multipliant le gain intermédiaire de CHF 700.- par le taux que l'intimée a appliqué au gain journalier assuré (CHF 183.41) pour fixer le montant – non contesté – des indemnités journalières à CHF 140.- (76.33% ; cf. art. 22 al. 2 let. b LACI), il en résulte un montant de CHF 534.31. En divisant ce dernier par le montant de l'indemnité journalière (CHF 140.-), on obtient 3.8 indemnités journalières que l'intimée est dispensée de payer à la

recourante pour le mois de novembre 2018 (cf. DTA 2005, p. 290 consid. 2.3.4 pour cette méthode de calcul). Étant donné que cette période comptait 22 jours contrôlés, la recourante a donc droit à 18.2 indemnités journalières à

A/1227/2019 - 15/16 - CHF 140.-, ce qui correspond à une perte de gain indemnisable de CHF 2'548.- bruts (et non CHF 2'464.- comme indiqué dans le décompte du 28 février 2019, remplaçant celui du 5 décembre 2018), venant s'ajouter au gain intermédiaire de CHF 700.- versé par l'employeur. b. Sans développer d'argumentation pertinente en rapport avec l'art. 24 LACI, la recourante conclut à ce que la Cour dise que « toutes réductions de [ses] droits aux indemnités de chômage sont contraires au droit ». Ce faisant, la recourante oublie qu'elle a seulement droit à la compensation de la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire dans la mesure fixée ci-dessus (consid. 7a). En outre, si elle n'avait pas réalisé de gain intermédiaire en novembre 2018, elle n'aurait pas droit à CHF 3'248.- (CHF 2'548.- + CHF 700.-) mais à CHF 3'080.- bruts (soit 140.- x 22 jours contrôlés).

#### **E. 9**

Compte tenu de ce qui précède, le recours est partiellement admis et la décision sur opposition du 21 février 2019 réformée en ce sens que l'indemnité compensatoire due à la recourante pour novembre 2018 se monte à CHF 2'548.- bruts. Pour le surplus, la cause est renvoyée à l'intimée pour qu'elle opère les déductions nécessaires sur ce montant (charges sociales et, cas échéant, impôt fédéral à la source) puis procède au versement du solde dû à la recourante après imputation des prestations déjà versées.

#### **E. 10**

Représentée par un mandataire durant une petite partie de la procédure et obtenant partiellement gain de cause, la recourante a droit à une indemnité à titre de participation à ses frais et dépens, dont le montant est arrêté à CHF 500.- (art. 61 let. g LPGA ; art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en matière administrative, du 30 juillet 1986 [RFPA – E 5 10.03]). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

\*\*\*\*\*

A/1227/2019 - 16/16 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES  
SOCIALES : Statuant À la forme :

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