

## **GE\_GERICHTE ATAS/580/2012 vom 2. Mai 2012**

GE Cour de justice, 2012-05-02, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_580\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_580_2012)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/580/2012 du 2 mai 2012

IT: GE\_GERICHTE ATAS/580/2012 del 2 maggio 2012

### **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; RS E 2 05) en vigueur dès le 1er janvier 2011, 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.

A/1483/2011 - 6/11 -

#### **E. 2**

Les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité, à moins que la LACI ne déroge expressément à la LPGA (cf.: art. 1 al. 1 LACI).

#### **E. 3**

Interjeté dans le délai et la forme prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA).

#### **E. 4**

Selon l'art. 53 al. 3 LPGA, jusqu'à l'envoi de son préavis à l'autorité de recours, l'assureur peut reconsidérer une décision ou une décision sur opposition contre laquelle un recours a été formé. La loi genevoise sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA; RS E 5 10) précise, en son art. 67 al. 2, qu'en pareil cas, il doit notifier, sans délai, sa nouvelle décision aux parties et en donner connaissance à l'autorité de recours (al. 2). Le litige subsiste si la nouvelle décision ne règle pas la question à satisfaction du recourant et l'autorité saisie doit entrer en matière sur le recours dans la mesure où l'intéressé n'a pas obtenu satisfaction, sans que ce dernier soit obligé d'attaquer le nouvel acte administratif (cf. ATF 107 V 250). Cela étant, si l'assureur a déjà envoyé sa réponse, il ne peut plus reconsidérer sa décision. Une décision "pendente lite" rendue postérieurement à l'échéance du délai de réponse est donc nulle et n'a valeur que d'une simple proposition au juge (cf. 130 V 138 consid. 4.2 p. 144, 109 V 234 consid. 2 p. 236 s.; Ueli KIESER, ATSG- Kommentar, 2ème éd., n° 48 ad art. 53).

#### **E. 5**

En l'occurrence, dans sa réponse du 13 juillet 2011, l'intimée a reconsidéré sa décision et fixé le gain assuré à 5'014 fr. pour le délai-cadre ouvert le 12 décembre 2008 et à 5'120 fr. dès le 1er novembre 2010, sur la base d'une durée maximum de travail de 41 heures par

semaine prévue par le CCT. Elle a également ramené le montant de la restitution à 320 fr. 40 et notifié des décomptes rectificatifs au recourant en date du 11 juillet 2011. Enfin, dans son écriture complémentaire du 9 août 2011, elle a encore réduit le montant de la restitution à 319 fr. 70 pour tenir compte d'un montant de 143 fr. 75 retenu sur les indemnités de juin 2011. Le recourant persiste à contester le calcul du gain assuré, considérant qu'il convient de retenir l'horaire habituel de l'entreprise, soit une moyenne de 42,5 heures de travail par semaine, de sorte que le litige subsiste. La Cour de céans relève que l'objet du litige ne porte plus que sur le calcul du gain assuré finalement pris en compte par l'intimée dans ses calculs correctifs. En effet, le montant de 1091 fr. 65 retenu par l'intimée sur les indemnités de chômage du recourant au mois de mai 2011, nonobstant son recours, lui a été remboursé. Partant, les conclusions du recourant tendant à la condamnation de l'intimée à lui restituer ledit montant deviennent sans objet. Pour le surplus, lors de l'audience de comparution personnelle du 5 octobre 2011, l'intimée a déclaré qu'elle ne réclamait

A/1483/2011 - 7/11 - plus aucune restitution au recourant, et plus particulièrement le montant de 319 fr. 70.

## **E. 6**

À teneur de l'art. 23 al. 1er 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. Le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisations qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (art. 37 al. 1 de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité [OACI; RS 837.02]). Il est déterminé sur la base du salaire moyen des douze derniers mois de cotisations précédant le délai-cadre d'indemnisation si ce salaire est plus élevé que le salaire moyen visé à l'al. 1er (art. 37 al. 2 OACI). Selon l'art. 37 al. 3bis OACI, lorsque le salaire varie en raison de l'horaire de travail usuel dans la branche, le gain assuré est calculé conformément aux al. 1 à 3, mais au plus sur la moyenne annuelle de l'horaire de travail convenu contractuellement. En outre, le gain assuré est redéfini pour la période de contrôle suivante si, pendant le délai-cadre d'indemnisation, l'assuré a exercé pendant au moins six mois consécutifs, avant de retomber au chômage, une activité soumise à cotisation pour laquelle il a reçu un salaire supérieur au gain assuré (art. 37 al. 4 OACI). Par salaire normalement obtenu au sens de l'art. 23 al. 1er LACI, il faut entendre la rémunération touchée effectivement par l'assuré. Le salaire contractuel n'est déterminant que si les parties respectent sur ce point les clauses contractuelles. Il s'agit en effet d'éviter des accords abusifs selon lesquels les parties conviendraient d'un salaire fictif qui, en réalité, ne serait pas perçu par le travailleur : un salaire contractuellement prévu ne sera dès lors pris en considération que s'il a réellement été perçu par le travailleur durant une période prolongée, sans faire l'objet de contestations (ATF 131 V 444 consid. 3.2 ; ATF non publié du 3 août 2007, C 155/06, consid. 3.2). Ne font en revanche pas partie du gain assuré les indemnités versées pour les heures supplémentaires – dans leur acception étroite –, de même que les heures accomplies en sus de l'horaire habituel (cf. ATF 129 V 105). La circulaire du SECO relative à l'indemnité de chômage du mois de janvier 2007 précise que le gain provenant des heures supplémentaires n'entre dans le gain assuré que si le total des heures fournies pendant la période de référence ne dépasse pas en moyenne le temps de travail maximum à fournir selon les termes du

contrat (cf. chiffres C1 et C2).

## E. 7

Afin de calculer le gain assuré, il convient en premier lieu de déterminer quel est l'horaire de travail convenu contractuellement.

A/1483/2011 - 8/11 - a) Le contrat de mission conclu le 1er juin 2007 entre OSEO (bailleresse de services) et le recourant (cf. pièce n° 10 de l'intimée) en vertu de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 6 octobre 1989 (LSE; RS 823.11) stipule que les dispositions du contrat-cadre s'appliquent en règle générale et sont complétées par les conditions suivantes : le recourant est engagé en qualité de manœuvre dès le 4 juin 2007 pour une mission temporaire auprès de l'entreprise X\_\_\_\_\_ SA, à Nyon, pour un salaire horaire de 29 fr. 70. Concernant l'horaire de travail et les heures par jour / semaine, le contrat de mission ne prévoit rien, mais précise : «selon accord ». Selon le chiffre 1.2 du contrat-cadre de travail temporaire du 23 janvier 2007 (cf. pièce n° 10 de l'intimée), lorsque l'entreprise de mission est soumise à une convention collective de travail avec déclaration d'extension, l'employé est soumis aux dispositions de ladite convention en ce qui concerne le salaire et la durée du travail. Selon le contrat de mission conclu le 3 février 2011 entre OSEO et le recourant (cf. pièce n° 20 de l'intimée) en vertu de la LSE, ce dernier est engagé dès le 2 février 2011 pour une mission d'une durée indéterminée (mais d'au maximum trois mois) auprès de l'entreprise X\_\_\_\_\_ SA, à Carouge, pour un salaire horaire total de 33 fr. 60. S'agissant de l'horaire de travail, le contrat mentionne : « selon mission ». Il précise pour le surplus que l'entreprise d'affectation est soumise à la CCT Second œuvre Genève et que le contrat-cadre fait partie intégrante. Cette CCT a été remplacée au début de l'année 2008 par la CCT romande du second œuvre du 16 janvier 2007 (ci-après : CCT), laquelle a vu son champ d'application étendu à toutes les entreprises de la branche par arrêtés du Conseil fédéral des 28 février et 23 juillet 2008, 18 mai 2009 et 1er février 2011 (RS 221.215.311 ; FF 2008 1743 6629, 2009 3059). Ce dernier arrêté ayant effet jusqu'au 31 décembre 2012. b) En l'espèce, l'entreprise de mission est active dans le second œuvre et, par conséquent, soumise à la CCT étendue. Selon l'art. 12 ch. 1 let. a) de la CCT, la durée hebdomadaire moyenne de travail est de 41 heures. Sauf disposition contraire de la CCT, les clauses relatives à la conclusion, au contenu et à l'extinction des contrats individuels de travail ont, pour la durée de la convention, un effet direct et impératif envers les employeurs et travailleurs qu'elles lient (art. 357 al. 1 du Code des obligations [CO; RS 220]). Par ailleurs, les travailleurs temporaires n'entrent en principe pas dans le champ d'application des CCT des entreprises locataires de services. Leur contrat de travail ne les lie en effet qu'avec l'entreprise bailleresse de services. Cependant, selon l'art. 20 LSE, lorsqu'une entreprise locataire de services est soumise à une CCT étendue, le bailleur de services doit appliquer au travailleur celles des dispositions de la CCT qui concernent le salaire et la durée du travail (WYLER, Droit du travail, 2e éd., Berne, Stämpfli, 2008). Il s'ensuit que le recourant est soumis, par le biais de son employeur, à la CCT, tant en ce qui concerne le salaire que la durée du travail.

A/1483/2011 - 9/11 - Or, au regard de la CCT, s'agissant de la durée du travail, l'art. 12 al. 1 let. a) mentionne une durée hebdomadaire moyenne de 41 heures de travail par semaine et non d'une durée maximale de travail comme le soutient l'intimée. Ensuite, l'art. 12 al. 1 let b) stipule que l'entreprise peut fixer des durées hebdomadaires de 39 heures au minimum et de 45 heures au maximum, du lundi au vendredi, entre 6h00 et 22h00. En outre, l'art. 12 al. 2 let. i) indique que les heures qui dépassent le total de 2132 heures par année (ce qui

revient à 41 heures par semaine), et qui atteignent au maximum le total de 2212 heures par année (ce qui revient à 42,5 heures par semaine), doivent être considérées comme un bonus et doivent être prise sous forme de congé ou payées sans supplément. Les heures effectuées au-delà du maximum indiqué ci-dessus seront considérées comme des heures supplémentaires payées ou compensées selon l'art. 16 CCT (cf. art. 12 al. 2 let. i) 2ème paragraphe CCT. Par conséquent, à la lecture de ces dispositions, il apparaît clairement qu'au regard de la CCT, seules les heures dépassant le plafond de 2212 heures par année (soit 42,5 heures par semaine) sont considérées comme des heures supplémentaires qui ne doivent pas être prises en compte pour le calcul du gain assuré. L'interprétation faite par l'intimée du seuil de 2132 heures par année comme étant le maximum autorisé s'avère donc erronée et les conclusions qu'elle en tire également. En l'occurrence, l'entreprise de mission a confirmé que la durée hebdomadaire normale de travail est de 42,5 heures, soit 45 heures maximum durant le printemps et l'été et 40 heures maximum en automne et en hiver. Il résulte de ce qui précède que c'est à tort que l'intimée a finalement calculé le gain assuré sur la base d'un maximum de 41 heures de travail par semaine, soit 5'014 fr. dès le 12 décembre 2008 et 5'120 fr. dès le 1er novembre 2010. C'est également à tort qu'elle avait recalculé le gain assuré sur la base du maximum de 40 heures de travail par semaine mentionné sur l'attestation de l'employeur du recourant. La Cour de céans constate que les calculs effectués par l'intimée et les nouveaux décomptes notifiés au recourant en cours de procédure ne sont ainsi pas corrects. Il appartiendra à l'intimée de procéder à un nouveau calcul des prestations dues, en tenant compte du gain assuré calculé sur la base du maximum autorisé de 42,5 heures par semaine.

#### **E. 8**

Le recours, bien fondé, est admis. Les décisions de l'intimée des 22 et 23 février 2011, 7 avril et 13 juillet 2011 doivent être annulées s'agissant du calcul du gain assuré et la cause renvoyée à l'intimée pour calcul des indemnités dues et nouvelle décision.

A/1483/2011 - 10/11 - Pour le surplus, la Cour de céans donne acte à l'intimée de ce qu'elle ne réclame plus aucun montant en restitution.

#### **E. 9**

La procédure est gratuite (art. 89H al. 1 LPA).

A/1483/2011 - 11/11 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme :

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