

GE_GERICHTE ATAS/767/2008 vom 25. Juni 2008

GE Cour de justice, 2008-06-25, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_767_2008

FR: GE_GERICHTE ATAS/767/2008 du 25 juin 2008

IT: GE_GERICHTE ATAS/767/2008 del 25 giugno 2008

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. Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

E. 1.4

(7 jours civils : 5 jours ouvrables = 1.4 [ATF 122 V 251 consid. 2c et 263 consid. 5a]).

A/3262/2007 - 11/13 - En définitive, en tenant compte de la systématique de la loi, lors de l'application de l'art. 37 al. 3ter OACI, il convient de diviser le total du revenu soumis à cotisation et des indemnités compensatoires par le nombre de mois civils nécessaire pour arriver à six ou douze mois de cotisation. Lorsque les périodes de cotisation atteignent un mois civil entier, elles comptent pour un et lorsque tel n'est pas le cas, il faut tenir compte des jours ouvrables de la période concernée et les convertir en jours civils en les multipliant par le facteur 1.4. Pour procéder au calcul prévu par l'art. 37 al. 3ter OACI, l'intimée a utilisé le programme informatique du SECO qui définit automatiquement les mois de cotisation selon cette méthode de sorte qu'il y a lieu de confirmer le résultat auquel elle est arrivée. En effet, elle a procédé au calcul suivant :

Période de contrôle Jours ouvrables Jours civils (jours ouvrables x 1.4) Mois de cotisation
(jours civils : 30) Octobre 2004 8 11.2 0.37 Novembre 2004 22

1 Décembre 2004 23

1 Janvier 2005 21

1 Février 2005 20

1 Mars 2005 23

1 Avril 2005

E. 2

La LPGA, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, de même que les modifications de la LACI du 22 mars 2002 (3ème révision) et de l'OACI du 28 mai 2003, entrées en vigueur le 1er juillet 2003, sont applicables en l'espèce dès lors que la demande de prestations est postérieure au 1er juillet 2003 (cf. ATF 130 V 446 ss consid. 1, 129 V 4 consid. 1.2). Cela étant, les notions et les principes développés jusqu'alors par la jurisprudence en matière de droit à l'indemnité de chômage n'ont pas été modifiés par l'entrée en vigueur de la LPGA ou

de la 3ème révision de la LACI (voir ATF 130 V 343 consid. 3).

E. 3

Le délai de recours est de 30 jours (art. 60 al. 1 LPGA). La décision sur opposition du 28 juin 2007 a été reçue par le recourant le lendemain et le délai a commencé à courir le 30 juin 2007 (art. 38 al. 1 LPGA), puis a été interrompu du 15 juillet au 15 août 2007 (art. 38 al. 4 let. b LPGA) de sorte que le recours du 28 août 2007 a été formé en temps utile. Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable.

E. 4

Le litige porte sur le droit du recourant aux indemnités journalières de l'assurance- chômage depuis le 12 décembre 2005 date à partir de laquelle le nouveau délai- cadre d'indemnisation a commencé à courir et, plus particulièrement, sur le calcul du gain assuré.

E. 5

Les notions de gain assuré (art. 23 LACI), de gain intermédiaire (art. 24 LACI) sont distinctes l'une de l'autre, mais étroitement liées. En effet, le gain réalisé par le chômeur durant une période de contrôle (art. 24 al. 1 LACI) réduit le manque à gagner résultant du chômage (art. 11 al. 1 LACI), de sorte que l'assurance-chômage n'indemnise que la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire (art. 24 al. 2 et 3 LACI); effectuer une telle comparaison nécessite d'en définir les termes selon des critères analogues (dans ce sens, ATF 121 V 360 consid. 6a). Il convient par ailleurs d'éviter, autant que possible, qu'un assuré se voie imputer un gain intermédiaire réalisé pendant un délai-cadre d'indemnisation et que ce revenu ne soit pas ensuite pris en considération pour déterminer son gain assuré (et inversement), lors de l'ouverture d'un deuxième délai-cadre d'indemnisation. Aussi, en règle ordinaire, le Tribunal fédéral des assurances détermine le gain intermédiaire selon les mêmes règles qu'il applique au calcul du gain assuré. Ainsi

A/3262/2007 - 7/13 - en va-t-il, par exemple, du régime applicable aux indemnités de vacances versées avec le salaire, sous forme de pourcentage (cf. DTA 2000 n° 7 p. 33 consid. 2). Le salaire pris en compte comme gain assuré se rapproche de la notion de salaire déterminant au sens de la LAVS (cf. art. 5 al. 2), mais ne se recouvre pas exactement avec celui-ci, ce qui ressort d'ailleurs de la formulation «normalement» contenue dans le texte légal de l'art. 23 al. 1 LACI (NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], ch. 303 p. 116). Certains montants perçus par le salarié, certes soumis à cotisations, n'entrent pas dans la fixation du gain assuré. Il en va ainsi de la rémunération des heures supplémentaires (ATF 129 V 105), de l'indemnité de vacances à certaines conditions (DTA 2000 n° 7 p. 33), des gains accessoires (ATF 125 V 478 consid. 5a) ou encore des indemnités de frais (DTA 1992 n° 14 p. 141). L'assurance- chômage n'a en effet pas vocation d'indemniser les pertes d'activités qui dépassent l'horaire normal de travail (ATFA non publié du 26 juin 2006, C 139/05, consid. 4.1). Les indemnités de vacances perçues par l'assuré en sus du salaire horaire ou mensuel doivent être comptées à titre de gain assuré dans le mois où il a effectivement pris des vacances (ATF 125 V 48 consid. 5; DTA 2000 n° 7 p. 33). N'est pas contraire au droit fédéral la pratique administrative selon laquelle l'indemnité versée pour des vacances non obtenues ne doit pas être prise en compte dans le calcul du gain assuré (ATF 125 V 42, 123 V 70). 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 forme de pourcentage et ceux qui continuent à percevoir leur salaire durant leurs vacances (ATF 125 V 42 consid. 5, 124 V 73 consid. 4; DTA 2000 p. 33 consid. 2).

E. 6

Le recourant conteste, d'une part, le gain assuré fixé dans le nouveau délai-cadre d'indemnisation en tant que, d'une part, l'intimée n'englobe pas l'indemnité pour vacances de 2'592 fr. 15 dans le salaire soumis à cotisation en juillet 2005, d'autre part, elle ne calcule pas les mois de cotisation en divisant les jours civils de la période de contrôle comptant dans la période de cotisation par le coefficient 21.7. En revanche, il ne conteste pas les autres chiffres du calcul du 29 septembre 2006, ni que la variante retenue par cette dernière est la plus avantageuse pour lui. En l'espèce, le contrat de travail conclu le 5 avril 2005 entre le recourant et Y_____ prévoit un salaire mensuel de 8'307 fr. 70 sans indemnité supplémentaire pour vacances sous forme de pourcentage. En outre, par lettre de résiliation du 8 juillet 2005 pour le 18 juillet 2005, l'employeur a très clairement indiqué que le recourant était libéré de l'obligation de travailler dès le 11 juillet 2005 en précisant qu'il verserait en espèce le droit aux vacances de 6.25 jours. Selon le bulletin de salaire de juillet 2005, le recourant a reçu son salaire de base

A/3262/2007 - 8/13 - « pro rata temporis », à savoir 4'594 fr. 10, son pourcentage du 13ème salaire de 2'086 fr. 50, soit 382 fr. 68 pour le mois considéré (4'594.10 x 8.33 %), ainsi qu'une indemnité pour vacances de 9'272 fr. 75. Lors de son audition par le Tribunal de céans, il a admis que, durant les trois mois où il avait travaillé chez Y_____, il n'avait pas pu prendre de vacances et qu'en conséquence, l'employeur lui avait versé, en juillet 2005, une indemnité pour vacances non prises. Au regard de la jurisprudence (ATF 125 V 42), l'indemnité de 2'592 fr. 15 versée en juillet 2005 par l'employeur ne doit pas être prise en compte dans le calcul du gain intermédiaire puisqu'il s'agit d'une indemnité versée pour des vacances non obtenues. Par conséquent, l'intimée a admis à juste titre que le salaire soumis à cotisation pour juillet 2005 est de 4'967 fr. 78

E. 7

Dans un deuxième grief sur cette question, le recourant invoque une violation du principe de la bonne foi au motif que l'intimée a procédé à son calcul de façon contraire au guide des droits et devoirs du chômeur (www.guidechomage.ch) qui mentionne que pour calculer le nouveau gain assuré dans un nouveau délai-cadre d'indemnisation, la Caisse prend en compte « autant de périodes de contrôle (mois civils) qu'il est nécessaire pour atteindre les 12 mois de cotisation (somme des jours de travail effectivement accomplis chaque mois divisé par le nombre de jours ouvrables moyen par mois : 21.7) ». Ancré à l'art. 9 Cst. et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi exige que l'administration et les administrés se comportent réciproquement de manière loyale. Selon la jurisprudence rendue sous l'ancien droit, qui est toujours valable (ATF 127 I 36 consid. 3a, 126 II 387 consid. 3a; RAMA 2000 n° KV 126 p. 223), l'administration doit s'abstenir de tout comportement propre à tromper l'administré et elle ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part. Le citoyen peut ainsi exiger de l'autorité qu'elle se conforme aux promesses ou assurances qu'elle lui a faites et ne trompe pas la confiance qu'il a légitimement placée dans celles-ci. De la même façon, le droit à la protection de la bonne foi peut aussi être invoqué en présence, simplement, d'un comportement de l'administration susceptible d'éveiller chez l'administré une attente ou une

espérance légitime (ATF 129 II 381 consid. 7.1 et les nombreuses références citées). Pour cela, les conditions cumulatives suivantes doivent être réunies : il faut que l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de sa compétence, que l'administré n'ait pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu, qu'il se soit fondé sur celui-ci pour prendre des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir un préjudice, enfin, que la loi n'ait pas changé depuis le moment où le renseignement a été donné (ATF 121 V 66 consid. 2a et les références).

A/3262/2007 - 9/13 - En l'espèce, le recourant ne peut pas invoquer de droit à la protection de la bonne foi, car le guide des droits et devoirs du chômeur a été créé par un écrivain public, P_____, de sorte que les informations qu'il contient ne peut en aucun cas être considéré comme une promesse faite par l'autorité administrative. De plus, on ne voit pas quelles dispositions le recourant aurait pris sur la base de ces informations qu'il ne pourrait pas modifier sans subir un préjudice. Par conséquent, les conditions requises pour admettre le droit à la protection de la bonne foi ne sont pas réalisées.

E. 8

Selon l'art. 23 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 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 Conseil fédéral détermine la période de référence et fixe le montant minimum (al. 1). Lorsque le calcul du gain assuré est basé sur un gain intermédiaire que l'assuré a obtenu durant le délai-cadre applicable à la période de cotisation, les indemnités compensatoires sont prises en considération dans le calcul du gain assuré comme si elles étaient soumises à cotisation, pour autant que le montant du gain intermédiaire atteigne le montant minimum visé à l'al. 1 (al. 4). Le montant des indemnités compensatoires à prendre en considération ne doit pas dépasser le montant du gain intermédiaire réalisé pendant la période de contrôle (al. 5). 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 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.

E. 9

La directive du SECO 2007 concernant le calcul du gain assuré dans un nouveau délai-cadre (Circulaire relative à l'indemnité de chômage - C44 à 46) a la teneur suivante : Est retenue, dans les deux variantes, la période de référence de six ou douze mois la plus avantageuse pour l'assuré. Les indemnités compensatoires sont prises en compte dans le calcul du gain assuré comme si elles étaient soumises à cotisation. Le montant des indemnités compensatoires prises en compte ne doit

A/3262/2007 - 10/13 - cependant pas dépasser le gain intermédiaire réalisé dans la période de contrôle. Le calcul du gain assuré pour un nouveau délai-cadre doit être effectué uniquement au moyen de la table de calcul informatisée mise à disposition sur le TCNet. Cette directive a été édictée en vertu de l'art. 110 LACI qui autorise le SECO en tant qu'autorité de surveillance chargée d'assurer l'application uniforme du droit, à donner des instructions aux organes d'exécution. Destinée à servir de guide aux caisses de chômage dans la manière de déterminer le gain assuré au sens des art. 23 LACI et 37 OACI, cette circulaire doit être rangée parmi les ordonnances administratives dites interprétatives. Bien que de telles ordonnances exercent, par leur fonction, une influence indirecte sur les droits et les obligations des administrés, elles n'en ont pas pour autant force de loi. En particulier, elles ne lient ni les administrés, ni le juge, ni même l'administration dans la mesure où elles ne dispensent pas cette dernière de l'examen de chaque situation individuelle. Par ailleurs, elles ne peuvent créer de nouvelles règles de droit, ni contraindre les administrés à adopter un certain comportement, actif ou passif. En bref, elles ne peuvent sortir du cadre de l'application de la loi et prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 127 V 61 consid. 3a et les références citées). La directive du SECO (C44 à 46) se borne à reprendre le texte de l'art. 37 al. 3^{ter} OACI et à donner des instructions d'ordre technique aux collaborateurs de l'assurance-chômage. En imposant à ces derniers de calculer le gain assuré dans un nouveau délai-cadre au moyen de la table de calcul informatisée mise à disposition sur le TCNet, le SECO ne fait que prendre les mesures nécessaires pour une application identique de la loi à tous les assurés au moyen d'un tableau informatisé. Le but poursuivi, à savoir garantir l'égalité de traitement entre les assurés ne peut qu'être salué, étant précisé que des directives en la matière sont indispensables car la fixation du gain assuré peut être faussée si les calculs ne sont pas effectués selon un ordre préétabli au moyen d'un tableau informatisé. Par conséquent, cette directive ne crée pas de nouvelles règles de droit et ne contraint pas les administrés à adopter un certain comportement de sorte qu'elle ne sort pas du cadre juridique fixé par le législateur. Par ailleurs, l'art. 37 al. 3^{ter} 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 nécessaire 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

E. 9.8

0.33 Total

12.13 Si l'on prend les six derniers mois de cotisation (en italiques), le total des mois de cotisation est bien de 6.25 et le total des mois de contrôle de 6.23. En outre, le calcul le plus avantageux pour le recourant consiste à diviser la somme du salaire soumis à cotisation et des indemnités compensatoires obtenus durant les six derniers mois, opération dont il résulte un gain assuré de 6'699 fr. (41'544 fr. 80 : 6.23).

A/3262/2007 - 12/13 - Le coefficient 21.7 cité par le recourant est le facteur de conversion du gain assuré mensuel en gain assuré journalier (cf. ATF 111 V 244 consid. 4) et n'a donc pas à être appliqué pour convertir les jours civils comptant comme période de cotisation en mois de cotisation. 10. Compte tenu de ce qui précède, le recours sera rejeté. Pour le

surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

A/3262/2007 - 13/13 -

E. 11

15.4 0.51 Avril 2005 10

E. 14

0.47 Mai 2005 22

1 Juin 2005 22

1 Juillet 2005 12 16.8 0.56 Septembre 2005

E. 19

26.6 0.89 Octobre 2005

E. 21

1 Novembre 2005

E. 22

1 Décembre 2005 7

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