RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1076/2006 **ATAS/435/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 5

du 10 mai 2006

En la cause

Monsieur O_____ recourant

contre

UNIA, CAISSE DE CHOMAGE, Strassburgstrasse 11, 8004 ZUERICH intimée

Siégeant : Maya CRAMER, Présidente; Doris WANGELER et Isabelle DUBOIS, Juges

EN FAIT

1. Monsieur O_____ bénéficie d'un délai-cadre d'indemnisation du 12 décembre 2005 au 11 décembre 2007 avec un gain assuré de 6'642 fr. Le montant des indemnités journalières est de 214 fr. 25, représentant 70% du gain assuré journalier.

2. Par contrat du 12 décembre 2005, l'assuré est engagé par GREEN CROSS INTERNATIONAL dès cette date pour une durée indéterminée. Le salaire mensuel convenu est de 4'500 fr. par mois.

3. Le 23 décembre 2005, l'employeur résilie le contrat de travail pour la fin du mois, n'ayant pas trouvé auprès de ses donateurs les fonds nécessaires pour financer le poste. Il ajoute dans sa lettre de licenciement "Afin de palier à cet inconvénient, nous vous remettrons le 30 décembre 2005, en même temps que votre salaire, un montant de CHF 1'100.00 à titre de "dédommagement" exceptionnel."

4. Du 12 au 31 décembre 2005, l'assuré a réalisé un revenu de 4'314 fr. 30 comprenant un salaire de base de 2'946 fr. 55, une indemnité de vacances de 267 fr. 75 et un dédommagement de 1'100 fr. L'attestation de gain intermédiaire y relative est parvenue à la Caisse de chômage UNIA (ci-après : la caisse) le 3 janvier 2006.

5. La caisse a indemnisé l'assuré pour décembre 2005 de la somme brute de 2'142 fr. 50 représentant 10 indemnités journalières, sur la base de 15 jours contrôlés et après déduction du délai d'attente de cinq jours. Les indemnités journalières nettes représentent 1'806 fr 35 après déduction de 5,05% pour les cotisations AVS/AI/APG, de 2,93% pour la cotisation LAA, de 14 fr. 05 pour la prime de risque LPP et de 151 fr. 10 pour l'assurance perte de gain.

6. Par décision du 31 janvier 2006, la caisse demande à l'assuré la restitution de la somme de 1'806 fr. 35. Cette décision est fondée sur le fait que l'assuré a réalisé un gain intermédiaire de 4'314 fr. 30 pendant le mois de décembre 2005, indemnité de départ et de vacances comprises, gain qui est supérieur à l'indemnité de chômage.

7. Le 10 février 2006, l'assuré forme opposition à cette décision, en concluant à son annulation et à l'octroi d'une remise pour la somme totale qui lui est réclamée. Il allègue notamment qu'il convient de déduire du revenu réalisé, pour le calcul du gain intermédiaire, les indemnités de vacances ainsi que le dédommagement de 1'100 fr., dans la mesure où cette indemnité a été versée à titre unique et exceptionnel pour rupture du contrat. Il fait également valoir que le salaire mensuel de 4'500 fr. correspondant à son gain intermédiaire est inférieur aux indemnités journalières correspondantes. Il estime en outre avoir été pénalisé de cinq jours de délai d'attente pendant le premier mois de son délai-cadre et que ses indemnités auraient dû s'élever normalement en décembre 2005 à 15 jours ouvrables, soit à

3'213 fr 75. Ce montant est supérieur au gain intermédiaire réalisé. Il affirme enfin avoir perçu de bonne foi les indemnités de décembre 2005.

8. Par décision sur opposition du 2 mars 2006, la caisse a rejeté celle-ci. Elle relève, que, selon le principe de survenance, l'indemnité de départ de 1'100 fr. est prise en compte durant la période de contrôle pendant laquelle la prestation est fournie, de sorte que son gain intermédiaire réalisé en décembre 2005 est plus élevé que son gain assuré. Elle souligne par ailleurs que l'assuré peut demander la remise de l'obligation de restituer, s'il était de bonne foi et si la restitution devait entraîner des rigueurs particulières, et s'engage à transmettre sa demande implicite de remise à l'Office cantonal compétent, dès que la validité de sa décision aura été reconnue.

9. Par acte du 25 mars 2006, l'assuré recourt contre cette décision en concluant à son annulation, en raison de la particularité et de la spécificité des différents montants se rapportant au mois de décembre 2005, ainsi que de la situation difficile dans laquelle le mettrait la restitution de la somme réclamée, tout en se prévalant sa bonne foi. Pour le surplus, il reprend son argumentation précédente.

10. Le 5 avril 2006, l'intimée informe le Tribunal de céans qu'elle a annulé les décisions du 31 janvier et 2 mars 2006 et rendu une nouvelle décision, datée du 4 avril 2006, qui remplace les précédentes. Aux termes de celle-ci, la caisse ne demande à l'assuré plus que la restitution de la somme de 923 fr. 70. Elle reconnaît que le gain intermédiaire ne s'élève qu'à 2'946 fr. 55, à l'exclusion de l'indemnité unique de 1'100 fr. qu'elle considère comme une indemnité de départ. Elle exclut également du gain intermédiaire l'indemnité de vacances. Au vu de sa nouvelle décision, l'intimée demande que la cause soit rayée du rôle.

11. Par courrier du 11 avril 2006, le Tribunal de céans attire l'attention de l'intimée sur le fait que le recours n'est pas devenu sans objet, dans la mesure où elle persiste à demander au recourant la restitution d'un montant de 923 fr. 70. Il lui impartit dès lors un nouveau délai pour se déterminer sur le recours et transmettre son dossier.

12. Le 22 avril 2006, le recourant demande directement à l'intimée qu'elle annule totalement sa demande de restitution.

13. Le 24 avril 2006, l'intimée conclut au rejet du recours et indique que "Le point contesté est que la caisse demande au recourant la restitution de CHF 882.65". Quant à la motivation, elle renvoie à sa décision du 4 avril 2006 qui a remplacé celle du 31 janvier et du 2 mars 2006. Concernant la demande de remise du recourant, l'intimée s'engage de nouveau à transmettre la cause à l'Office cantonal compétent, afin qu'il se prononce sur cette demande, dès que la décision en restitution sera entrée en force de chose jugée.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 8 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 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.

3. Interjetés dans les délai et forme prévus par la loi, le recours doivent être déclaré recevable (art. 60 et 61 LPGA, par renvoi des art. 1 al. 1 LACI et 89B LPA).

4. Selon l'art. 25 al. 1 LPGA, les prestations indûment touchées doivent être restituées, à moins que l'intéressé fût de bonne foi et que le remboursement le mettrait dans une situation difficile.

   Se pose dès lors la question de savoir si le recourant a perçu indûment des prestations pendant le mois de décembre 2005.

5. 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. Le gain intermédiaire englobe en principe la totalité des gains réalisés pendant cette période, soit le salaire de base, les indemnités pour jours fériés et autres éléments constitutifs du salaire auquel l'assuré a droit, tels que le 13ème salaire, les gratifications, le supplément légal pour travail du dimanche ou de nuit et le supplément pour inconvénient, à condition qu'il soit également versé en absence d'inconvénient. L'indemnité de vacances versée en plus du salaire de base n'est prise en compte comme gain intermédiaire qu'au moment où l'assuré prend effectivement ses vacances (Circulaire relative à l'indemnité de chômage – IC – janvier 2003 chiffre C87). Lorsque l'assuré réalise un gain intermédiaire, il n'a droit qu'à la compensation de la perte de gain, selon l'art. 24 al. 1 LACI. Est considérée comme perte de gain la différence entre le gain assuré, soit le gain pris en considération pour le calcul des indemnités journalières de chômage au moment

de l'ouverture du délai cadre d'indemnisation, et le gain intermédiaire (art. 24 al. 3 LACI).

Quant aux prestations volontaires de l'employeur, l'art. 11a al. 1 LACI dispose que la perte de travail n'est pas prise en considération tant que ces prestations couvrent la perte de revenus résultant de la résiliation du rapport de travail. Selon l'art 11a al. 2 LACI, les prestations volontaires de l'employeur ne sont prises en compte que pour la part qui dépasse le montant maximum visé à l'art. 3 al. 2 LACI. En vertu de cette disposition, les cotisations s'élèvent au maximum au gain mensuel assuré dans l'assurance-accidents obligatoire, soit à 106'800 fr. par an (art. 22 al. 1 de l'ordonnance sur l'assurance-accidents du 20 décembre 1982 -OLAA). Il résulte de ces dispositions que le paiement de l'indemnité de chômage est retardé, lorsque l'indemnité de départ est importante (FF 2001 p. 2130). Dans l'hypothèse contraire, elle n'est pas prise en compte dans le calcul de la perte de gain.

6. En l'occurrence, le recourant a réalisé un revenu brut de 4'314 fr. 50 pendant les jours ouvrables du 12 au 31 décembre 2005. Conformément à ce qui vient d'être exposé, l'indemnité de vacances de 267 fr. 75 ne saurait toutefois être considérée comme un gain intermédiaire. Quant à l'indemnité de 1'100 fr., il convient de la qualifier de prestation volontaire de l'employeur qui n'entre ainsi pas dans le calcul de la perte de gain, à moins qu'elle dépasse la somme de 106'800 fr., le montant maximum du gain mensuel assuré dans l'assurance-accidents obligatoire. Or, à l'évidence, tel n'est pas le cas, de sorte que l'intimée a déduit cette indemnité à juste titre du revenu réalisé en décembre 2005. Le gain intermédiaire doit ainsi être déterminé au montant brut de 2'946 fr. 55.

   L'indemnité compensatoire à laquelle peut prétendre le recourant pendant la période litigieuse s'établit par conséquent comme suit (cf. Circulaire relative à l'indemnité de chômage C96) :

Gain assuré	Fr. 6'642
Gain déterminant	Fr. 4'591 fr. 20(fr. 6'642 : 21,7 x 15 jours contrôlés)
Gain intermédiaire	Fr. 2'946, 55
Perte de gain	Fr. 1'644 , 65

Indemnité compensatoire brutte	Fr. 1'151, 25 (= fr. 1'644, 65 x 70%)
Déductions : - cotisations AVS/AI/APG 5,05% de Fr. 1'152 fr. 25	Fr. 58,10
- cotisations LAA 2,93% de Fr.1'151,25	Fr. 33,70
- LPP - prime risque	Fr. 14,05
- assurance perte de gains	Fr. 151,20
Indemnité compensatoire nette	**Fr. 894,25**

Dans la mesure où l'intimée a versé en décembre 2005 la somme de 1'806 fr. 35 au recourant, alors que celui-ci n'avait droit qu'à une indemnité compensatoire de 894 fr. 25, il s'avère que le recourant a perçu indûment la somme de 912 fr. 10. C'est par conséquent cette somme qu'il doit restituer. Il est à relever à cet égard que l'intimée a certes indiqué dans ses écritures du 24 avril 2006 que la somme à rembourser s'élevait à 882 fr. 65. Cependant, il s'agit manifestement d'une erreur de plume, dès lors qu'elle réclame dans sa décision du 4 avril 2006 la somme de 923 fr. 70.

7. a) L'obligation de restitution est soumise, selon l'art 25 LPGA à la condition que le remboursement ne met pas l'assuré de bonne foi dans une situation difficile. Dans la mesure où la demande ne peut être traitée sur le fond que si la décision de restitution est entrée en force, la remise et son étendue sont examinées dans une procédure distincte (art. 4 de l'ordonnance sur la partie générale du droit des assurances sociales du 11 septembre 2002 - OPGA; ATFA non publié du 25 janvier 2006 dans la cause C 264/05). La demande doit être formée par écrit, être motivée, accompagnée des pièces nécessaires et déposée auprès de l'autorité compétente dans un délai de 30 jours à compter de l'entrée en force de la décision de restitution

(art. 4 al. 4 OPGA et 119 al. 3 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 - OACI). Il ne s'agit toutefois que d'un délai d'ordre et non d'une péremption (ATFA non publié du 6 janvier 2006, cause C 280/05, prévu pour la publication).

b) Cela étant, il ne peut ici être entré en matière sur la demande de remise implicite du recourant (ATFA non publié du 13 avril 2006, cause C 169/05 consid. 2 et 3, p. 3) et il lui appartiendra de saisir l'intimée d'une demande dans ce sens dans le délai de 30 jours dès l'entrée en force de la décision litigieuse, tout en joignant les pièces justifiant sa situation financière précaire.

8. Au vu de ce qui précède, le recours sera partiellement admis et la décision litigieuse annulée en ce qu'elle réclame au recourant la restitution d'un montant supérieur à 912 fr. 10. Elle sera confirmée pour le surplus

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.

3. Annule la décision attaquée en ce qu'elle réclame au recourant une somme supérieure à 912 fr. 10.

4. La confirme pour le surplus.

5. Dit que la procédure est gratuite.

6. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par plis recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer

exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière La Présidente :

Yaël BENZ Maya CRAMER

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties et au Secrétariat d'Etat à l'économie par le greffe le