RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1625/2005 **ATAS/685/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

3ème Chambre

du 25 août 2005

En la cause

Madame B_____, représentée par Maître NERFIN Corinne en l'Etude de laquelle elle élit domicile	recourante

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, rue de Montbrillant 40, case postale 2293, 1211 GENEVE 2	intimée

Siégeant : Madame Karine STECK, Présidente;
Mesdames Valérie MONTANI et Doris WANGELER, Juges

EN FAIT

1. Après avoir obtenu son certificat fédéral de capacité d'employée de commerce, Madame B_____ a été engagée en qualité de responsable de caisse par la BANQUE X_____ (Suisse) jusqu'au 31 octobre 1985. Elle a ensuite travaillé comme taxatrice auprès de l'administration fiscale cantonale de Genève jusqu'au 31 janvier 1990, puis rejoint le département juridique fiscal de la banque privée Y_____ & CIE. Suite à la fusion entre cette banque et celle de Z_____ & Cie, l'assurée a été licenciée. Son congé lui a été signifié par courrier du 4 avril 2003 avec effet au 31 octobre 2003. L'assurée a pu bénéficier des mesures sociales d'accompagnement : elle a reçu une indemnité de départ correspondant à 13,45 fois son dernier salaire mensuel net. Cette indemnité de départ lui a été versée à la fin du mois d'octobre 2003 et figure sur le bulletin de salaire relatif à ce mois-là. Elle s'est élevée au total à 123'305 fr. 70.

2. L'assurée a fait le choix de vivre de l'indemnité de départ qu'elle venait de recevoir jusqu'à la fin de l'année 2004. Ce n'est donc qu'au mois de novembre 2004 qu'elle a entrepris des démarches en vue de retrouver une activité lucrative. C'est pour la même raison qu'elle ne s'est annoncée à l'Office cantonal de l'emploi (OCE) qu'au début du mois de janvier 2005.

3. Par décision du 1er février 2005, la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse) lui a refusé l'octroi de toute indemnité au motif que l'assurée ne pouvait justifier d'une période de cotisation suffisante.

4. Le 12 avril 2005, sur opposition de l'assurée, la caisse a confirmé la décision du 1er février 2005. Il a constaté que la période de cotisation n'était que de onze mois et vingt-neuf jours et donc inférieure aux douze mois nécessaires à l'ouverture du droit.

5. Par courrier du 12 mai 2005, l'assurée a interjeté recours auprès du tribunal cantonal des assurances sociales contre cette décision. Elle conteste le calcul auquel s'est livrée la caisse de chômage. Elle ne comprend notamment pas pourquoi cette dernière a ajouté les deux postes de gratification intitulés « performance » et « performance fusion » sur son bulletin de salaire d'octobre 2003 à son salaire annuel, dans la mesure où il ne s'agit pas là de rémunérations annuelles ordinaires mais de gratifications exceptionnelles dues à la fusion. Elle s'interroge par ailleurs sur le fait que la fraction 2,047 ait été convertie en deux mois et un jour (il s'agit de la période à reporter dès le 1er novembre 2004) puisque, si l'on compte en mois, 0,047 mois multiplié par 30 jours représente 1,41 jour, qui devrait être arrondi à deux jours en sa faveur. Elle en tire la conclusion qu'elle a donc bien cotisé douze mois et qu'elle est en droit de recevoir des indemnités. Subsidiairement, si le calcul de la caisse devait s'avérer exact, elle fait valoir que le principe de la

proportionnalité a été violé dans la mesure où elle se voit refuser le chômage pour un seul jour manquant alors qu'elle a cotisé pendant plus de vingt ans par ailleurs.

6. Par courrier du 26 mai 2005 le Tribunal de céans a imparti à l'autorité intimée un délai au 28 juin 2005 pour se prononcer.

7. Celle-ci, dans sa réponse, a conclu au rejet du recours. Elle explique que seule la part des prestations volontaires versées par l'employeur suite à la résiliation des rapports de travail dépassant la somme de 106'800 fr. par an peut être prise en compte. Le droit aux indemnités est ensuite reporté en fonction de cette part et cette période est prise en considération comme période de cotisation. C'est la raison pour laquelle la caisse a divisé le montant touché par l'assurée qui dépassait le montant de Fr. 106'800.- (soit Fr. 16'505.70) par le gain assuré, correspondant au droit au salaire découlant de l'ancien contrat. Pour calculer le gain assuré, il a été tenu compte du salaire de base sur treize mois (soit 6'770.- + 564.15 [part de 13ème salaire mensualisé]) et des deux parts de gratification ascendant respectivement pour les dix mois de l'année 2003 à 5'483.15 et 1'809.65. La caisse a ainsi obtenu un gain annuel mensuel de Fr. 8'063.45. En divisant le montant précédemment obtenu par le gain assuré, la caisse est arrivée à la conclusion que le droit aux indemnités de l'assurée devait être reporté de 2,047 mois (16'505.70 / 8'063.45 = 2,047). Elle a également expliqué que, pour obtenir un jour civil, elle avait multiplié 0,047 mois par 30 puis divisé par 1,4 afin de tenir compte des samedis et dimanches. Quant au principe de la proportionnalité invoqué par l'assurée, la caisse le réfute en alléguant qu'il s'agit d'effectuer un calcul clair et indiscutable qui ne peut donner matière à aucune interprétation. Elle fait remarquer que l'assurée aurait pu s'annoncer immédiatement après son licenciement et qu'elle ne peut à présent invoquer sa méconnaissance de la loi pour obtenir des indemnités. La caisse souligne encore qu'en retardant son annonce, l'assurée a été libérée des prescriptions de contrôle auxquelles elle aurait dû se soumettre si elle s'était inscrite au chômage. Elle rappelle que l'objectif de la loi tel que l'a voulu le législateur n'est pas seulement l'indemnisation des assurés mais également leur réinsertion dans le marché du travail. Elle fait enfin remarquer que si l'assurée avait entrepris des recherches d'emploi dès qu'elle avait été informée de son licenciement, au mois d'avril 2003, elle aurait eu plus de chance de trouver un emploi à la date de son inscription, le 6 janvier 2005. Au demeurant, elle aurait pu à tout le moins se renseigner au lieu de procéder elle-même à des calculs.

8. Dans sa réplique du 18 juillet 2005, la recourante a d'abord fait valoir que la caisse n'avait pas répondu dans le délai qui lui avait été fixé. Elle a par ailleurs demandé que lui soient communiquées les tabelles et tous autres documents permettant de comprendre et de vérifier le calcul opéré par la caisse (en particulier le fait que 0,047 mois correspond à un jour de cotisations). Elle a sollicité la production par la caisse des documents officiels lui permettant d'opérer son calcul. Elle a relevé que la caisse lui avait permis de bénéficier de deux mois de cours d'anglais et d'un

cours pour élaborer un curriculum vitae, ce qui représentait 1'890 fr. de frais alors que les indemnités lui avaient été refusées. Enfin, elle a indiqué avoir retrouvé depuis le 1er juillet 2005 un emploi auprès de la banque XX_____ & CIE, et fait remarquer que sa demande d'indemnités ne portait donc que sur six mois.

9. Dans sa duplique du 8 août 2005, la caisse a souligné avoir respecté le délai qui lui avait été imparti et a produit à l'appui de ses dires le courrier qui lui avait été adressé en date du 26 mai par le Tribunal de céans. Elle a par ailleurs renvoyé la recourante à la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, selon laquelle la somme des jours civils pris en compte pour le calcul de la période de cotisations ne peut pas être arrondie à la durée minimale légale exigée de cotisations même lorsqu'il ne manque qu'une fraction de jours. Elle a encore indiqué qu'il n'existait pas de tabelle de calcul. Pour le reste, la caisse a persisté dans ses conclusions.

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.

   La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 230 consid. 1.1; 335 consid. 1.2; ATF 129 V 4 consid. 1.2; ATF 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références). Les règles de procédure quant à elles s'appliquent sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b). La LPGA s'applique donc au cas d'espèce.

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'article

56 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. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi le présent recours est recevable (art. 56 à 60 LPGA).

4. Le litige porte sur le point de savoir si la recourante remplit les conditions relatives à la période de cotisation pour pouvoir prétendre l'indemnité de chômage.

5. Pour avoir droit à l'indemnité de chômage, l'assuré doit, entre autres conditions, remplir celles relatives à la période de cotisation (art. 8 al. 1 let. e LACI). Selon l'art. 13 al. 1 LACI (dans sa teneur en vigueur depuis le 1er juillet 2003), celui qui, dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet (art. 9 al. 3 LACI), a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation remplit les conditions relatives à la période de cotisation. Le délai-cadre applicable à cette période commence à courir deux ans avant le premier jour où l'assuré remplit toutes les conditions dont dépend le droit à l'indemnité (art. 9 al. 2 et 3 LACI).

   Compte comme mois de cotisation, chaque mois civil, entier, durant lequel l'assuré est tenu de cotiser (art. 11 al. 1 de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; OACI). Les périodes de cotisation qui n'atteignent pas un mois civil entier sont additionnées. 30 jours sont réputés constituer un mois de cotisation (art. 11 al. 2 OACI).

6. En l'espèce, la recourante s'est annoncée à l'OCE le 6 janvier 2005, si bien que son délai-cadre de cotisation s'étend du 6 janvier 2003 au 5 janvier 2005 en application de l'art. 9 al. 3 LACI.

   a) Durant ce délai, la recourante a travaillé, du 6 janvier au 31 octobre 2003, ce qui constitue un total de neuf mois et vingt-huit jours (février à octobre 2003, + 20 jours ouvrables en janvier 2003, convertis en jours civils en les multipliant par 1,4, pour tenir compte des fins de semaine). En procédant de la sorte, force est de constater que l'autorité intimée s'est conformée aux dispositions légales. Quant au fait de multiplier le nombre de jours ouvrables par 1,4 pour les convertir en jours civils, il ressort de la jurisprudence (cf. notamment ATFA C 131/02 du 23 octobre 2002 consid. 1 ; ATF 122 V p. 259 consid. 2a ; DTA 1999 n°1 p. 70 § 3 et réf. citées).

   b) Il convient encore d'ajouter la période correspondant à l'indemnité de départ. En effet, la perte de travail n'est pas prise en considération tant que des prestations volontaires versées par l'employeur couvrent la perte de revenu résultant de la résiliation des rapports de travail (art. 11a al. 1 LACI). Ces prestations ne sont prises en compte que pour la part qui dépasse le montant maximum du gain

mensuel assuré dans l'assurance-accidents obligatoire (art. 11a al. 2 LACI, qui renvoie à l'art. 3 al. 2 LACI, lequel renvoie lui-même à l'art. 22 al. 1 de l'ordonnance sur l'assurance-accidents ; OLAA), soit 106'800.-. En l'occurrence, c'est donc bien un montant de Fr. 16'505.70 (123'305.70 [indemnité de départ] – 106'800.-) qu'il convient de prendre en compte.

La période durant laquelle la perte de travail n'est pas prise en considération commence à courir le premier jour qui suit la fin des rapports de travail pour lesquels les prestations volontaires ont été versées, quel que soit le moment auquel l'assuré s'inscrit au chômage (art. 10c al. 1 OACI). Pour déterminer la durée de cette période, on divise le montant des prestations volontaires prises en compte par le salaire perçu dans le cadre de l'activité ayant donné lieu à leur versement, que l'assuré ait exercé ou non une activité lucrative durant cette période (art. 10c al. 2 OACI). Les périodes durant lesquelles la perte de travail n'est pas prise en considération sont assimilées à des périodes de cotisation (art. 10f OACI).

En l'espèce, la caisse a donc calculé durant quelle période l'assurée, si elle était venue s'inscrire immédiatement après son licenciement, n'aurait pas eu droit aux indemnités mais aurait tout de même été considérée comme cotisante en divisant la part touchée dépassant Fr. 106'800.-, soit Fr. 16'505.70, par le gain assuré. Celui-ci correspond au droit au salaire découlant de l'ancien contrat.

Pour calculer le gain assuré, il a été tenu compte du salaire de base sur treize mois, (6'770.- + 564.15 [part de 13ème salaire mensualisé]), ainsi que des deux parts de gratification relatives aux dix mois de l'année 2003, soit Fr. 5'483.15 et Fr. 1'809.65. La caisse a ainsi obtenu un gain assuré de Fr. 8'063.45. Son calcul n'est pas critiquable sur ce point.

Dès lors, on obtient effectivement une période de 2,047 mois durant laquelle le droit aux indemnités est reporté (16'505.70 / 8'063.45), c'est-à-dire, en vertu de la jurisprudence déjà mentionnée, deux mois et un jour.

Ainsi que le rappelle l'autorité intimée, notre Haute Cour a jugé que la somme des jours civils pris en compte pour le calcul de la période de cotisations ne peut pas être arrondie à la durée minimale légale exigée de cotisations même lorsqu'il ne manque qu'une fraction de jours pour que celle-ci soit atteinte et que cela implique la conséquence d'une négation totale du droit auquel il est prétendu, soit un résultat extrêmement pénible pour l'assuré (ATF 122 V p. 256ss ; ATF C 131/02 du 23 octobre 2002 consid. 3).

A la lumière de ce qui précède, le Tribunal de céans ne peut que rejeter le recours.

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. Le rejette ;

3. Dit que la procédure est gratuite ;

4. 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 :

Janine BOFFI — Karine STECK

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