

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1812/2004/2/AC

ATAS/108/2005

ARRÊT

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du 15 février 2005

2ème Chambre

En la cause

Madame Y _____,

recourante

contre

UNIA, CAISSE DE CHOMAGE, 18, bd James-Fazy à Genève

intimée

Siégeant : Mme Isabelle DUBOIS, Présidente, Mmes Karine STECK et Valérie MONTANI, Juges.

EN FAIT

1. Madame Y_____ (ci-après la recourante), enseignante, est inscrite auprès de la caisse de chômage de l'association des commis de Genève - section UNIA (ci-après la caisse), depuis le 29 août 2003. Des indemnités lui sont versées depuis lors.
2. Dès le 13 octobre 2003, la recourante a pu réaliser un gain intermédiaire en travaillant en qualité de professeur de français pour X_____ (ci-après X_____), à raison de 14h par semaine et d'un salaire de 60 fr. de l'heure.
3. La recourante a contesté les décomptes de décembre 2003 et janvier 2004, par pli du 12 mars 2004. Elle conteste le montant du gain accessoire pris en compte dès janvier, expliquant que son activité a été réduite par X_____ à 9h par semaine, et que son gain intermédiaire a été ainsi de 1'440 fr. pour janvier et 1'080 fr. pour février, selon attestation de l'employeur, au lieu des 1'983 fr. 20 et 2'437 fr. retenus.
4. Par décision sur opposition du 29 juillet 2004, la caisse a confirmé sa décision. Elle explique que pour le calcul du gain intermédiaire seul le contrat fait foi, et non le montant effectivement versé, dans la mesure où la caisse n'a pas à subir les manquements éventuels d'un employeur. En l'occurrence le contrat est oral, et le nombre d'heures de travail faisant l'objet de l'autorisation de travail délivrée par l'Office cantonal de la population fait état de 14h par semaine.
5. Dans son recours du 23 août 2004, la recourante reprend ses conclusions. Elle explique qu'à son engagement 14h lui ont été proposées, en fonction du nombre d'élèves, et qu'après Noël seule une classe a été ouverte, de sorte que son emploi du temps a passé à 9h. Il est donc fictif de retenir 14h pour le calcul du gain accessoire, alors que les attestations de son employeur mentionnent bien les heures effectivement enseignées.
6. Dans sa réponse du 21 septembre 2004, la caisse conclut implicitement au rejet du recours, en reprenant ses explications.
7. Le Tribunal de céans a ordonné la comparution personnelle des parties, qui s'est tenue en date du 16 novembre 2004. La caisse, bien que dûment convoquée, ne s'est ni présentée ni excusée. La recourante a expliqué avoir rempli un formulaire auprès de X_____ pour 14 heures d'enseignement, soit le nombre d'heures à pourvoir à ce moment-là. Elle a donné 14h de cours par semaine de mi-octobre à mi-décembre 2003, puis 9h par semaine dès la rentrée. A ce jour, elle donnait 6 heures de cours par semaine.

Un délai a été accordé à la recourante pour produire une attestation de X_____ sur les conditions d'engagement et le planning horaire qui lui était appliqué.

8. La recourante a produit le 29 janvier 2005 une attestation de X_____, selon laquelle, la recourante avait donné 9h de cours par semaine de janvier à juin 2004, 6h de septembre à décembre 2004 et 3 heures depuis janvier 2005.
9. Après transmission de ce document à l'intimée par pli du 31 janvier 2005, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1^{er} 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. Le Tribunal cantonal des assurances sociales statue, en instance unique, notamment sur les contestations relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (ci-après LACI) ainsi qu'à la loi cantonale en matière de chômage (art. 56V LOJ). La compétence du Tribunal de céans est ainsi établie pour juger du cas d'espèce.
3. La loi sur la partie générale du droit des assurances sociales, entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2003, est applicable au cas d'espèce. Ainsi, les conditions de forme et délai à respecter pour la recevabilité du recours sont celles des art. 56 à 60 LPGA, ainsi que l'art. 49 al. 2 de la loi genevoise en matière de chômage. Interjeté dans les délais et forme légaux, le recours est recevable.
4. Le litige porte sur le calcul du gain intermédiaire. La recourante demande que ses gains effectifs soient pris en compte tandis que la caisse considère qu'en l'espèce il faut se référer au contrat conclu qui prévoit 14h d'enseignement par semaine.
5. Selon l'article 23 alinéa 1 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.

L'assuré a droit, dans les limites du délai-cadre applicable à la période d'indemnisation, à une compensation de la perte de gain pour les jours où il réalise un gain intermédiaire (art. 24 al. 2 LACI).

D'après l'art. 24 al. 3 LACI, est réputée perte de gain la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme aux usages professionnels et locaux.

De jurisprudence constante le Tribunal fédéral estime que le gain intermédiaire minimal à prendre en considération est le gain conforme aux usages professionnels et locaux dans la branche considérée, et non pas le gain effectivement réalisé. Lorsque le gain conforme aux usages professionnels et locaux n'est pas atteint, le concept de gain intermédiaire ne fait pas défaut, mais il faut au contraire, en effectuant la comparaison entre gain intermédiaire et gain assuré se baser sur le salaire qui correspond pour le moins à la rémunération en usage dans la profession et la localité plutôt que sur le salaire effectif (ATFA n.p. du 13 mai 1993 EG c. Ufficio cantonale del lavoro, c. 2b). Ainsi, les gains qui ne remplissent pas l'exigence de conformité aux usages professionnels et locaux doivent être corrigés dans la mesure correspondante (ATFA n.p. 9 juillet 1997- C 394/96). Le Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après le Seco) précise dans ses directives que s'il n'y a pas conformité, l'assuré a simplement droit à 80% de la différence entre le salaire réputé conforme et le gain assuré (SECO, circ. IC 01.92.n° 190). La caisse doit, en d'autres termes, fixer le salaire que le travailleur serait en droit d'attendre pour le travail effectué (SECO, Bulletin AC 98/1 fiche 44).

Tel est le cas également s'agissant d'une activité indépendante. La justification de ce mode de calcul réside dans le fait qu'il n'appartient pas à l'assurance-chômage de supporter un « dumping » organisé unilatéralement par l'assuré qui, pour une activité indépendante à plein temps avec horaire incontrôlable, annoncerait un gain très bas pour bénéficier des indemnités de chômage. C'est pourquoi les revenus provenant d'une activité indépendante qui ne correspondent pas aux usages professionnels et locaux doivent, comme les revenus provenant d'une activité salariée, être adaptés fictivement par les caisses de chômage pour être pris en considération.

Le Tribunal Fédéral a fixé deux principes fondamentaux pour déterminer la conformité d'une rémunération aux usages professionnels et locaux :

- l'assuré réalisant un gain intermédiaire dans la profession qu'il a apprise doit être rémunéré comme un employé qualifié de cette profession ;
- l'assuré exerçant une activité dans une profession qu'il n'a pas apprise doit être rémunéré d'après le salaire moyen usuel à la branche.

Les prescriptions légales, les contrats types de travail, les conventions collectives, les directives des associations professionnelles servent de critère de référence pour fixer le salaire moyen usuel de la branche concernée (cf. SECO – Bulletin AC 98/1, Fiche No 18 p. 12 et 13).

6. Il résulte de ce qui précède que, lorsque le montant du gain intermédiaire ne peut être établi clairement ou ne correspond pas aux usages professionnels et locaux, il doit être calculé en fonction de ceux-ci.

Or, tel n'est pas le cas en l'espèce. Le salaire horaire de la recourante est de 60 fr. de l'heure, et, en tant que tel, n'est pas critiqué par la caisse comme ne correspondant pas aux usages de la profession. Il est établi que si l'autorisation de travail a été donnée pour 14h d'enseignement par semaine, l'école n'a pu garantir ce nombre d'heures à la recourante au-delà de décembre 2003, le nombre d'heures passant à 9h par semaine dès janvier puis à 6h de septembre à décembre 2004. La recourante a été payée sur cette base selon le tarif horaire convenu. Rien ne justifie par conséquent de calculer ses gains intermédiaires de manière fictive.

En conclusion, le recours sera admis, et la caisse invitée à calculer les gains intermédiaires sur la base des montants perçus par la recourante.

**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.
3. Annule la décision sur opposition du 29 juillet 2004.
4. Invite l'UNIA - CAISSE DE CHOMAGE à reprendre le calcul des gains intermédiaires, au sens des considérants.
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 pli 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).

Le greffier

Pierre RIES

La présidente :

Isabelle DUBOIS

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales et au secrétariat d'Etat à l'économie par le greffe