

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2124/2008

ATAS/594/2009

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 4

du 20 mai 2009

En la cause

Madame F _____, domiciliée à Coligny

recourante

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, sise rue
de Montbrillant 40, Genève

Intimée

**Siégeant : Juliana BALDE, Présidente; Christine LUZZATTO et Dana DORDEA,
Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Madame F_____ a déposé une demande d'indemnité auprès de la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la caisse) en date du 1^{er} juillet 2006. Un délai-cadre d'indemnisation lui a été ouvert du 1^{er} juillet 2006 au 30 juin 2008. Son gain assuré s'élevait à 8'125 fr. pour un taux d'indemnisation de 70%, soit 5'687 fr. 50 par mois (262 fr. 10 par jour indemnisé).
2. Le 29 janvier 2007, l'assurée a repris une activité lucrative par l'intermédiaire de X_____ SA pour un salaire horaire de 40 fr., y compris une indemnité de vacances de 10,64%. Le revenu de cette activité a été pris en compte par la caisse en tant que gain intermédiaire.
3. Du 16 au 20 avril 2007, l'assurée a pris des vacances, soit 5 jours ouvrables. L'attestation de gain intermédiaire établie par l'employeur pour le mois d'avril atteste d'un salaire brut de 4840 f., y compris l'indemnité de vacances de 10,64 %. Selon le décompte d'indemnité du mois d'avril 2007, daté du 25 mai 2007, l'assurée a réalisé un gain intermédiaire brut de 5'962 fr. pour 21 jours contrôlés et 5 jours de vacances durant l'occupation, de sorte qu'elle n'avait pas droit à des indemnités journalières.
4. Par courrier du 13 juin 2007, l'assurée a demandé à la caisse le paiement des jours de vacances pris du 16 au 20 avril 2007. Elle a également sollicité le réexamen du montant du gain intermédiaire du mois d'avril 2007.
5. Par décision du 19 juin 2007, la caisse a confirmé le décompte litigieux, au motif qu'étant donné qu'elle avait pris ses vacances du 16 au 20 avril 2007, les gains réalisés durant ces jours, préalablement payés par l'employeur, devaient être comptabilisés comme des gains intermédiaires. Au final, le gain intermédiaire était plus élevé que l'indemnité de chômage à laquelle elle aurait eu droit, de sorte qu'elle n'avait pas droit à des indemnités de chômage pour le mois d'avril 2007.
6. L'assurée a formé opposition en date du 16 août 2007, indiquant que sa conseillère en placement avait commis une erreur en lui donnant des informations relatives à la prise de vacances au mois de décembre 2006. En effet, elle avait pris une semaine de congé du 21 au 27 décembre 2006 qui a été décomptée dans ses indemnités, alors qu'elle avait droit à 5 jours durant lesquels elle était dispensée de contrôle. Elle s'était rendu compte de cette erreur par le biais de la décision du 19 juin 2007. Elle contestait également le montant du gain intermédiaire retenu pour le mois d'avril qui s'est élevé, selon elle à 4'374 fr. 55, vacances non comprises, et non à 5'962 fr. comme retenu par la caisse. Elle a expliqué qu'elle a souhaité prendre les 5 jours de vacances auxquels elle avait droit depuis décembre 2006 avant de commencer son emploi fixe auprès de son nouvel employeur le 1^{er} mai 2007, ce en accord avec sa conseillère.

7. La caisse a adressé à l'assurée deux courriers détaillés en date des 1^{er} février 2008 et 9 avril 2008 expliquant sa position. Elle a en outre imparti à l'assurée un délai pour retirer son opposition, en l'informant que pour le cas où elle maintiendrait son opposition, elle se verrait dans l'obligation de lui réclamer la restitution du montant perçu à tort en janvier 2007, à savoir 0,8 indemnité (soit approximativement 200 fr). L'assurée a maintenu son opposition.
8. Par décision du 16 mai 2008, la caisse a rejeté l'opposition de l'assurée, au motif que 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. En conséquence, la caisse a comptabilisé les indemnités perçues au titre des vacances pour les jours de congé pris dans le courant du mois d'avril 2007 comme gain intermédiaire, bien qu'elle aurait dû être considérée comme étant sortie du chômage. Si tel avait été le cas, elle n'aurait pas pu prétendre à des indemnités compensatoires de l'assurance chômage, de sorte que la situation n'aurait pas été différente. En outre, en ce qui concerne les vacances prises dans le courant du mois de décembre 2006, la caisse précise que les jours dispensés de contrôle ne peuvent être pris qu'une fois qu'ils sont acquis. Les jours de contrôle figurant sur le décompte du mois de décembre 2006 n'auraient donc été acquis qu'à compter du 1^{er} janvier 2007 puisque la période sur laquelle porte ledit décompte court du 1^{er} au 31 décembre 2006 ce qui explique que l'indemnisation du mois précité a été réduite en fonction du nombre de jours de vacances que l'assurée a pris et qui ont été considérés comme des jours non contrôlés. Enfin, la caisse a réclamé la restitution de 188 fr. 70 , (soit 0,8 indemnité) indûment perçus pour le mois de janvier 2007.
9. L'assurée a interjeté recours en date du 15 juin 2008. Elle persiste dans ses conclusions, à savoir que les vacances annoncées du 21 au 27 décembre 2006, correspondant à 5 jours non soumis au contrôle, puissent être utilisés pendant le mois d'avril 2007. Elle explique qu'elle a retrouvé un travail convenable à compter du 29 janvier 2007, qui a été converti en un emploi permanent dès le 1^{er} mai 2007. Elle soutient qu'elle est sortie du chômage du 29 janvier 2007 au 15 avril 2007, puis qu'elle a repris le chômage dès le 16 avril 2007 étant donné que son contrat de travail permanent débutait le 1^{er} mai 2007. Selon elle, les 5 jours de vacances d'avril 2007 sont des jours dispensés de contrôle. Elle conclut dès lors à ce que le revenu réalisé au mois d'avril 2007 soit considéré comme un gain intermédiaire donnant lieu à compensation de la perte de gain pour la période allant du 16 au 30 dudit mois. Elle a conclu à ce que la caisse soit invitée à émettre un nouveau décompte pour la période d'avril 2007 et à lui verser l'indemnité, se déclarant prête par ailleurs à rembourser la part de l'indemnité versée en trop pour le mois de janvier 2007.
10. Dans sa réponse du 30 juillet 2008, la caisse expose que l'activité débutée par l'assurée le 29 janvier 2007 ne s'est jamais interrompue, que le salaire a été convenable y compris durant la période d'avril 2007 et que l'indemnité de vacances

acquise doit être prise en compte à titre de gain intermédiaire lorsque l'assuré prend effectivement ses vacances, ce dont elle a tenu compte. Elle conclut au rejet du recours.

11. Par réplique du 25 août 2008, la recourante a persisté dans ses conclusions.
12. Le Tribunal a convoqué les parties en audience de comparution personnelle en date du 22 octobre 2008. La recourante a confirmé que le litige portait sur le décompte d'indemnité de chômage d'avril 2007. Elle a indiqué que sa conseillère en placement lui avait confirmé qu'elle avait droit à 5 jours de vacances et s'est référée à un échange d'e-mails qu'elle a produits. La recourante a confirmé avoir perçu de son employeur la somme de 4'840 fr. pour le mois d'avril 2007. La recourante a persisté à considérer avoir droit à ses 5 jours de vacances pour le mois d'avril 2007.

La caisse a expliqué que le décompte du mois d'avril 2007 a retenu un gain intermédiaire brut de 5'962 fr. correspondant à 21 jours contrôlés, incluant 5 jours de vacances. Selon l'attestation de gain intermédiaire, le salaire de base était de 4'374 fr. 55. Pour calculer le gain intermédiaire, il convenait d'ajouter le montant de 1'587 fr. qui représente les indemnités de vacances accumulées précédemment par l'assurée auprès de l'entreprise X_____, pour la période du 1^{er} janvier à fin avril 2007. La caisse a déclaré qu'en réalité, elle aurait dû considérer que l'assurée était sortie du chômage à partir du moment où elle a débuté son activité auprès de X_____ le 29 janvier 2007; en effet, elle percevait alors un gain considéré comme convenable qui ne donnait plus droit à une indemnité compensatoire, car il dépassait le montant des indemnités de chômage. Le représentant de la caisse a expliqué que pour le calcul du gain intermédiaire, le montant perçu au titre des vacances n'est comptabilisé qu'une fois que l'assuré prend effectivement ses vacances. Il ne pouvait pas y avoir de réinscription au chômage et, quoi qu'il en soit, si l'on considère que l'assurée était sortie du chômage, elle n'aurait pas pu venir se réinscrire pour la période du 16 au 20 avril puisqu'elle prenait des vacances. La caisse a sollicité l'audition de son conseiller technique et responsable de l'information.

13. La Tribunal a procédé à l'audition de Monsieur G_____, employé de la caisse cantonale de chômage en date du 28 janvier 2009. Concernant le décompte d'indemnité du mois d'avril 2007, le témoin a déclaré que le gain assuré s'élevait à 8'125 fr. et que le gain intermédiaire était de 5'962 fr. , y compris le cumul de vacances de 5 jours courant depuis le début du contrat de travail jusqu'au jour qui précède la prise de vacances. Il a expliqué que si la recourante avait été sortie du chômage avant la prise d'emploi de janvier 2007, la situation n'aurait pas été différente. En effet, en avril 2007, elle avait réalisé un gain intermédiaire supérieur à ce qu'elle aurait dû percevoir si elle avait été chômage normalement, soit 21 jours à 262 fr. 10. Quoi qu'il en soit, si la recourante avait été sortie du chômage à fin janvier 2007, elle n'aurait pas pu se réinscrire au chômage en avril 2007 lorsqu'elle

a pris ses vacances ; il s'agit d'une question d'aptitude au placement. Suite à l'opposition de la recourante, le représentant de la caisse et lui-même avaient souhaité rencontrer l'opposante pour lui expliquer de vive voix le calcul relatif à son décompte d'avril 2007. En réalité, dans ce dossier, la caisse n'aurait pas dû examiner la situation selon les gains intermédiaires, mais aurait dû payer le mois de janvier jusqu'au jour précédant sa prise d'emploi, soit jusqu'au 28 janvier 2007 inclus. Or, le mois de janvier a été payé en entier et les mois suivants ont été pris en gain intermédiaire, alors même que l'assurée ne percevait plus d'indemnités de chômage. Le témoin a précisé, concernant les vacances de décembre 2006, que les vacances qui figurent sur le décompte de décembre 2006 ne peuvent pas être prises avant le mois de janvier 2007, car elles ne sont acquises que le mois suivant.

14. A l'issue de l'audience, la recourante a admis qu'il était clair pour elle que dès lors qu'elle percevait un gain supérieur à ses indemnités de chômage lors de son engagement, elle ne pouvait plus percevoir d'indemnités. Elle considérait certes qu'elle était sortie du chômage le 29 janvier 2007, mais que dès la fin de son activité auprès de X_____ le 15 avril 2007 elle était automatiquement réinscrite au chômage. Elle a confirmé avoir pris des vacances du 16 au 20 avril 2007, à la suite desquelles elle a à nouveau travaillé pour X_____ jusqu'à la fin du mois d'avril, avant de débiter une activité dès le 1^{er} mai auprès d'un nouvel employeur. La caisse a persisté dans ses conclusions.
15. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

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 (LACI).

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

2. Interjeté dans les forme et délai prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA).
3. Le litige porte sur le paiement des cinq jours de vacances pris par la recourante en avril 2007 et par conséquent sur le calcul du gain intermédiaire du mois d'avril 2007.

-
4. Selon l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage, entre autres conditions cumulatives, s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (a), s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (b), s'il est domicilié en Suisse (c), s'il a achevé sa scolarité obligatoire, qu'il n'a pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touche pas de rente de vieillesse de l'AVS (d), s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (e), s'il est apte au placement (f) et s'il satisfait aux exigences de contrôle (g).

Aux termes de l'art. 11 al. 1 LACI, une perte de travail doit être prise en considération lorsqu'elle se traduit par un manque à gagner et dure au moins deux journées de travail consécutives (art. 11 al. 1 LACI). La jurisprudence a précisé qu'un assuré ne subit pas de perte de travail à prendre en considération s'il a retrouvé - serait-ce à temps partiel - un emploi réputé convenable au sens de l'art. 16 LACI, en particulier du point de vue de la rémunération. Cet emploi met fin au chômage; le revenu que l'assuré en retire ne constitue pas un gain intermédiaire et ne donne pas lieu à une indemnité compensatoire en application de l'art. 24 LACI.

Un emploi qui procure à l'assuré une rémunération au moins égale à l'indemnité journalière de chômage est en principe réputé convenable, sous réserve des autres conditions posées par l'art. 16 al. 2 let. a à h LACI (cf. art. 41a al. 1 OACI; ATF 122 V 34 consid. 4c/bb p. 40; cf. également ATF 127 V 479 consid. 2 p. 480; 121 V 51 consid. 2 p. 54, 120 V 233 consid. 5c p. 250, 120 V 502 consid. 8c p. 512, 114 V 345 consid. 2d p. 349; SVR 1999 Alv n. 8 p. 21 [C 148/96] consid. 2, ainsi que Boris RUBIN, Assurance-chômage, 2ème éd., p. 261, 264 et 321; NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in : MEYER (éd.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, vol. XIV, Soziale Sicherheit, 2ème éd., n. 149 p. 2223, n. 410 sv. p. 2298 sv.). Si l'emploi retrouvé par l'assuré n'est pas réputé convenable, pour l'un ou l'autre motif énoncé à l'art. 16 al. 2 LACI, l'assuré subit une perte de gain à prendre en considération et peut prétendre l'ouverture d'un délai-cadre d'indemnisation. Cela vaut même s'il retire de cette activité un gain intermédiaire suffisant à exclure temporairement l'octroi d'une indemnité compensatoire au sens de l'art. 24 al. 1 LACI. Ainsi, la jurisprudence a considéré qu'un assuré dont l'emploi temporaire n'était pas réputé convenable, en raison d'un trop bref délai de résiliation du contrat de travail, pouvait prétendre l'ouverture d'un délai-cadre d'indemnisation même si le revenu qu'il tirait de cette activité excluait le paiement d'une indemnité compensatoire au sens de l'art. 24 LACI (arrêt C 224/03 du 1er mars 2004).

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 47 consid. 5, 124 V 73 consid. 4; DTA 2000 p. 35 consid. 2).

-
5. En l'espèce, le Tribunal de céans constate qu'à partir du 29 janvier 2007, la recourante a travaillé pour le compte de la société X_____, réalisant un salaire horaire de 40 fr. de l'heure, plus l'indemnité de vacances de 10,64 %. Selon les attestations de gain intermédiaire établies par l'employeur, pour la période du 29 au 31 janvier 2007, elle a perçu un revenu de 930 fr., en février 2007, de 6'316 fr. et en mars 2007 de 7'104 fr., indemnité de vacances de 10,64 % comprise. En avril 2007, la recourante a travaillé du 2 au 16 et du 23 au 30 avril 2007 pour un salaire de 4'884 fr., y compris l'indemnité de vacances.

Or, l'indemnité de chômage de la recourante s'élevait à 5'687 fr. 50 par mois pour 21.70 jours de travail moyens (262 fr. 10 par jour). Par conséquent, dès lors que la recourante a perçu, à partir du 29 janvier 2007, un revenu supérieur à l'indemnité de chômage, force est de constater qu'elle ne subissait plus de perte de gain à prendre en considération et, partant, n'avait plus droit à l'indemnité de chômage. C'est dès lors à tort que l'intimée a considéré ces revenus comme un gain intermédiaire.

6. La recourante soutient qu'elle avait droit à 5 jours de vacances acquis en décembre 2006, qu'elle a pris en réalité en avril 2007, durant son emploi pour le compte de X_____, qui lui donnent droit à l'indemnité de chômage et justifierait un nouveau calcul du gain intermédiaire.

Ces arguments ne résistent pas à l'examen. En effet, dès lors que la recourante est sortie du chômage dès le 29 janvier 2007 et qu'elle a pris 5 jours de vacances en avril 2007, alors qu'elle était sous contrat de travail avec X_____, elle ne pouvait pas être considérée comme subissant une perte de gain à prendre en considération, état relevé au surplus qu'elle était, durant cette période, inapte au placement. Elle ne peut en conséquence raisonnablement soutenir qu'elle émargeait à nouveau à l'assurance-chômage durant ces 5 jours de vacances.

Il n'y a dès lors pas lieu de procéder à un nouveau calcul pour le mois d'avril 2007, étant relevé que quoi qu'il en soit, le calcul du gain intermédiaire effectué par l'intimée pour le mois d'avril 2007, en incluant les vacances effectivement prises conformément à ce qui a été dit supra, aboutit au même résultat, à savoir que la recourante n'a pas droit à une indemnité compensatoire.

7. Pour le surplus, le Tribunal de céans relève que la recourante a maintenu son opposition, alors même qu'elle avait été informée par l'intimée qu'une restitution de 188 fr. 70 lui sera réclamée et invitée à retirer son opposition. Ce montant correspond à 0,8 indemnité de chômage versée à tort pour le mois de janvier 2007 (20,8 jours contrôlés au lieu de 20 jours), ce que la recourante ne conteste au demeurant pas.
8. Au vu de ce qui précède, mal fondé, le recours doit être rejeté.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

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 auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Isabelle CASTILLO

Juliana BALDE

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