

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4018/2008

ATAS/614/2009

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 1

du 19 mai 2009

En la cause

Monsieur B_____, domicilié à Genève

recourant

contre

Caisse de chômage COMEDIA - LE SYNDICAT DES MEDIAS,
Région Suisse Romande, sise rue Pichard 7, 1003 LAUSANNE

intimé

**Siégeant : Doris WANGELER, Présidente; Evelynne BOUCHAARA et Norbert HECK,
Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur B_____, né en 1959, s'était inscrit auprès de l'OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI (ci-après OCE) et un délai-cadre d'indemnisation avait été ouvert en sa faveur du 1^{er} juin 2006 au 30 juin 2008.
2. Par décision du 25 juin 2007, l'Office régional de placement (ci-après ORP) a accordé à l'assuré une allocation d'initiation au travail (AIT) pour une durée de six mois, soit du 1^{er} juillet 2007 au 31 décembre 2007, au vu du contrat de travail conclu avec la société X_____ SA le 21 juin 2007.
3. Par courrier du 8 novembre 2007, l'employeur a résilié le contrat de travail avec effet au 31 décembre 2007.

Sur demande de l'OCE, l'employeur a expliqué, par mail du 22 novembre 2007, que la décision de licenciement avait été prise au motif que l'intégration de l'assuré dans une équipe de développeurs assez jeunes et extrêmement rapides avait été difficile, étant toutefois précisé que celui-ci était une personne sérieuse avec beaucoup de bonne volonté et que son départ n'était dès lors aucunement lié à son manque d'assiduité. Selon l'employeur, "nous avons pensé que ce n'était pas très enrichissant pour lui de rester dans une équipe où l'on percevait mal son évolution".

4. Par courrier du 21 novembre 2007, la caisse de chômage COMEDIA (ci-après la caisse de chômage) a signalé à la société X_____ SA que l'assuré l'avait informé d'une reprise d'emploi au 1^{er} juillet 2007, sans préciser qu'il s'agissait d'une AIT, de sorte que les indemnités n'avaient pas été versées. Elle lui demande dès lors de remplir les MMT mensuelles et les lui faire parvenir directement.
5. Par décision du 25 février 2008, la caisse de chômage a expliqué qu'elle avait versé les indemnités de janvier 2008 à l'assuré sur la base d'un gain assuré nouvellement calculé fixé à 6'700 fr. selon les salaires bruts réalisés, alors qu'elle n'aurait pas dû en modifier le montant de 4'415 fr. puisque des AIT avaient été versées. Elle a dès lors réclamé à l'assuré la restitution d'un montant de 1'716 fr. 40.
6. L'assuré a formé opposition le 17 mars 2008, rappelant qu'il avait déjà contesté le 12 décembre 2007 l'octroi des AIT accordé dans le cadre de son emploi au service de la société X_____ SA, estimant que certains termes du contrat de travail n'avaient pas été respectés. Il a ainsi entendu démontrer qu'il était de bonne foi.

Le 12 décembre 2007, l'assuré avait en effet expliqué à la caisse de chômage que "lors de la signature de mon contrat d'embauche, l'employeur (X_____ SA) s'était engagé à me faire bénéficier d'une période de formation durant laquelle j'aurais pu acquérir une compétence technique sur des produits de l'entreprise. Or, prétextant une surcharge de travail, X_____ ne m'a jamais proposé cette

formation malgré mes requêtes répétées. L'employeur m'avait suggéré de faire appel à deux responsables du groupe qui d'évidence n'appréciaient pas d'être sollicités. X_____ a mis fin à mon contrat de travail en invoquant ma non-intégration dans le groupe. J'estime que pour sa part la société X_____ n'a pas respecté les termes du contrat qui l'engageait à mon égard. Je vous prie donc de bien vouloir tenir compte de ce qui précède lors du versement des AIT".

7. Par décision du 9 septembre 2008, le Groupe des décisions en matière d'assurance-chômage de l'OCE, a constaté que l'opposition du 12 décembre 2007 formée contre une décision de l'ORP du 25 juin 2007 d'octroi d'une AIT de six mois était largement tardive. Elle relève également que l'assuré ne dispose d'aucun intérêt personnel ou juridique à ce que cette décision du 25 juin 2007 soit annulée ou révoquée dès lors qu'il avait effectué l'AIT qui lui avait été accordée dans son entier, qu'il avait été rémunéré par l'employeur pour l'activité déployée et que les AIT versées dans le cadre de cette mesure l'avaient été directement à son employeur. L'opposition a dès lors été déclarée irrecevable, faute d'intérêt personnel ou juridique.
8. Faisant suite à l'opposition du 17 mars 2008, par décision du 27 octobre 2008, la caisse de chômage a rappelé que "lorsque un assuré est au bénéfice d'une AIT, le chômage verse une partie dégressive du salaire pour six mois, ensuite, normalement l'assuré sort du chômage. Lors d'un retour au chômage ou d'un nouveau délai-cadre, la caisse ne peut prendre en compte les salaires de l'AIT pour le calcul du gain assuré. Le calcul corrigé qui a été fait dès janvier 2008 est donc correct. Nous devons prendre en compte le salaire précédant votre AIT. De ce fait, comme nous vous avons indemnisé le mois de janvier sur un gain assuré trop élevé, vous devez nous restituer l'argent perçu en trop. Suite à vos différents courriers concernant votre réclamation du 12 décembre 2007 contre la décision de l'Office de placement du 25 juin 2007, nous avons dû attendre leur décision du 9 septembre 2008 et le délai de recours avant de prendre notre position définitive suite à votre opposition à notre décision du 25 février 2008". La caisse de chômage, rappelant que la réclamation du 12 décembre 2007 était irrecevable, a dès lors maintenu sa décision du 25 février 2008.
9. L'assuré a interjeté recours le 9 novembre 2008 contre ladite décision sur opposition. Il demande la remise complète de son obligation de rembourser la somme de 1'716 fr. 40, rappelant encore une fois qu'il avait formé opposition en décembre 2007 à la décision d'octroi des AIT et que malheureusement sa lettre d'opposition avait été égarée par le service juridique de l'assurance-chômage, de sorte que la procédure n'avait pu démarrer que trop tard.
10. Dans sa réponse du 18 novembre 2008, la caisse de chômage s'est bornée à indiquer que "nous maintenons notre décision puisque *l'assuré* a perdu son recours du 12 décembre 2007".

11. Sur demande du Tribunal de céans, la caisse de chômage a transmis le solde des pièces du dossier.
12. Sur ce, 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. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales, s'applique.
3. Déposé dans les forme et délai prévus par la loi, le présent recours est recevable (art. 60 LPGA).
4. L'assuré a, par décision du 25 juin 2007, été mis au bénéfice d'allocations d'initiation au travail. Il a contesté ladite décision auprès de la caisse de chômage le 12 décembre 2007. Son opposition a été déclarée irrecevable pour défaut d'intérêt personnel et juridique le 9 septembre 2008. Même si l'on peut s'étonner de ce que le groupe réclamation ne se soit prononcé que neuf mois après le dépôt de l'opposition, force est de constater que l'assuré n'a pas recouru contre la décision sur opposition, laquelle est entrée en force.
5. La caisse de chômage a réclamé à l'assuré le remboursement de la somme de 1'716 fr. 40, représentant les indemnités versées à tort en janvier 2008, car fondées sur un gain assuré trop élevé.
6. Aux termes de l'art. 23 al. 1, première phrase, 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, 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 gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisations qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation ou des douze derniers mois si ce salaire est plus élevé (art. 37 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage - OACI).

En principe, le gain assuré fixé au début du délai-cadre d'indemnisation reste inchangé pendant tout le délai-cadre. Il est recalculé pour la période de contrôle suivante :

- Lorsqu'un changement est intervenu dans l'aptitude au placement/la perte de travail à prendre en considération de l'assuré : ou
- Lorsque, avant de retomber au chômage, l'assuré a exercé pendant au moins six mois sans interruption une activité soumise à cotisation pour laquelle il a touché un salaire supérieur au gain assuré. Est réputée interruption chaque période où l'assuré touche l'indemnité de chômage, jours d'attente et jours de suspension inclus.

Si le gain assuré est recalculé parce que l'assuré a travaillé dans l'intervalle, la période de référence commence le jour avant la survenance d'une perte de travail à prendre en considération pour autant qu'avant ce jour l'assuré ait cotisé pendant six mois au moins sans perception d'indemnités de chômage (IC).

La période de référence dure six ou douze mois de cotisation si cette période donne un gain assuré supérieur. Lorsque le rapport de travail a duré moins de six ou douze mois, on prendra pour période de référence la durée du rapport de travail si cette base de calcul est plus favorable pour l'assuré que la période de cotisation de six mois (Circulaire du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) relative à l'indemnité de chômage C24, C25).

7. En l'espèce, la caisse de chômage a calculé l'indemnité due à l'assuré pour le mois de janvier 2008 en prenant en compte le salaire AIT, ce qui donnait un gain assuré plus élevé. Elle s'est ainsi fondée sur un gain assuré de 6'700 fr. alors que selon elle, elle aurait dû retenir un montant de 4'415 fr., de sorte qu'un montant de 1'716 fr. 40 a été versé à l'assuré à tort. L'assuré ayant travaillé dès le 1^{er} juillet 2007, le gain assuré devait être recalculé.

Reste à savoir si, avant la survenance de la perte de gain à prendre en considération, l'assuré a cotisé pendant 6 mois au moins sans avoir perçu d'indemnités de chômage. Celui-ci a l'occurrence été mis au bénéfice d'AIT du 1^{er} juillet au 31 décembre 2007. Il s'agit dès lors de déterminer si les AIT constituent ou non des indemnités de chômage.

8. Aux termes de l'art. 7 LACI,

¹ "Pour prévenir et combattre le chômage, l'assurance fournit des contributions destinées au financement:

- a. d'un service efficace de conseil et de placement;
- b. de mesures relatives au marché du travail en faveur des assurés;
- c. d'autres mesures régies par la présente loi.²

² Elle fournit les prestations suivantes, à savoir:

- a. l'indemnité de chômage;
- b.
- c. l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail;
- d. l'indemnité en cas d'intempéries;
- e. l'indemnité en cas d'insolvabilité de l'employeur".

Le chapitre 6 de la LACI institue des mesures relatives au marché du travail (MMT). Selon l'art. 59 al. 1 LACI, l'assurance alloue des prestations financières au titre des mesures relatives au marché du travail en faveur des assurés et des personnes menacées de chômage. Les prestations dont la restitution est demandée relèvent de la section 3 de ce chapitre, savoir les mesures d'emplois prévues aux articles 64a et 64b LACI. Sont réputés mesures d'emplois, notamment, les emplois temporaires qui entrent dans le cadre de programmes organisés par des institutions publiques ou privées à but non lucratif; ces programmes ne doivent toutefois pas faire directement concurrence à l'économie privée (art. 64a al. 1 let. a LACI). L'assurance rembourse aux organisateurs les frais attestés indispensables à l'organisation de la mesure d'emploi; elle peut moduler ce remboursement en fonction des résultats (art. 64b, 1ère et 2ème phrases LACI). Les frais à prendre en compte pour l'organisation d'une mesure d'emploi sont énumérés à l'art. 97 OACI.

Selon l'art. 65 LACI, les assurés dont le placement est difficile et qui, accomplissant une initiation au travail dans une entreprise, reçoivent de ce fait un salaire réduit, peuvent bénéficier d'allocations d'initiation au travail (AIT) lorsqu'ils remplissent la condition fixée à l'art. 60, 1er al., let. b (let. a); que le salaire réduit durant la mise au courant correspond au moins au travail fourni (let. b); et qu'au terme de cette période, l'assuré peut escompter un engagement aux conditions usuelles dans la branche et la région, compte tenu, le cas échéant, d'une capacité de travail durablement restreinte (let. c).

Selon l'art. 66 LACI, les AIT couvrent la différence entre le salaire effectif et le salaire normal que l'assuré peut prétendre au terme de sa mise au courant, compte tenu de sa capacité de travail, mais tout au plus 60 pour cent du salaire normal (al. 1).

Pendant le délai-cadre, elles sont versées pour six mois au plus, dans des cas exceptionnels, notamment pour des chômeurs âgés, pour douze mois au plus (al. 2). Les allocations sont versées par l'intermédiaire de l'employeur, en complément du

salaire convenu. L'employeur doit payer les cotisations usuelles aux assurances sociales sur l'intégralité du salaire et prélever la part du travailleur (al. 4).

Aux termes de l'art. 90 al. 3 OACI, l'autorité cantonale vérifie auprès de l'employeur si les conditions dont dépend l'octroi d'allocations d'initiation au travail sont remplies. Elle peut exiger que les conditions selon l'art. 65, let. b et c, LACI fassent l'objet d'un contrat écrit.

D'autre part, bien que les assurés soient eux-mêmes titulaires du droit aux allocations d'initiation au travail, celles-ci sont versées par la caisse à l'employeur; ce dernier les verse à son tour à l'assuré avec le salaire convenu (art. 90 al. 4 OACI).

Si l'assuré résilie le contrat, il se retrouve au chômage. L'article 28 LACI devient par conséquent applicable en cas de maladie, d'accident ou de maternité. L'assuré pourra être sanctionné pour chômage fautif (art. 30 al. 1 lit. a LACI) si la résiliation du contrat est fautive. Cette suspension du droit à l'indemnité de chômage sera imputée sur les prestations qui lui reviennent en vertu de l'article 28 LACI". (Circulaire du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) relative aux mesures de marché du travail / allocation d'initiation au travail - AIT - allocations d'initiation au travail / gain intermédiaire - cumul en principe impossible - J 38).

L'AIT est ainsi une allocation qui couvre la différence entre le salaire effectivement versé et le salaire normal auquel l'assuré peut prétendre à l'issue de son initiation en entreprise. Elle ne couvre toutefois que 60% au maximum du salaire normal auquel l'employé peut prétendre. Par *salaire normal*, il faut entendre le salaire résiduel versé par l'employeur auquel il faut ajouter l'AIT, versée par l'intermédiaire de ce dernier. Les allocations sont en outre versées de manière dégressive. Elles sont réduites d'un tiers de leur montant initial au terme de chaque tiers de la période d'initiation. La première réduction ne peut cependant intervenir qu'après deux mois.

Comme l'AIT n'est pas versée sous la forme d'une indemnité - c'est une allocation -, il est possible d'en bénéficier alors que le droit maximal aux indemnités au sens de l'art. 27 LACI est épuisé. Autrement dit, un chômeur peut avoir droit à une AIT même après la fin de son droit aux indemnités de chômage. Bien entendu, son droit sera alors limité au délai-cadre d'indemnisation (Boris RUBIN, Assurance-chômage, Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, Procédure, 2^{ème} Ed., p. 631, 638, SCHULTHESS, 2006).

9. Toutes les conditions dont dépend le droit à l'indemnité de chômage sont énumérées à l'art. 8 al. 1 LACI, et explicitées pour la plupart d'entre elles aux art. 10 à 17 LACI.

L'indemnité de chômage est quant à elle prévue au chapitre 2 de la LACI. Elle est versée à l'assuré si celui-ci est au chômage (art. 8 al. 1 let. a et 10 LACI), subit une

perte de travail à prendre en considération (art. 8 al. 1 let b et 11 LACI), réside en Suisse (art. 8 al. 1 let c 12 LACI). Il doit avoir achevé sa scolarité obligatoire et ne pas encore avoir atteint l'âge donnant droit à une rente AVS (art. 8 al. 1 let. d LACI) et doit également remplir les conditions relatives à la période de cotisation ou en être libéré (art. 8 al. 1 let. e, 13 et 14 LACI), être apte au placement (art. 8 al. 1 let. f et 15 LACI), soit dit en d'autres termes, être disposé, en mesure et en droit d'accepter un travail convenable ou une mesure d'intégration. Il doit enfin se soumettre à diverses obligations dites de contrôle (art. 8 al. 1 let. g et 17 LACI).

L'indemnité de chômage est versée sous forme d'indemnités journalières. Cinq indemnités journalières sont versées par semaine (du lundi au vendredi) (art. 21 LACI).

L'indemnité est également versée pour les jours fériés, qu'ils soient communaux, cantonaux ou fédéraux, tombant sur un jour ouvrable".

Le montant de l'indemnité journalière est prévu à l'art. 22 LACI :

- ¹ L'indemnité journalière pleine et entière s'élève à 80 % du gain assuré. L'assuré perçoit en outre un supplément qui correspond au montant, calculé par jour, de l'allocation pour enfant et l'allocation de formation professionnelle légales auxquelles il aurait droit s'il avait un emploi.
- ² Une indemnité journalière s'élevant à 70 % du gain assuré est octroyée aux assurés qui:
 - a. n'ont pas d'obligation d'entretien envers des enfants;
 - b. bénéficient d'une indemnité journalière entière dont le montant dépasse 140 francs;
 - c. ne sont pas invalides (art. 8 LPGA).

A signaler enfin que l'indemnité de chômage n'est pas un bien absolument insaisissable mais un revenu relativement saisissable au sens de l'art. 93 al. 1 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP).

9. Force est de constater, au vu de ce qui précède, que l'indemnité de chômage et l'allocation pour initiation au travail sont deux types de prestations distincts. La première est prévue au chapitre 2 de la LACI, la seconde au chapitre 6. L'AIT n'est pas versée sous forme d'une indemnité puisqu'il s'agit d'une allocation. Il est ainsi possible d'en bénéficier alors que le droit maximal aux indemnités au sens de l'art. 27 LACI est épuisé (cf. RUBIN op cit.).

Les deux prestations ne visent pas les mêmes buts, l'AIT faisant partie des mesures relatives au marché du travail en faveur des assurés (art. 7 al. 1 let. b LACI), alors que l'indemnité de chômage est visée à l'art. 7 al. 2 LACI. L'AIT permet d'alléger par des allocations pendant six mois (ou exceptionnellement douze), les charges salariales des employeurs qui embauchent des assurés éprouvant de grandes difficultés à trouver un emploi et qui s'engagent à les initier à un nouveau travail.

L'AIT a ainsi pour objectif d'inciter les employeurs à embaucher des personnes sans emploi qu'ils n'engageraient pas sans l'existence d'une telle mesure, en raison du fait qu'elle doivent être initiées à un nouveau travail afin de pouvoir assurer un rendement suffisant.

S'agissant de l'AIT, l'employeur doit payer les cotisations usuelles aux assurances sociales sur l'intégralité du salaire et prélever la part du travailleur (art. 66 al. 4 LACI et 90 al. 4 OACI). S'agissant de l'indemnité de chômage, la caisse déduit certes la part de cotisations due par le travailleur et la verse à la caisse de compensation AVS compétente avec la part patronale dont elle doit s'acquitter (art. 35 OCAI), celui qui perçoit l'indemnité de chômage n'exerce toutefois pas pour autant une activité soumise à cotisation au sens de l'art. 13 al. 1 LACI, c'est-à-dire une activité propre à fonder l'ouverture d'un droit à l'indemnité de chômage.

Les conditions d'octroi sont également différentes, l'AIT n'est pas comme l'indemnité de chômage versée directement à l'assuré, mais à son employeur.

Il y a ainsi lieu de constater que l'AIT dont l'assuré a bénéficié ne pouvant être assimilée à une indemnité de chômage, la période de référence pour recalculer le gain assuré commence le jour avant la survenance de la perte de travail à prendre en considération, soit en l'occurrence avant le 31 décembre 2007, de sorte que le gain assuré doit être calculé sur la base du salaire de 6'700 fr.

Aussi le recours est-il admis et la décision de restitution annulée, étant précisé pour le surplus que la question de la remise ne se pose plus.

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

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet et annule les décisions des 25 février 2008 et 27 octobre 2008.
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

Marie-Louise QUELOZ

Doris WANGELER

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