RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/631/2005-2-CHOMAG **ATAS/468/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

2ème chambre

du 24 mai 2005

En la cause

Madame M_____, recourante

contre

SYNA CAISSE DE CHOMAGE, route du Petit-Moncor 1 à Villars-sur-Glâne intimée

Siégeant : Mme Isabelle DUBOIS, Présidente, Mmes Juliana BALDE et Karine STECK, juges.

EN FAIT

1. Madame M_____ (ci-après la recourante) a débuté, le 1er mars 2004, un emploi d'agent de réservation auprès de la compagnie Royal Air Maroc à Genève.

2. Son salaire mensuel brut a été fixé à 5'233 fr. plus diverses indemnités, à savoir des indemnités de déplacement à raison de 70 fr. par mois, des indemnités de vêtements à raison de 50 fr. par mois, une contribution à l'assurance maladie de 147 fr. par mois, enfin, des indemnités de transport et subsistance de 8 fr. par jour ouvrable, à savoir 22 par mois, sauf en mars (20).

3. Le 30 novembre 2004, l'assurée a résilié son contrat de travail avec effet immédiat en invoquant avoir subi des mesures de discrimination, des menaces de licenciement injustifiées, des tentatives d'intimidation, un harcèlement moral, des refus injustifiés de congé et de fausses accusations.

4. En mars 2004, son salaire total s'est élevé à 5'660 fr., puis, d'avril à novembre, à 5'676 fr. De plus, au mois de décembre 2004, l'assurée a reçu un treizième salaire de 4'275 fr. au prorata des 9 mois travaillés et le paiement de ses vacances à raison de 2'348 fr. 70.

5. Le 2 décembre 2004, l'assurée a déposé une demande d'indemnité de chômage auprès de la caisse de chômage du SIT. Cette dernière a prévu de retenir un montant de 6'104 fr. à titre de gain assuré. En raison du lent avancement de son dossier, l'assurée s'est inscrite auprès de SYNA CAISSE DE CHOMAGE (ci-après la caisse).

6. Par décision du 14 janvier 2005, la caisse a suspendu le droit aux indemnités journalières pour une période de 18 jours estimant que l'assurée était sans travail en raison d'une faute de gravité moyenne. Le 31 janvier 2005, la caisse a retenu un gain assuré de 5'669 fr. et a fixé l'indemnité journalière à 182 fr. 85, à raison de 21 jours, plus 70 fr. de frais mensuels de déplacement, représentant une indemnité mensuelle brute de 3'909.85 fr.

7. A la suite de la contestation du gain assuré par l'intéressée, la caisse a confirmé son calcul par courrier du 22 février 2005 en expliquant que le gain assuré de 5'669 fr. avait été calculé sur la base d'un gain mensuel moyen de 5'233 fr. x 13 : 12. Le 28 février 2005, l'assurée a persisté à contester le gain assuré retenu pas la caisse en soutenant que des cotisations AVS avaient été perçues sur un montant de 5'676 fr. par mois.

8. Le 10 mars 2005, la caisse a rendu une décision sur opposition maintenant le gain assuré à 5'669 fr. pour le motif que, selon une directive du Secrétariat d'Etat à

l'économie (ci-après SECO), les indemnités de frais n'entrent pas dans le gain déterminant.

9. Dans son recours déposé le 16 mars 2005, l'assurée conteste le gain assuré de 5'669 fr. Elle conclut à la fixation du gain assuré à 6'104 fr. pour les mois écoulés de janvier et février ainsi que pour tous les versements futurs, à l'octroi d'intérêts à 5% par an, enfin à la condamnation de la caisse aux éventuels frais de procédure et aux dépens.

10. Dans sa réponse du 24 mars 2005, la caisse a confirmé son calcul.

11. Le Tribunal de céans a ordonné la comparution personnelle des parties qui s'est tenue en date du 26 avril 2005. Les parties ont maintenu leur position. Sur quoi, 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 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'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. La recourante conclut à la prise en considération d'un gain assuré de 6'104 fr. englobant également toutes les indemnités supplémentaires soumises à cotisation de l'AVS. Pour sa part, dans sa décision sur opposition du 10 mars 2005, l'intimée a fixé le gain assuré à 5'669 fr. En conséquence, la question à trancher est de déterminer le gain assuré compte tenu des indemnités perçues par la recourante en sus du salaire mensuel brut.

4. A titre préalable, il y a lieu de relever que la décision sur opposition dont est recours indique des voies de droit erronées puisqu'elle mentionne le Tribunal administratif, respectivement la Commission cantonale de recours en matière

d'assurance-chômage, comme autorité compétente pour connaître du recours. Or, depuis le 1er août 2003, conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 8 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales a une compétence exclusive pour connaître des litiges en matière d'assurance-chômage (cf. consid. 1). En outre, la décision n'est pas motivée.

Or, la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (ci-après LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003. Son art. 49 al. 3 prévoit que les décisions indiquent les voies de droit et qu'elles doivent être motivées si elles ne font pas entièrement droit aux demandes des parties. En conséquence, il y a lieu d'examiner si ces conditions sont réalisées.

a) La notification irrégulière d'une décision ne doit entraîner aucun préjudice pour les parties. Cependant, la jurisprudence n'attache pas nécessairement la nullité à l'existence de vices dans la notification; la protection des parties est suffisamment garantie lorsque la notification irrégulière atteint son but malgré cette irrégularité (ATF 122 I 97 consid. 3a/aa p. 99, 111 V 149 consid. 4c p. 150 et réf. cit.). Lorsque le recours est adressé à une autorité incompétente, cette dernière transmet la cause au Tribunal compétent à raison de la matière, conformément à un principe général du droit administratif (VSI 1995 p. 199 consid. 3b et les arrêts cités). En l'espèce, le Tribunal administratif a immédiatement transmis la cause au Tribunal des assurances sociales, de sorte que cette indication erronée des voies de droit n'a pas entraîné de conséquence dommageable pour la recourante.

b) Quant à la motivation de la décision sur opposition, l'intimée ne pouvait pas se contenter, purement et simplement, d'annexer la directive du SECO à la décision litigieuse, sans discuter ni même mentionner les arguments exposés par la recourante. En effet, ce procédé ne satisfait pas aux exigences posées en la matière par la jurisprudence et viole le droit d'être entendu de la recourante (ATF 124 V 180 consid. 2). Toutefois, dans la mesure où, par son recours devant la juridiction cantonale, la recourante peut faire examiner les objections qu'elle avait formulées contre la décision de l'intimée, il convient de retenir que cette violation du droit d'être entendu est guérie, comme l'admet la jurisprudence, à titre exceptionnel (cf. ATF 124 V 180 consid. 4a).

5. D'après l'art. 22 al. 1 LACI, l'indemnité journalière pleine et entière s'élève à 80 pour cent du gain assuré, ou à 70 pour cent pour les personnes visées à l'art. 22 al. 2 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 de telles allocations ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail (art. 23 al. 1 LACI, 1ère phrase). Par salaire normalement obtenu au sens de cette disposition, il faut

entendre la rémunération touchée effectivement par l'assuré (ATF 128 V 190 consid. 3, 123 V 72 consid. 3; voir aussi Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, p. 115 sv., ch. 302). Ne font en revanche pas partie du gain assuré les indemnités versées pour les heures supplémentaires - dans leur acception étroite -, de même que les heures accomplies en sus de l'horaire habituel (cf. ATF 129 V 105; DTA 2003 n° 18 p. 189). Quant aux indemnités de vacances perçues par l'assuré en sus du salaire horaire ou mensuel, elles doivent être comptées à titre de gain assuré dans le mois où il a effectivement pris des vacances (ATF 125 V 48 consid. 5; DTA 2000 n° 7 p. 33).

Selon l'art. 7 du règlement de l'assurance vieillesse et survivants (RAVS), le salaire déterminant au sens de l'AVS comprend notamment le salaire proprement dit, les allocations de renchérissement et de résidence, les gratifications, les primes de fidélité et au rendement, les provisions et les commissions, les tantièmes.

Suivant les directives du SECO (cf. Bulletin MT/AC 2004/3 fiche 12), est déterminant, en règle générale, le salaire convenu contractuellement pour autant que l'assuré l'ait effectivement touché.

Entrent notamment dans le gain déterminant : le salaire de base (au mois, à l'heure ou à la tâche) ; les prestations en nature, au maximum jusqu'aux montants plafonds fixés dans l'AVS ; le 13ème mois de salaire et la gratification si l'assuré les a effectivement touchés ou s'il a intenté une action judiciaire pour faire reconnaître des prétentions qu'il a rendues plausibles ; les commissions ; les allocations convenues contractuellement comme, par exemple, les allocations de résidence et de renchérissement ; les suppléments pour travail de nuit, travail posté, travail du dimanche et service de piquet si ces allocations sont normalement versées à l'assuré en raison de la nature de son poste de travail.

N'entrent pas dans le gain déterminant : les heures supplémentaires dépassant le temps de travail normal dans l'entreprise ; les suppléments pour autres inconvénients liés au travail, par ex. primes de chantier ou de travail salissant convenues contractuellement ; les primes de fidélité ; les indemnités de frais ; les allocations familiales et de ménage ; si l'assuré est payé à l'heure, les allocations de vacances et pour jours fériés incluses dans le salaire horaire ne sont pas prises en compte. En revanche, si ce même travailleur a pris des vacances dans la période de référence, l'indemnité de vacances peut être prise en compte dans les limites du droit aux vacances acquis ou légal. Il en va de même pour les jours fériés tombant dans la période de référence.

En l'espèce, chaque indemnité doit être examinée séparément.

a. Le treizième salaire de 4'275 fr. versé pro rata temporis doit, à la lumière de ce qui précède, être pris en compte dans le gain assuré, puisqu'il a été effectivement touché par la recourante, au mois de décembre 2004.

b. Quant au vacances payées à raison de 2'348 fr. 70 en décembre 2004, selon la jurisprudence relative à l'art. 23 al. 1 LACI, la pratique administrative ne prenant pas en compte dans le calcul du gain assuré l'indemnité versée pour des vacances non obtenues (ATF 125 V 42, ATF 123 V 70) n'est pas contraire au droit fédéral. En effet, il n'y a pas de raison de traiter différemment celui qui prend effectivement ses vacances de celui qui ne les prend pas, mais qui reçoit en lieu et place une indemnité (DTA 2000 n° 7 p. 33).

   En l'espèce, c'est à juste titre que l'intimé n'a pas tenu compte des indemnités de vacances d'un montant de 2'348 fr. 70 dans le calcul du gain assuré, étant donné que les vacances de la recourante sont inclues dans le salaire mensuel de base.

c. Au sujet des indemnités pour transport et subsistance versées à raison de 8 fr. par jour ouvrable, il faut déterminer s'il s'agit d'indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail ou de composantes du salaire ordinaire. Valent comme indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail, en règle générale, les suppléments pour travail de nuit, par équipe, le dimanche, sur un chantier, en galerie et pour poussière (ATF 115 V 328 consid. 2b ; SECO MT/AC 2004/3 fiche 12). Les indemnités pour repas et pour transport ne figurent pas parmi les inconvénient énumérés (ATF non publié H C 220/00 du 3 mai 2001). Selon l'art. 9 al. 2 RAVS, les indemnités accordées régulièrement pour les repas courants pris au domicile ou au lieu de travail habituel font partie du salaire déterminant.

   En l'espèce, tout comme les autres salariés de cet employeur, la recourante a perçu chaque jour ouvrable des indemnités pour transport et subsistance, qu'elle ait été présente ou absente du travail. Au vu de ces circonstances, conformément à la jurisprudence, il faut admettre que ces indemnités sont soumises à l'art. 9 al. 2 RAVS et sont des parties intégrantes du salaire qui font partie du gain assuré. En conséquence, c'est à tort que l'intimé n'a pas pris ces indemnités en considération dans son calcul.

d. Le même raisonnement vaut pour les indemnités de déplacement de 70 fr. qui ont été versées chaque mois à la recourante, sans que celle-ci ait dû effectuer des déplacements pour son employeur. En effet, étant agente de réservation, elle travaillait exclusivement dans les locaux de son employeur. Ces indemnités sont des parties intégrantes du salaire et font donc partie du gain assuré.

e. Les indemnités de vêtements de 50 fr. par mois sont des composantes du salaire ordinaire, puisqu'elles ont été versées forfaitairement chaque mois à la

recourante, indépendamment du montant des frais réels de vêtements professionnels et donc sans rapport avec les inconvénients liés au travail. Il y a également lieu de les comptabiliser dans le gain assuré.

f. Quant à la participation de l'employeur à la caisse-maladie, l'art. 8 let. b RAVS prévoit expressément que les cotisations de l'employeur aux assureurs maladie et accidents de leurs salariés ne sont pas comprises dans le salaire déterminant AVS, à condition que tous les salariés soient traités de la même manière. Par analogie, une telle règle vaut également lorsque l'employeur ne paie pas lui-même la cotisation de son employé, mais verse à celui-ci une participation à sa prime de caisse-maladie. Etant donné que, dans son écriture du 15 mars 2005, la recourante précise qu'une telle participation était versée à tous les employés de l'entreprise, la condition de l'identité de traitement entre tous les employés est réalisée.

6) Selon l'art. 37 al. 1 OACI, le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation. Le calcul du gain assuré ne peut en principe porter que sur le montant du gain sur lequel des cotisations ont été prélevées, eu égard au principe de la primauté de la période de cotisation. Ainsi, la période de référence pour le calcul du gain assuré est, en règle générale, le dernier mois de cotisation avant le début du délai-cadre relatif à la période d'indemnisation. Toutefois, le salaire assuré est déterminé sur la base des douze derniers mois de cotisation précédant le délai cadre d'indemnisation si ce salaire est plus élevé que le salaire moyen visé à l'al. 1 (al. 2). La période de référence commence à courir le jour précédant le début de la perte de gain à prendre en considération, quelle que soit la date d'inscription au chômage (al. 3).

Pour la détermination tant du gain intermédiaire que du gain assuré, on applique le principe selon lequel un revenu est réputé avoir été réalisé au moment où l'assuré a fourni la prestation de travail rémunératoire (ATF 122 V 371). C'est pourquoi, les gratifications doivent être imputées proportionnellement sur les autres mois de l'année pendant laquelle l'assuré a travaillé, de la même manière qu'un treizième salaire (ATF 122 V 366).

Le salaire brut perçu par la recourante de mars à novembre 2004 s'est élevé en moyenne à 5'233 fr. De plus, au mois de décembre 2004, cette dernière a reçu un treizième salaire de 4'275 fr. au pro rata des 9 mois de travail. En application des dispositions légales et de la jurisprudence, il y a lieu de répartir mensuellement ce treizième salaire, à savoir à raison de 475 fr. par mois (4'275 : 9). Enfin, il y a lieu d'ajouter 176 fr. par mois d'indemnités de transport ou subsistance, 70 fr. par mois d'indemnités de déplacement et 50 fr. par mois d'indemnités de vêtements. En conséquence, le gain assuré de la recourante s'élève à 6'004 fr. Etant donné que le gain assuré retenu pas l'intimée est inférieur à ce montant, il y a lieu d'admettre le recours dans le sens des considérants.

7) Le versement d'intérêts moratoires sur des prestations d'assurance sociale ne peut être ordonné qu'à titre exceptionnel, en présence d'actes ou d'omissions illicites et fautifs de l'assureur social (ATF 119 V 81 consid. 3a, 117 V 351), ce qui n'est pas le cas en l'espèce. En effet, l'interprétation qu'a faite la caisse du gain assuré de la recourante ne peut pas être considérée comme un acte illicite ou fautif. Depuis le 1er janvier 2003, l'art. 26 al. 2 LPGA prévoit que des intérêts moratoires sont dus pour toute créance de prestations d'assurances sociales à l'échéance d'un délai de 24 mois à compter de la naissance du droit, mais au plus tôt douze mois à partir du moment où l'assuré fait valoir ce droit, pour autant qu'il se soit entièrement conformé à l'obligation de collaborer qui lui incombe (ATF non publié U 21/03 du 25 août 2003). En l'espèce, la recourante a fait valoir son droit au chômage le 2 décembre 2004, de sorte que le délai de 12 mois échoît le 1er décembre 2005, raison pour laquelle la recourante n'a pas droit à des intérêts moratoires.

8) Une partie qui agit dans sa propre cause ne peut qu'exceptionnellement prétendre à des dépens. Une telle exception existe si les conditions suivantes sont réalisées cumulativement : la cause est complexe, son enjeu important, le travail effectué était propre à entraver notablement l'activité professionnelle ou à entraîner une perte de gain, s'il est raisonnablement proportionné au résultat obtenu (ATF 110 V 72 consid. 7 et 132 consid. 4d)

   En l'espèce, bien qu'elle obtienne gain de cause, la recourante n'a pas droit à des dépens puisqu'elle n'est pas assistée d'un avocat. De plus, elle n'a subi aucune perte de gain pour mener cette procédure judiciaire puisqu'elle se trouve sans emploi et reçoit des indemnités journalières de la part de l'assurance-chômage. En conséquence, les conditions cumulatives requises pour l'octroi de dépens à une partie non assistée d'un avocat ne sont pas réalisées.

*****

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 dont est recours et renvoie la cause à la Caisse de chômage Syna pour nouveau calcul du gain assuré dans le sens des considérants.

4. Dit que la procédure est gratuite.

5. 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).

Le greffier: La Présidente :

Pierre RIES Isabelle DUBOIS

Le secrétaire-juriste :

Philippe LE GRAND ROY

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