

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/730/2014

ATAS/634/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 21 mai 2014

5^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à GENEVE

recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, sise rue
de Montbrillant 40; GENEVE

intimée

Siégeant : Maya CRAMER, Présidente; Christine BULLIARD MANGILI et Monique STOLLER FÜLLEMANN, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Monsieur A_____ a travaillé en tant que peintre en bâtiment du 3 mai au 23 décembre 2011 et du 2 janvier 2012 au 9 mars 2012 dans le cadre d'un contrat de travail temporaire avec B_____ SA à plein temps.
2. Le 19 mars 2012, l'employé a déposé une demande d'indemnités et un délai cadre d'indemnisation a été ouvert jusqu'au 18 mars 2014.
3. Selon l'attestation de l'employeur du 20 mars 2012, l'horaire normal de travail dans l'entreprise était de 42,5 heures par semaine et la CCT du second œuvre était applicable.
4. Après avoir calculé l'indemnité au chômage sur la base de 42,5 heures, la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse) a procédé à une révision du gain assuré, par décision du 13 janvier 2014, et l'a déterminé sur la base d'un horaire de travail de 41 heures par semaine. A cet égard, elle a expliqué que l'évaluation inexacte du gain assuré avait été découverte lors d'une révision périodique par l'autorité fédérale de surveillance, à savoir le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO). Du recalcul des indemnités dues résultait un trop perçu de CHF 1'802,40. Compte tenu d'un prélèvement de CHF 177,90 sur les indemnités de juillet 2013, la caisse a demandé la restitution de CHF 1'624.-.
5. Le 27 janvier 2014, l'assuré a formé opposition à cette décision en faisant valoir qu'il s'agissait d'une erreur de la caisse et que sa bonne foi ne pouvait être remise en question, dès lors qu'il ignorait les conditions d'horaires de sa branche. Par ailleurs, lui et son épouse étaient aidés financièrement par les prestations complémentaires de famille, de sorte que leur situation était très précaire. La restitution de la somme de CHF 1'802,40 les mettrait dans une situation financière encore plus délicate, raison pour laquelle l'assuré a invité la caisse à renoncer à la restitution de la somme requise.
6. La caisse a soumis l'opposition de l'assuré au SECO. Par courrier du 4 mars 2014, celui-ci a fait savoir à la caisse que les éléments invoqués par l'assuré ne lui permettaient pas de modifier sa décision.
7. Par décision du 6 mars 2014, la caisse a rejeté l'opposition de l'assuré au même motif.
8. Par acte du 11 mars 2014, l'assuré a recouru contre cette décision, en concluant à son annulation. Il a contesté l'interprétation de la convention collective de travail (CCT) du second-œuvre, sur la base d'une jurisprudence de la chambre de céans rendue dans un cas similaire.
9. Dans sa réponse du 2 avril 2014, la caisse a conclu au rejet du recours, estimant que le recourant n'apportait aucun élément nouveau lui permettant de revoir sa position. Par ailleurs, elle a sollicité une audience de comparution personnelle des parties.

10. Après avoir donné la possibilité aux parties de s'expliquer lors de l'audience du 7 mai 2014, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ; RS E 2 05) en vigueur dès le 1^{er} janvier 2011, la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA; RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982 (loi sur l'assurance-chômage, LACI; RS 837.0).

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

2. Interjeté dans le délai et la forme prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA).
3. L'objet du litige porte sur le gain assuré du recourant, ainsi que le cas échéant sur le droit de l'intimé de réviser, respectivement de reconsidérer ses décisions d'octroi d'indemnité de chômage et de demander la restitution du trop-perçu.
4. À teneur de l'art. 23 al. 1^{er} 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 (art. 37 al. 1 de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité [OACI; RS 837.02]). Il est déterminé sur la base du salaire moyen des douze derniers mois de cotisations précédant le délai-cadre d'indemnisation si ce salaire est plus élevé que le salaire moyen visé à l'al. 1^{er} (art. 37 al. 2 OACI). Selon l'art. 37 al. 3bis OACI, lorsque le salaire varie en raison de l'horaire de travail usuel dans la branche, le gain assuré est calculé conformément aux al. 1 à 3, mais au plus sur la moyenne annuelle de l'horaire de travail convenu contractuellement. En outre, le gain assuré est redéfini pour la période de contrôle suivante si, pendant le délai-cadre d'indemnisation, l'assuré a exercé pendant au moins six mois consécutifs, avant de retomber au chômage, une activité soumise à cotisation pour laquelle il a reçu un salaire supérieur au gain assuré (art. 37 al. 4 OACI).

Par salaire normalement obtenu au sens de l'art. 23 al. 1^{er} LACI, il faut entendre la rémunération touchée effectivement par l'assuré. Le salaire contractuel n'est déterminant que si les parties respectent sur ce point les clauses contractuelles. Il s'agit en effet d'éviter des accords abusifs selon lesquels les parties conviendraient

d'un salaire fictif qui, en réalité, ne serait pas perçu par le travailleur : un salaire contractuellement prévu ne sera dès lors pris en considération que s'il a réellement été perçu par le travailleur durant une période prolongée, sans faire l'objet de contestations (ATF 131 V 444 consid. 3.2 ; ATF non publié du 3 août 2007, C 155/06, consid. 3.2).

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). La circulaire du SECO relative à l'indemnité de chômage du mois de janvier 2007 précise que le gain provenant des heures supplémentaires n'entre dans le gain assuré que si le total des heures fournies pendant la période de référence ne dépasse pas en moyenne le temps de travail maximum à fournir selon les termes du contrat (cf. chiffres C1 et C2).

5. Afin de calculer le gain assuré, il convient en premier lieu de déterminer quel était en l'espèce l'horaire de travail convenu contractuellement.

Les contrats de mission conclus les 2 mai 2011, 12 juillet et 18 octobre 2011, ainsi que le 29 mars 2012 entre B_____ SA (bailleresse de services) et le recourant, en vertu de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 6 octobre 1989 (LSE; RS 823.11), stipulent que le contrat de mission constitue, avec le contrat-cadre de travail, le contrat de travail. Par ailleurs, sont applicables les conditions de la CCT du second œuvre. Le dernier contrat de mission précise que les conditions de l'engagement sont également soumises à la CCT du travail temporaire. Selon le premier contrat de mission, l'horaire est variable. Les autres contrats indiquent un horaire de 7h à 12h et de 13h à 17h. Le recourant était par ailleurs engagé en tant que peintre en bâtiment.

La CCT du second œuvre romand (ci-après: CCT-SOR), conclue le 19 novembre 2010, est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011 et valable jusqu'au 31 décembre 2016. Par arrêté du 1^{er} février 2011, le Conseil fédéral a remis en vigueur ses arrêts du 28 février 2008, du 23 juillet 2008 et du 18 mai 2009 qui étendent le champ d'application de la CCT-SOR, notamment pour le secteur de la peinture dans le canton de Genève (art. 1bis al. 2). Cette CCT est par conséquent applicable en l'espèce.

Selon l'art. 12 ch. 1 let. a CCT-SOR, la durée hebdomadaire moyenne de travail est de 41 heures. La lettre b de cette disposition précise que l'entreprise a la faculté de fixer la durée hebdomadaire de travail à 39 heures au minimum et 45 heures au maximum, du lundi au vendredi. La tranche horaire ordinaire se situe entre 06.00 et 22.00 heures. En outre, l'art. 12 al. 2 let. i indique que les heures qui dépassent le total de 2132 heures par année (ce qui revient à 41 heures par semaine), et qui atteignent au maximum le total de 2212 heures par année (ce qui revient à 42,5 heures par semaine), doivent être considérées comme un bonus et doivent être prise sous forme de congé ou payées sans supplément. Les heures effectuées au-delà du

maximum indiqué ci-dessus seront considérées comme des heures supplémentaires payées ou compensées selon l'art. 16 CCT-SOR.

Par conséquent, à la lecture de ces dispositions, il apparaît clairement qu'au regard de cette CCT, seules les heures dépassant le plafond de 2212 heures par année (soit 42,5 heures par semaine) sont considérées comme des heures supplémentaires qui ne doivent pas être prises en compte pour le calcul du gain assuré, comme cela a déjà été jugé par la chambre de céans dans son arrêt du 2 mai 2012 (ATAS/580/2012).

L'interprétation faite par l'intimée du seuil de 2132 heures par année comme étant le maximum autorisé s'avère donc erronée.

En l'occurrence, l'entreprise de mission a de surcroît confirmé que la durée hebdomadaire normale de travail était de 42,5 heures.

Il résulte de ce qui précède que c'est à tort que l'intimée a recalculé le gain assuré sur la base d'un maximum de 41 heures de travail par semaine et que les premières décisions d'octroi d'indemnités de chômage étaient correctes. Il n'y a par conséquent pas lieu de les réviser ni de les reconsidérer.

6. Le recours, bien fondé, sera ainsi admis et la décision dont est recours annulée. Dans la mesure où l'intimée a commencé à compenser sa prétention avec les indemnités de chômage dues au recourant dès juillet 2013, elle sera par ailleurs condamnée à restituer au recourant les prélèvements opérés sur ses indemnités.
7. La procédure est gratuite.

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable

Au fond :

2. L'admet.
3. Annule la décision du 6 mars 2014.
4. Condamne l'intimé à restituer au recourant les prélèvements opérés sur les indemnités de chômage à compter de juillet 2013.
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 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; RS 173.110); 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

Diana ZIERI

Maya CRAMER

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