

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/769/2013

ATAS/460/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 1^{er} avril 2014

1^{ère} Chambre

En la cause

Madame M_____, domiciliée à ONEX, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître DEBERTI Mattia

recourante

contre

CAISSE DE CHOMAGE DU SIT, sise rue des Chaudronniers 16,
GENEVE

intimée

**Siégeant : Doris GALEAZZI, Présidente; Evelyne BOUCHAARA et Norbert HECK,
Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Par décision du 4 octobre 2012, la CAISSE DE CHOMAGE DU SIT (ci-après la Caisse de chômage) a accordé à Madame M_____ des indemnités compensatoires pour le mois d'août 2012 sur la base d'un gain intermédiaire de 2'756 fr. 20.
2. L'assurée a formé opposition. Elle « conteste le retrait de mes jours sans contrôle au moment où je prends mes vacances officielles au travail, ainsi que les montants retenus à titre de gain intermédiaire (de mai 2012 à août 2012) qui ne correspondent pas à ceux qui m'ont été versés ».
3. Par décision du 1^{er} novembre 2012, la Caisse de chômage a rejeté l'opposition, expliquant que « votre période de vacances ayant duré du 30 juillet au 10 août, la Caisse a déduit, conformément à l'art. 27 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage, les jours d'indemnisation sans contrôle correspondant à cette période, soit deux jours sur le mois de juillet et huit jours sur le mois d'août. La déduction de vos jours d'indemnisation sans contrôle pendant votre période a donc bien été effectuée correctement ».
4. L'assurée a interjeté recours le 3 mars 2013 contre ladite décision, alléguant que

« je conteste le retrait de mes jours sans contrôle au moment où je prends mes vacances officielles au travail. Pourtant, dans mon décompte, il est mentionné que j'ai le droit à dix jours sans contrôle. La Caisse de chômage du SIT m'a enlevé dix jours dans mon décompte du mois d'août (gain intermédiaire de 1'642 fr. 80 - dans leur décompte, il est mentionné 2'756 fr. 20). J'ai fait opposition, mais ils ont refusé ma réclamation et je tiens à souligner qu'elle est justifiée ».
5. Par courrier du 5 mars 2013, le greffe de la Chambre de céans a invité l'assurée à le renseigner sur la date de réception de la décision et/ou sur d'éventuelles circonstances qui l'auraient empêchée d'agir dans le délai légal de trente jours.

En réponse, l'assurée a produit un certificat établi par le Docteur A_____ le 13 mars 2013, aux termes duquel elle « présente une affection médicale chronique justifiant un suivi régulier associé à un surmenage chronique. Pour ces motifs, elle n'a pas pu s'occuper correctement de son administration à la fin de l'année 2012 ».

Le 1^{er} juillet 2013, le Dr A_____ a précisé que sa patiente n'avait pas été en état de s'occuper correctement de ses problèmes administratifs du 30 octobre 2012 au 16 mars 2013, ajoutant que durant cette période, elle n'arrivait non seulement pas à effectuer ses tâches administratives, mais était également dans l'incapacité de comprendre ce qui lui était demandé. Le médecin a toutefois déclaré qu'il ne savait pas si l'assurée connaissait une personne de confiance qui aurait pu l'aider à résoudre ses problèmes administratifs pendant cette période.

6. La Chambre de céans a ordonné la comparution personnelle des parties le 24 septembre 2013. L'assurée a déclaré que

« J'ai travaillé en gain intermédiaire auprès d'une association à Champel jusqu'en juin 2013, et à la crèche X_____ de juillet à septembre 2013. Je travaillais à 50%. Je subissais beaucoup de pression à mon travail, de sorte que je n'avais pas beaucoup de disponibilité d'esprit pour gérer mes affaires administratives. J'étais souvent en arrêt maladie. Je me souviens avoir été en arrêt durant trois semaines entre octobre et novembre 2012. J'ai été victime de mobbing de la part de l'adjointe, ce qui se reproduisait à chaque rentrée scolaire. De plus, j'avais dû assumer d'autres litiges avec la caisse de chômage du SIT à propos de primes et d'une demande de restitution. (...)

Mes contrats auprès de la crèche étaient en réalité des contrats à durée déterminée d'une année renouvelables.

J'ai interjeté recours contre la décision de la caisse de chômage du SIT, parce que je conteste le montant du gain intermédiaire retenu de 2'758 fr. 60. Mon gain intermédiaire est en réalité de 1'642 fr. 80, auxquels il convient d'ajouter l'indemnité vacances, ce qui donne 1'896 fr. 42. J'ai droit à dix jours sans contrôle ».

7. Sur demande de la Chambre de céans, la Caisse de chômage a produit le tableau qui lui a servi à calculer le gain intermédiaire du mois d'août 2012 et a indiqué le 7 novembre 2013 que

« 1. Le gain intermédiaire du mois d'août 2011 a été calculé proportionnellement aux jours sur lesquels le gain a été réalisé et à ceux passés au chômage. Le gain total de Fr. 1'048.70 ayant été réalisé entre le 18 et le 31 août (voir IPA 08.11), nous l'avons divisé par le nombre de jours ouvrables inclus dans cette période, soit 10 jours ($1048.70 / 10 = 104.87$). Puis nous l'avons remultiplié par le nombre de jours depuis son inscription au chômage, soit depuis le 23 août, 7 jours ($104.87 * 7 = 734.09$). D'où un gain intermédiaire pris en compte de Fr. 734.10 auxquels nous avons rajouté par la suite la part du 13^{ème} salaire.

2. Quant à savoir si le 13^{ème} salaire est versé par l'employeur sur la part des vacances, nous devons admettre que nous n'avons pas fait la vérification effective. L'avenant à la convention collective mentionnant un 13eme salaire basé sur « le traitement mensuel moyen », nous avons estimé, au moment de modifier les paiements de l'assurée, qu'il était calculé sur le salaire de base uniquement ».

8. La Chambre de céans a par ailleurs requis de l'Association à Champel les fiches de salaire concernant l'assurée pour les mois de juillet, août et septembre 2012.
9. Une nouvelle audience a été fixée le 11 mars 2014. L'assurée a à cette occasion déclaré que

« Je maintiens que tous les calculs auxquels a procédé la Caisse sont faux. Celle-ci retient un montant brut. Rien n'est mentionné dans ses décomptes. On ne sait pas s'il s'agit d'indemnités de vacances ou de primes d'assurance-maladie.

S'agissant des vacances, je rappelle que la crèche ferme durant le mois d'août.

Je déclare avoir reçu toutes les explications concernant les calculs de la Caisse. J'ai compris que la Cour de céans envisage de procéder à une reformatio in pejus, dans la mesure où un montant d'une cinquantaine de francs m'aurait été versé à tort. Ce nonobstant, j'entends maintenir mon recours ».

10. Sur ce, 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 1er 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. Aux termes des art. 56 al. 1 et 60 al. 1 LPGA, les décisions sur opposition peuvent faire l'objet d'un recours dans les trente jours dès la notification de la décision attaquée.

Le recours interjeté par l'assurée le 3 mars 2013 contre la décision sur opposition du 1er novembre 2012, l'a à l'évidence été hors de ce délai de trente jours. Il est dès lors tardif.

En vertu de l'art. 16 al. 1 LPA, le délai légal ne peut être prolongé (cf. également art. 40 al. 1 LPGA). Il s'agit-là de dispositions impératives auxquelles il ne peut être dérogé (ATF 119 II 87 ; ATF 112 V 256). En effet, la sécurité du droit exige que certains actes ne puissent plus être accomplis passé un certain laps de temps : un terme est ainsi mis aux possibilités de contestation, de telle manière que les parties sachent avec certitude que l'acte qui est l'objet de la procédure est définitivement entré en force (Pierre MOOR, Droit administratif, vol. 2, Berne 1991, p. 181) ;

Une restitution de délai peut toutefois être accordée, de manière exceptionnelle, à condition que le requérant ou son mandataire ait été empêché, sans sa faute, d'agir dans le délai fixé (art. 41 al. 1 LPGA) et pour autant qu'une demande de restitution motivée, indiquant la nature de l'empêchement, soit présentée dans les 30 jours à compter de celui où il a cessé et que l'acte omis ait été accompli dans le même délai. Par empêchement non fautif, il faut entendre aussi bien l'impossibilité

objective ou la force majeure que l'impossibilité due à des circonstances personnelles ou une erreur excusable. Ces circonstances doivent être appréciées objectivement. En définitive, il ne faut pas que l'on puisse reprocher au requérant une négligence (POUDRET, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire ad. art. 35 OJ, n° 2.3sv; KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, n° 151).

En l'occurrence, l'assurée a été invitée à renseigner la Chambre de céans sur d'éventuelles circonstances qui l'auraient empêchée d'agir dans le délai légal de trente jours. Elle a produit un certificat médical attestant de son incapacité à gérer ses affaires administratives et à comprendre ce qui lui était demandé durant la période concernée. Aussi la Chambre de céans considère-t-elle que le recours est recevable.

3. Le litige porte sur le montant du gain intermédiaire retenu par la Caisse pour verser à l'assurée l'indemnité compensatoire du mois d'août 2012.
4. En vertu de l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a), s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (let. b), s'il est domicilié en Suisse (let. 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 (let. d), s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (let. e), s'il est apte au placement (let. f) et s'il satisfait aux exigences du contrôle (let. g). Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 218, consid. 2).

L'art. 11 LACI prévoit qu'il y a lieu de prendre en considération la perte de travail lorsqu'elle se traduit par un manque à gagner et dure au moins deux journées de travail consécutives (al. 1).

Aux termes de l'art. 24 al. 1 et 3 LACI, est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle. L'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain. Le taux d'indemnisation est déterminé selon l'art. 22. Est réputée perte de gain la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux. Les gains accessoires ne sont pas pris en considération (art. 23 al. 3).

Le but de l'art. 24 al. 3 LACI est d'empêcher le "dumping salarial" aux frais de l'assurance sociale (RFJ 1999 p. 194 consid. 2a ; RUBIN, Assurance-chômage, 2ème éd. 2006, p. 329, § 4.7.8.1).

L'art. 41a al. 1 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (ordonnance sur l'assurance-chômage, OACI ; RS 837.02) précise que lorsque l'assuré réalise un revenu inférieur à son

indemnité chômage, il a droit à des indemnités compensatoires pendant le délai-cadre d'indemnisation.

Est réputé gain intermédiaire, tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle, dont le montant est inférieur à l'indemnité de chômage à laquelle il a droit. La prise en compte du gain intermédiaire relève uniquement de la compétence de la caisse de chômage (Bulletin LACI 2013 du SECO [IC 2013], n° C123)

La réglementation sur la compensation de la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire (art. 24 LACI) est une norme de calcul des indemnités de chômage au sens des art. 8 et ss LACI (ATF 121 V 336, consid. 2b et 2c). Un assuré ne perd pas son droit à l'indemnité du seul fait qu'un salaire, annoncé comme gain intermédiaire à la caisse de chômage, est inférieur aux usages professionnels et locaux. Dans cette hypothèse, il a droit à la compensation de la différence entre le gain assuré et le salaire correspondant aux usages professionnels et locaux (ATF 129 V 102 ; ATF 120 V 233 consid. 4b ; ATF 120 V 502 consid. 8e ; ATF 120 V 515 consid. 2b). Un salaire fictif, conforme à ces usages, remplace le salaire réellement perçu par l'assuré, pour le calcul de sa perte de gain (arrêt C 258/97 du 27 octobre 1997 consid. 2, in DTA 1998 n° 33 p. 182 ; THOMAS NUSSBAUMER, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 2ème éd., 2007, no 422, p. 2302 ; RUBIN, Assurance-chômage, 2ème éd. 2006, p. 331 et 332, § 4.7.9). Les indemnités compensatoires seront calculées sur la base du salaire conforme aux usages professionnels et locaux même si l'assuré ne réalise aucun gain ou seulement un gain minime (ATFA non publié C 135/98 du 5 juin 2001 consid. 5, in DTA 2002 p. 110 ; ATF non publié 8C_774/2008 du 3 avril 2009 consid. 2).

Aux termes de l'art. 27 OACI, applicable par renvoi de l'art. 17 al. 2 LACI,

«¹ Après 60 jours de chômage contrôlé dans les limites du délai-cadre, l'assuré a droit chaque fois à cinq jours consécutifs non soumis au contrôle qu'il peut choisir librement. Durant les jours sans contrôle, il n'a pas l'obligation d'être apte au placement, mais doit remplir les autres conditions dont dépend le droit à l'indemnité (art. 8 LACI).

² Comptent comme jours de chômage contrôlé les jours pendant lesquels l'assuré remplit les conditions du droit à l'indemnité.

³ L'assuré doit aviser l'office compétent de son intention de prendre des jours sans contrôle au moins deux semaines à l'avance. S'il renonce ensuite à les prendre sans motif valable, il n'y aura plus droit. Il ne peut prendre ses jours sans contrôle que par semaine entière.

⁴ L'assuré qui prend les vacances auxquelles il a droit en vertu du droit du travail pendant qu'il réalise un gain intermédiaire a droit aux paiements visés à l'art. 41a pendant cette période. Les jours de vacances qu'il a pris pendant qu'il réalisait un

gain intermédiaire sont déduits des jours sans contrôle accumulés avant le début des vacances.

⁵ L'assuré qui participe à une mesure relative au marché du travail ne peut toucher pendant cette période que le nombre de jours sans contrôle auxquels il a droit en fonction de la durée totale de la mesure. Les jours sans contrôle ne peuvent être pris qu'avec l'accord du responsable du programme.

⁶ L'assuré ne peut pas prendre de jours sans contrôle immédiatement avant ou après son séjour à l'étranger, au titre de l'art. 64 du règlement (CE) no 883/2004, ni pendant ce séjour. A son retour, il doit se présenter à l'office compétent pour y faire valoir des jours sans contrôle ».

L'indemnité de vacances est ainsi déduite du gain intermédiaire à prendre en considération. Ce n'est que quand l'assuré prend ses vacances que l'indemnité de vacances acquise est prise en compte comme gain intermédiaire (arrêt du TFA du 27 janvier 2004, C 142/02 ; Bulletin LACI, janvier 2013, C149).

En cas de gain intermédiaire avec horaire de travail irrégulier (vacances individuelles ou d'entreprise / activité de durée déterminée ou indéterminée), seule l'indemnité de vacances acquise par l'assuré avant ses vacances (év. au cours de plusieurs gains intermédiaires simultanés ou antérieurs) peut être prise en compte au titre du gain intermédiaire (Bulletin LACI, C152).

5. En l'espèce, l'assurée a travaillé auprès de l'Association à Champel jusqu'en juin 2013, puis à la Crèche X_____ jusqu'en septembre 2013. Les revenus qu'elle a réalisés ont été admis comme gains intermédiaires. L'assurée conteste toutefois les calculs auxquels a procédé la Caisse de chômage pour en déterminer le montant, et reproche plus particulièrement à la Caisse de chômage de n'avoir pas pris en considération les dix jours d'indemnisation sans contrôle auxquels elle a droit pour le mois d'août 2012.

La Chambre de céans a repris le tableau de calculs produit par la Caisse de chômage. Elle a ainsi constaté que les calculs effectués par celle-ci sur la base des attestations de gain intermédiaire sont corrects et conformes à la loi.

La Chambre de céans a ensuite comparé les chiffres retenus par la Caisse de chômage à ceux des fiches de salaire. Elle a relevé que les attestations de gain intermédiaire ne correspondaient pas toujours avec les fiches de salaire, que les différences relevées étaient dues au calcul du nombre d'heures plus particulièrement, et qu'une grande partie de ces différences se révélaient finalement être en faveur de l'assurée. Celle-ci a notamment perçu en août 2012 une participation à l'assurance-maladie d'un montant de 70 fr. Ce montant aurait dû être intégré dans le calcul du gain intermédiaire d'août 2012. Tel n'a pas été le cas, de sorte que celui-ci devrait être en réalité plus élevé à hauteur d'un peu plus de 50 fr., que celui qui a été pris en compte par la Caisse de chômage.

Dûment informée de l'éventualité d'une reformatio in pejus, l'assurée a déclaré maintenir son recours.

La Chambre de céans renoncera toutefois à procéder à une reformatio in pejus, vu le faible montant (un peu plus d'une cinquantaine de francs) en jeu (ATF 119 V 249).

6. Aussi le recours, manifestement infondé, doit-il être rejeté.

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

Statuant

A la forme :

1. Considère que le recours est 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; 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

Nathalie LOCHER

Doris GALEAZZI

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