RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/77/2004/AC **ATAS/533/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du Mardi 6 juillet 2004

2ème Chambre

En la cause

Monsieur O_____, mais comparant avec élection de domicile
par Me E. STAMPFLI, avocat recourant

contre

CAISSE DE CHOMAGE SIB 60023, 15, rue Necker à Genève intimée

Siégeant : Mme Isabelle DUBOIS, Présidente, Mmes Doris WANGELER et Juliana BALDE, juges.

EN FAIT

1. Monsieur O_____ (ci-après le recourant) a travaillé comme secrétaire général de l'association suisse des amis de l'université hébraïque de Jérusalem, du 15 janvier 2001 au 31 août 2003.

   Son salaire mensuel brut était de 6'600 fr. plus 550 fr. correspondant au 13ème salaire payé chaque mois. Le contrat prévoyait, par ailleurs, un poste « bonus et gratification » payable « à bien plaire selon vos résultats (…) ». A ce titre deux versements lui ont été faits, soit 6'477 fr. 25 avec la paie d'octobre 2002, payés le 25 octobre 2002, et 10'050 fr. mentionnés sur la fiche de paie de mars 2003 mais payés le 21 janvier 2003.

2. Le recourant s'est inscrit à la CAISSE DE CHOMAGE SIB 60023 (ci-après la Caisse) au mois de juillet 2003, et un droit aux indemnités lui a été reconnu dès le 1er septembre 2003.

3. Les décomptes d'indemnités de septembre et octobre 2003 se basaient sur un gain assuré de 7'150 fr. Or, le recourant ayant perçu deux gratifications, il demanda à la Caisse d'en tenir compte et de fixer son gain assuré à 8'825 fr. Sans nouvelles de la Caisse, il déclara former opposition aux décomptes par pli du 3 novembre 2003.

4. Par décision du 2 décembre 2003, la Caisse a admis partiellement l'opposition. L'Office considère que les gratifications perçues doivent être prises en considération de la façon suivante : la première, de 6'477 fr. 25, répartie sur les sept mois précédant, d'avril à octobre 2002, soit 925 fr. 32 par mois, et la seconde, de 10'050 fr., répartie sur les mois de novembre 2002 à mars 2003, soit 2'010 fr. par mois. En conséquence, le gain annuel est de 97'700 fr. 64 soit un gain assuré mensuel de 8'141 fr. 72.

5. Dans son recours du 15 janvier 2004, le recourant allègue que son gain assuré doit être calculé sur les six derniers mois, plus favorable que le calcul sur 12 mois (art. 37 OACI), soit 7'150 fr. fois 12 plus la prime de 10'050 fr. versée en mars 2003, ce qui donne un gain assuré de 8'825 fr. Il conclut à ce que la décision soit annulée, la Caisse condamnée à retenir ce gain assuré, ainsi qu'à l'octroi de dépens.

6. Dans sa réponse du 17 février 2004, la Caisse conclut au rejet du recours. Elle considère que les gratifications versées doivent être traitées comme le sont les 13èmes salaires, et donc réparties sur la période antérieure qu'elles concernent. Son calcul est donc juste, et il convient de prendre en compte les douze derniers mois car ce calcul est favorable au recourant. Le gain assuré est ainsi de 8'142 fr.

7. Dans sa réplique du 5 avril 2004, le recourant reprend ses conclusions. En application de la loi il y a lieu de prendre en compte les montants qu'il a perçus durant les derniers six mois, soit 7'150 fr. de salaire mensuel plus la gratification de 10'050 fr. du mois de mars.

8. Après transmission de cette écriture à la Caisse, en date du 6 avril 2004, la cause a été gardée à juger.

9. Par courrier du 12 mai 2004, le Tribunal a informé le recourant de ce qu'il envisageait de réformer la décision dont est recours à son détriment, en ce sens que le gain assuré se monterait à 8'039 fr. Un délai lui était accordé au 14 juin pour faire part de ses observations ou retirer son recours.

10. Par pli du 14 juin 2004, le recourant a persisté dans ses conclusions, reprenant son argumentation.

EN DROIT

1. a) 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 (art. 1 let. r LOJ).

Dans un arrêt du 30 mars 2004, cependant, le Tribunal administratif (ci-après TA) a constaté d'office la nullité de l'art. 1 let. r LOJ, considérant que le TCAS avait été créé en violation de l'art. 131 de la Constitution genevoise - Cst GE -.

b) Force est de constater que cette conclusion ne saurait lier le tribunal de céans, aux motifs suivants :

- elle ne figure pas dans le dispositif de l'arrêt. Or, seul le dispositif d'un jugement peut acquérir l'autorité de la chose jugée, et non ses motifs. L'autorité de la chose jugée ne s'étend à ceux-ci que dans la mesure où le dispositif y renvoie expressément et où ils se rapportent à la question litigieuse (ATF 96 I 295 ; Knapp, Précis de droit administratif, 4ème édition, 1991, p. 248 ss ; Habscheid, droit judiciaire privé suisse, 1981 p. 313 et ss.).

- l'autorité de la chose jugée ne vaut quoi qu'il en soit que pour les moyens que le tribunal pouvait examiner (cf. Knapp, op. cit. p. 251). Or, il apparaît en l'espèce douteux que le TA devait, et même pouvait, à l'occasion d'un recours interjeté pour violation des droits politiques contre un arrêté du Conseil d'Etat fixant la date de l'élection des juges assesseurs au TCAS, contrôler la constitutionnalité de la loi instituant cette juridiction.

- une loi inconstitutionnelle ne saurait être déclarée nulle. Seul, l'acte pris en application de celle-ci est annulable (cf. Jean-François Aubert, Bundesstaatsrecht der Schweiz, vol. I, 1991, p. 178, note 430). Il convient au surplus de relever qu'un

tribunal se doit en règle générale d'agir avec retenue, plus particulièrement lorsque les conséquences de l'annulation bouleverseraient tout un régime juridique (ATF 112 Ia 313). Tel est manifestement le cas ici, dès lors que le considérant topique de l'arrêt du TA revient à nier l'existence d'une juridiction qui fonctionne depuis le 1er août 2003 déjà, et dont les juges titulaires, ainsi que les juges suppléants, ont été régulièrement élus.

c) Le TCAS examine d'office sa compétence ; vu l'arrêt du TA du 30 mars 2004 niant jusqu'à son existence, il a également à vérifier la conformité à l'art. 131 Cst GE de la loi l'instituant.

Le TCAS est une juridiction administrative spéciale, en ce sens qu'elle traite du domaine particulier des assurances sociales. Il y a lieu de rappeler que selon l'art. 57 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales -LPGA-, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, chaque canton institue un tribunal des assurances, qui statue en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales. Cette disposition légale fédérale oblige les cantons à regrouper tout le contentieux des assurances sociales sous le même toit, contentieux jusque là réparti à Genève entre diverses commissions cantonales de recours et le TA. C'est ainsi pour répondre à l'exigence posée par la loi fédérale que le législateur genevois a créé le TCAS.

Selon l'art. 131 al. 1 Cst GE, « La loi établit des tribunaux permanents pour juger toutes les causes civiles et pénales ; elle en règle le nombre, l'organisation, la juridiction et la compétence ». Lors de la création du TA en 1971, la disposition constitutionnelle a été complétée par un alinéa 2, libellé comme suit : «Un tribunal administratif est institué pour statuer sur les recours de droit administratif dans les cas où la loi le prévoit ».

La Constitution s'interprète selon les mêmes principes que les lois ordinaires. Les règles d'interprétation permettant au juge de dégager le sens d'une disposition sont connues : ce dernier peut recourir à une interprétation littérale, historique, téléologique ou systématique de la norme. Le juge devra partir prioritairement du texte clair de la loi. Le TA, dans son arrêt du 30 mars 2004, a considéré que le texte de l'art. 131 al. 2 Cst GE ne laissait pas de place pour d'autres tribunaux statuant sur les recours de droit administratif ; il a interprété « un tribunal » comme signifiant « un seul tribunal ». Or, l'art. 131 al. 2 Cst GE précise que ce tribunal administratif est institué « dans les cas où la loi le prévoit ». C'est dire que nécessairement le reste du contentieux administratif relève d'autres juridictions. Ainsi l'interprétation littérale permet à elle seule de conclure que le terme « un » doit être qualifié, grammaticalement, d'article indéterminé.

Une telle analyse est du reste confirmée par les interprétations historique et téléologique. Il résulte des travaux préparatoires (Mémorial du Grand Conseil –

MGC - 1970, p. 554 ss.) que le législateur en 1970 entendait créer, aux côtés des juridictions civiles et pénales existantes prévues à l'art. 131 al. 1 Cst GE, un tribunal administratif indépendant du pouvoir exécutif. Ce tribunal était destiné à remplacer les autres autorités – Conseil d'Etat, commissions de recours, etc… qui avaient à connaître des recours contre les décisions des départements. Il n'était cependant pas question que ce remplacement soit général, raison pour laquelle ce tribunal s'était vu doté de compétences d'attribution. Il était évident que certaines commissions spéciales devaient subsister, notamment en raison de leur composition particulière (composition paritaire, experts…). Selon le Mémorial du Grand Conseil, p. 557, « dans le système envisagé, le TA, le Conseil d'Etat et les commissions spécialisées dont le maintien aura été décidé, constitueront autant de juridictions administratives distinctes et indépendantes, entre lesquelles se répartiront les compétences ».

Dès le 1er janvier 2000, le TA a été mis au bénéfice d'une clause générale de compétence. Il est ainsi devenu la juridiction administrative supérieure de droit commun (art. 56 A LOJ). A nouveau, le maintien des commissions de recours spéciales a été expressément réaffirmé (MGC 1997, p. 9430). La constitutionnalité de ces juridictions n'a de plus jamais été remise en cause, ni par le TF ni par le TFA. On ne voit pas dans ces conditions ce qui aurait empêché le législateur, quelques années plus tard, de confier la compétence en matière d'assurances sociales, jusque là dévolues à ces commissions de recours, à une juridiction administrative spéciale, le TCAS en l'occurrence.

Si l'on devait suivre l'interprétation du TA dans son arrêt du 30 mars 2004, non seulement le TCAS, mais également toutes les autres commissions de recours spéciales, y compris celles rattachées au TA lui-même seraient inconstitutionnels. Tel n'a manifestement pas été le but visé par le législateur.

Au vu de ce qui précède, la création du TCAS en application de la LPGA est conforme à la Constitution genevoise.

L'élection des juges assesseurs ayant par ailleurs été annulée par le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 27 janvier 2004, le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février 2004, une disposition transitoire permettant au TCAS de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux assesseurs.

2. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ E 2 05) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales statuant, en instance unique, notamment sur les contestations relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (ci-après LACI) ainsi qu'à la loi cantonale en matière de chômage (art. 56V LOJ). La compétence du Tribunal de céans est ainsi établie pour juger du cas d'espèce.

3. La loi sur la partie générale du droit des assurances sociales, entrée en vigueur au 1er janvier 2003, est applicable au cas d'espèce. Ainsi, les conditions de forme et délai à respecter pour la recevabilité du recours sont celles des art. 56 à 60 LPGA, ainsi que l'art. 49 al. 2 de la loi genevoise en matière de chômage. Interjeté dans les délai et forme légaux le recours est recevable.

4. La question à trancher en l'espèce est de savoir comment calculer le gain assuré compte tenu des gratifications perçues par le recourant.

Aux termes de la loi 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 montant maximum du gain assuré (art. 18 LPGA) correspond à celui de l'assurance-accidents obligatoire. Le gain n'est pas réputé assuré lorsqu'il n'atteint pas un montant minimum (art. 23 LACI). Par ailleurs, l'ordonnance prévoit que le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (art. 37 al. 1 OACI). Il est déterminé sur la base du salaire moyen 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 de l'inscription au chômage. A ce jour, l'assuré doit avoir cotisé douze mois au moins pendant le délai-cadre applicable à la période de cotisation (al. 3).

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 le commissions, les tantièmes (cf. art. 7 du règlement de l'assurance vieillesse et survivants - RAVS).

Selon la jurisprudence fédérale, pour la détermination du gain intermédiaire comme 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).

Ainsi, le TFA a considéré qu'une allocation correspondant au 2,5% du salaire, versée par un employeur chaque année en décembre aux collaborateurs de l'entreprise encore présents à la fin de l'année dans l'entreprise, devait être considérée et traitée comme un treizième salaire, et donc répartie sur les autres mois travaillés, bien que l'assuré n'ait pas de droit à l'obtention de cette prime, non prévue dans le contrat de travail (cf. ATFA du 14.11.01 cause C 45/01 et 69/01).

En revanche, il a considéré que le versement d'une allocation unique de 1'000 fr., visant tant à compenser le renchérissement de plusieurs années, qu'à remercier l'employée et à la dédommager de la réduction imposée de son taux d'activité, ne pouvait être rattachée à une durée d'activité déterminée à la différence d'une prime de fin d'année, et devait être prise en compte en une fois, au moment de son versement (cf. ATFA du 23.01.03 cause C/269/02).

5. En l'espèce, entre le 15 janvier 2001 et le 31 août 2003, le recourant a touché deux fois une allocation, d'un montant différent, soit une fois 6'477 fr. 25 en octobre 2002, et une fois 10'050 fr. payés le 21 janvier 2003. Le contrat prévoyait la possibilité d'un versement pour « bonus et gratification » mais payable « à bien plaire », selon les résultats obtenus par le recourant. Interrogé par la Caisse, l'employeur a confirmé la nature de cette gratification. Il s'agit donc d'une gratification que l'employé ne peut exiger, et qui est versée de façon spontanée par l'employeur. Mais, lorsqu'elle est versée, comme en l'espèce à deux reprises, elle correspond à la reconnaissance par l'employeur de prestations effectuées par le salarié durant une période donnée.

Ainsi, en application de la loi et de la jurisprudence susmentionnée, elle doit être prise en compte pour le calcul du gain assuré, mais répartie sur la période précédant son versement. Par ailleurs, il faut tenir compte de cette gratification au moment où elle est versée, et non comptabilisée par l'employeur. En l'occurrence, le montant de 10'050 fr. a été versé en janvier 2003 bien qu'il ne figure que sur la fiche de paie de mars 2003, ce qui signifie que l'employeur a considéré en janvier que les résultats du recourant justifiait une gratification ; c'est donc pour le mois de janvier 2003 et les mois précédant qu'elle doit être prise en compte. En revanche, il n'y a pas lieu de retenir une périodicité à ces versements, qui précisément n'en ont pas, contrairement à ce que la Caisse a fait en retenant un versement théorique tous les 5 à 7 mois. Selon les faits établis, deux versements ont eu lieu en 31 mois de travail. Leur montant doit donc être réparti comme suit : la prime de 6'477 fr. d'octobre 2002 répartie entre février 2001 et octobre 2002, soit 21 mois à 308 fr. 40, et celle de 10'050 fr. entre novembre 2002 et janvier 2003, soit 3'350 fr. par mois.

Le recourant a donc perçu 7'458 fr. 50 jusqu'en octobre 2002 (7'150 fr. + 308 fr. 50), 10'500 fr. en novembre, décembre et janvier 2003 (7'150 fr + 3'350 fr) et 7'150 fr. entre février et août 2003.

Il en résulte que la prise en compte des douze derniers mois est plus favorable au recourant que celle des six derniers mois. Le gain assuré s'établit ainsi à 8'039 fr. (7 x 7'150 fr. + 3 x 10'500 fr. + 2 x 7'458 fr. 50 = 96'467 fr : 12 = 8039 fr.).

Ce montant étant inférieur à celui retenu par la Caisse dans sa décision sur opposition, soit 8'142 fr. , il y a reformatio in pejus, au sens de l'art. 89E de la loi genevoise sur la procédure administrative**.**

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. Le rejette.

3. Réforme la décision dont est recours au détriment du recourant, dans le sens où le gain mensuel assuré est de 8'039 fr.

4. Invite la Caisse de chômage à rendre une nouvelle décision au sens des considérants.

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 par pli 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

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