RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/798/2004/2/AC **ATAS/715/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du mardi 14 septembre 2004

2ème Chambre

En la cause

Madame D_____, recourante

contre

ASSOCIATION DES COMMIS DE GENEVE - SECTION UNIA,
18, bd James-Fazy à Genève intimée

Siégeant : Mme Isabelle DUBOIS, Présidente, Mmes Doris WANGELER et Karine STECK, Juges.

EN FAIT

1. Inscrite auprès de l'association des commis de Genève (ci-après la caisse), Madame D_____ (ci-après la recourante) a bénéficié d'un premier délai-cadre du 2 avril 2001 au 1er avril 2003. Son gain assuré a été calculé sur la base de son dernier salaire (7'183 fr. à 100%), et en fonction de son aptitude au placement à hauteur de 80%, soit un gain assuré de 5'746 fr.

2. Entre le 1er août 2001 et le 31 juillet 2002 la recourante a travaillé à l'école d'agriculture X_____ à 60%, pour un salaire de 5'972 fr. Lors de sa réinscription au chômage au 1er août 2002, la caisse a maintenu le montant du gain assuré à 5'746 fr., malgré le salaire supérieur perçu par la recourante.

   Celle-ci a pu réaliser un gain intermédiaire en travaillant à 30% à l'école Y_____ dès le 1er septembre 2002, de sorte que la caisse a complété le salaire par des indemnités compensatoires dès cette date.

3. Un deuxième délai-cadre a été ouvert en faveur de la recourante du 2 avril 2003 au 1er avril 2005. Lors du premier décompte, d'avril 2003, la caisse a établi le gain assuré à 4'121 fr.

4. La recourante a formé opposition à ce décompte par pli du 7 juillet 2003. Elle demande, d'une part, que le gain assuré soit établi en fonction du salaire perçu à Marcellin, dès sa réinscription en août 2002, d'autre part que le gain assuré pertinent pour le deuxième délai-cadre soit également calculé sur cette base et non en tenant compte de l'activité à Y_____, soit un gain assuré de 5'972 fr.

5. Par décision sur opposition du 26 mars 2004, la caisse a confirmé sa décision s'agissant du gain assuré pertinent pour le deuxième délai-cadre, soit 4'121 fr., sans pour autant expliquer le calcul effectué.

   Par ailleurs, par courrier du même jour la caisse se détermine sur la première demande de la recourante, à savoir le gain assuré de référence dès le 1er août 2002, et constate qu'il aurait en effet dû être réadapté, sans autre précision.

6. Dans son recours du 19 avril 2004, la recourante reprend ses conclusions visant à ce que son gain assuré soit calculé sur la base de l'activité à Marcellin uniquement, au motif qu'elle remplissait par cette activité les conditions de cotisation permettant l'ouverture d'un nouveau délai-cadre, et que l'on ne saurait la pénaliser d'avoir pris un travail à Y_____ à titre de gain intermédiaire.

7. Par courrier du 29 avril 2004, la caisse revient sur son courrier du 26 mars 2004, indiquant à la recourante qu'il n'est finalement pas possible de revoir le gain assuré pour la période dès août 2002, au motif que l'activité à Marcellin ayant été

exercée à 60%, le salaire perçu ne peut être pris en compte puisque l'emploi recherché est de 80%.

8. Par pli du 5 mai 2004, la caisse a transmis le dossier au Tribunal, en indiquant ne pas souhaiter faire d'observation.

9. Par pli du 11 mai 2004, le Tribunal a rappelé à la caisse l'art. 73 de la loi sur la procédure administrative et l'a priée de répondre au recours, en expliquant le calcul effectué ainsi que ses courriers, contradictoires, des 26 mars et 29 avril 2004. Un délai au 4 juin 2004 lui a été fixé pour ce faire, délai prolongé au 15 juin.

10. Dans sa réponse du 14 juin 2004, la caisse explique que s'agissant du gain assuré dès août 2002 il doit bien être fixé à 5'972 fr., c'est-à-dire sur la base du salaire perçu à Marcellin, de sorte que le courrier du 26 mars est maintenu et celui du 26 avril 2004 sans objet. S'agissant du deuxième délai-cadre, il doit également être modifié, et fixé non à 4'945 fr. (sic) mais à 5'032 fr. La caisse n'explique pas ses calculs mais renvoie au dossier, en particulier au tableau du SECO.

11. Le Tribunal de céans a ordonné la comparution personnelle des parties, qui s'est tenue en date du 24 août 2004. La caisse, bien que dûment convoquée, ne s'est ni présentée ni excusée. La recourante a contesté que le gain assuré du deuxième délai-cadre soit calculé sur la base du salaire de Y_____ additionné des indemnités compensatoires, alors qu'elle a travaillé un an à Marcellin pour un salaire supérieur.

12. Après transmission du procès-verbal d'audience à la caisse, le jour même, 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.

   Statuant sur un recours de droit public, le Tribunal fédéral a, dans un arrêt du 1er juillet 2004, confirmé que la disposition transitoire constituait la solution la plus rationnelle et était conforme, de surcroît, au droit fédéral (arrêt 1P. 183/2004).

2. Le Tribunal cantonal des assurances sociales statue, 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 porte principalement sur le montant du gain assuré valable dès l'ouverture du deuxième délai-cadre, objet des décomptes établis depuis avril 2003, mais aussi, accessoirement, sur le gain assuré dès le 1er août 2002.

   a) Sur cette question, la caisse a certes admis que le montant de 5'972 fr. devait être retenu, mais vu la confusion régnant dans l'ensemble du dossier et les variations de la caisse, il y a lieu de le confirmer ici. C'est en effet le montant du salaire perçu qui est pertinent et non le taux d'activité exercé, de sorte que le salaire de Marcellin, supérieur au précédent, doit servir de base au calcul des indemnités dues à la réinscription de la recourante, en août 2002, conformément à l'art. 23 de la loi sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (ci-après LACI).

   b) Le gain assuré relatif au deuxième délai-cadre doit être établi sur la base des règles suivantes :

   Selon l'article 23 alinéa 1 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.

   Lorsque le calcul du gain assuré est basé sur un gain intermédiaire que l'assuré a obtenu durant le délai-cadre applicable à la période de cotisation, les indemnités compensatoires sont prises en considération dans le calcul du gain assuré comme si elles étaient soumises à cotisation (art. 23 al. 4 LACI).

   En effet, l'assuré a droit, dans les limites du délai-cadre applicable à la période d'indemnisation, à une compensation de la perte de gain pour les jours où il réalise un gain intermédiaire (art. 24 al. 2 LACI).

   Selon l'article 37 alinéa 3ter OACI applicable au moment des faits (note : la LACI et son ordonnance, notamment l'art. 37 OACI, ont été modifiées avec effet au 1er juillet 2003), si la période de cotisation relative à un nouveau droit à l'indemnité a été accomplie exclusivement dans un délai-cadre d'indemnisation écoulé, le gain

assuré se calcule en principe sur les six derniers mois de cotisation de délai-cadre. On peut déroger à cette règle si le salaire moyen de douze mois au plus se révèle être plus avantageux pour l'assuré (cf. ATA 947/2000).

Le Tribunal fédéral des assurances a eu l'occasion de juger que le montant des indemnités compensatoires à prendre en considération dans le calcul du gain assuré d'un deuxième délai-cadre (ou d'un délai-cadre suivant) dépendait du nombre de jours travaillés durant la période de référence. Ainsi, il faut d'abord déterminer la perte de gain moyenne pour la période de contrôle en cause, puis effectuer le calcul en fonction des jours de travail par rapport aux jours de contrôle. Le Tribunal fédéral « a opté pour une solution qui soit conforme aux texte légal, c'est-à-dire qui prenne en considération les jours de travail effectifs durant une période de contrôle : on déterminera d'abord la perte de gain moyenne pour la période de contrôle en cause, puis on effectuera le calcul en fonction des jours de travail par rapport aux jours de contrôle ». Le Tribunal fédéral a retenu que « certes, la prise en compte dans ce calcul de jours de travail effectivement accomplis conduit à des résultats différents selon que l'intéressé – pour un même temps de travail en heures- répartit son activité (pour l'obtention d'un gain intermédiaire sur un nombre plus ou moins élevé de jours (…). Objectivement, une telle différence ne paraît certes pas justifiée dans la mesure où l'assuré est tenu, en principe, d'accepter immédiatement tout travail en vue de diminuer le chômage (art. 16, al. 1 LACI ; ATF 124 V 62). Ainsi, il n'a pas la possibilité de refuser une offre d'emploi seulement parce que l'activité proposée s'exerce sur peu de jours et influe sur le montant des indemnités compensatoires, à prendre en compte dans le calcul du gain assuré. D'un autre côté, un assuré qui travaille peu de jours dans une période de contrôle a toujours la possibilité de prendre un emploi complémentaire, (ATF 125 V 480 du 1er juin 1999 en la cause U.).

Le SECO a revu ses directives à plusieurs reprises. Elles prévoient de prendre en compte le rapport entre les jours où l'assuré a effectivement travaillé et ceux où il aurait pu travailler pendant la période de contrôle en question. Ainsi, les gains intermédiaires réalisés et les indemnités compensatoires imputables au prorata étaient divisés par la durée de cotisation. Il s'agit selon le SECO de faire deux calculs, à chaque fois sur 6 et 12 mois, et d'appliquer la solution la plus avantageuse pour l'assuré (cf. fiche C49-50 de janvier 2003) :

Variante 1 : revenu soumis à cotisation (gains intermédiaires) + indemnités compensatoires à prendre en compte divisé *par le nombre de périodes de contrôle*.

Variante 2 : revenu soumis à cotisation divisé *par le nombre de mois de cotisation.*

Le SECO a fourni à cet effet un programme de calcul, qui figure au dossier.

Cependant, si deux calculs se justifient en effet, c'est pour comparer les revenus réalisés divisés par la période de contrôle pertinente, et divisés par les mois de

cotisations, et d'autre part pour comparer ceux-ci sur les 6 derniers mois ou les 12 derniers mois. En revanche, s'agissant d'un assuré ayant perçu un gain intermédiaire et des indemnités compensatoires, rien ne justifie de comparer comme le propose le SECO d'une part ceux-ci pour la période considérée, d'autre part le seul salaire soumis à cotisation. Cela est même contraire à la loi ci-dessus rappelée, soit l'art. 23 al. 4 LACI. En l'occurrence, la période de contrôle en prendre en considération (colonne 2 du tableau) et les mois de cotisations (colonne 9) sont identiques, de sorte que les montants à comparer sont uniquement les revenus (gain intermédiaires et indemnités compensatoires) sur 6 et 12 mois. Les résultats sont les suivants :

Variante 1 ou 2 sur 6 mois : 4'484 fr. 57

Variante 1 ou 2 sur 12 mois : **5'032 fr. 20**

Ainsi la prise en considération des douze derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation, soit le salaire soumis à cotisation (colonne 6) + plus les indemnités compensatoires à prendre en compte (colonne 10) divisés par la période de contrôle ou les mois de cotisation (colonne 2 ou 9) conduit au gain assuré le plus élevé, soit 5'032 fr.

Le calcul demandé par la recourante, qui vise à ne prendre que le salaire X_____ en « sautant » la période du gain intermédiaire, n'est pas possible, au vu des règles exposées ci-dessus.

c) En conclusion, la décision sur opposition contestée retenant un gain assuré de 4'121 fr. est erronée, et doit être annulée. Le résultat auquel arrive la caisse en cours de procédure est quant à lui exact.

***

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 sur opposition du 26 mars 2004.

4. Dit que le gain assuré est de 5'972 fr. pour la période dès le 1er août 2002 et de 5'032 fr. dès le 2 avril 2003.

5. Condamne l'ASSOCIATION DES COMMIS DE GENEVE - SECTION UNIA à modifier les décomptes en conséquence.

6. Dit que la procédure est gratuite.

7. 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'à l'Office fédéral des assurances sociales et au secrétariat d'Etat à l'économie par le greffe