

# **GE\_GERICHTE ATAS/1125/2013 vom 19. November 2013**

GE Cour de justice, 2013-11-19, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_1125\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1125_2013)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/1125/2013 du 19 novembre 2013

IT: GE\_GERICHTE ATAS/1125/2013 del 19 novembre 2013

## **Regeste**

Résumé: Selon la jurisprudence, lorsque le bonus alloué atteint régulièrement un montant plus élevé que le salaire, il perd son caractère accessoire, de sorte qu'il ne s'agit pas d'une gratification, mais d'un élément du salaire (cf. ATF131 III 615 consid. 5.2 et 5.3; ATF129 III 276 consid. 2.1; ATF non publié 4C.475/2004 du 30 mai 2005, consid. 1.2.3). Lorsque l'assuré perçoit, chaque année depuis son engagement au sein de la société, une "gratification" en sus de son salaire qui n'est pas équivalente à une proportion déterminée du salaire mensuel, mais varie considérablement d'un mois à l'autre et dont le montant est important par rapport à celui du salaire initialement prévu, voire le dépasse même très souvent, et qu'elle est décidée par l'employeur de mois en mois, dans le but pour celui-ci de montrer au salarié sa satisfaction quant au travail effectué, il ne s'agit pas d'un bonus accordé en fonction de circonstances particulières, mais bien d'une rémunération visant à récompenser l'assuré du travail accompli. Par conséquent, il y a lieu d'admettre que les « gratifications » constituent un salaire « obtenu normalement » et doivent, partant, être prises en compte dans le calcul du gain assuré.

## **Erwägungen**

### **E. 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.

### **E. 2**

Interjeté dans les délai et forme prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA).

### **E. 3**

Le litige porte sur le montant du gain assuré déterminant pour la fixation de l'indemnité de chômage, plus particulièrement sur la question de savoir si les « gratifications » versées par l'employeur doivent être prises en considération.

### **E. 4**

Aux termes de l'art. 23 al. 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

A/1639/2013 - 5/11 - 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 LPG) correspond à celui de l'assurance-accidents obligatoire. Le gain n'est pas réputé assuré lorsqu'il n'atteint pas un montant minimum. Le Conseil fédéral détermine la période de référence et fixe le montant minimum. » Par salaire normalement obtenu au sens de l'art. 23 al. 1er 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 C 155/06 du 3 août 2007, consid. 3.2; ATF 131 V 444, 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 (ATF C 139/05 du 26 juin 2006, consid. 4.1; ATF 129 V 105).

#### **E. 5**

Entrent notamment dans le salaire 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 13e 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 crédibles; - les commissions; les primes - les suppléments tels que les allocations de résidence et de renchérissement; - les suppléments pour travail de nuit, travail par équipes, 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 salaire déterminant: - les heures supplémentaires dépassant le temps de travail contractuel; Le gain provenant des heures supplémentaires entre dans le gain assuré lorsque le total des heures de travail fournies pendant la période de référence ne dépasse pas en moyenne le temps de travail convenu contractuellement. Il n'est cependant pas

A/1639/2013 - 6/11 - possible de compenser les heures supplémentaires accomplies dans un rapport de travail par le déficit d'heures subi dans un autre rapport de travail. Si le temps de travail n'est pas fixé dans le contrat de travail, sont alors considérées comme heures supplémentaires les heures dépassant l'horaire de travail usuel 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 pour frais; - les allocations familiales et de ménage; - les allocations de vacances et pour jours fériés des travailleurs payés à l'heure. (Circulaire SECO, n° C2 al. 2) Conformément à l'art. 5 al. 2 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS; RS 831.10), le salaire déterminant (sur lequel il est perçu une cotisation [al. 1]) provenant d'une activité dépendante comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Il englobe les allocations de renchérissement et autres suppléments de salaire, les commissions, les gratifications, les prestations en nature, les indemnités de vacances ou pour jours fériés et autres prestations analogues, ainsi que les pourboires s'ils représentent un élément important de la rémunération du travail. A cet égard, les articles 7 et ss. RAVS définissent ce qu'il faut

entendre par salaire déterminant soumis à cotisations, soit notamment : a. le salaire au temps, aux pièces (à la tâche) et à la prime, y compris les indemnités pour les heures supplémentaires, le travail de nuit et en remplacement; b. les allocations de résidence et de renchérissement; c. les gratifications, les primes de fidélité et au rendement, ainsi que la valeur d'actions remises aux salariés, dans la mesure où celle-ci dépasse le prix d'acquisition et où le salarié peut disposer des actions; s'agissant des actions liées remises aux salariés, la valeur et le moment de la réalisation du revenu sont déterminés d'après les dispositions relatives à l'impôt fédéral direct; e. les pourboires, s'ils représentent une part importante du salaire; f. les prestations en nature ayant un caractère régulier;

## **E. 6**

Le salaire pris en compte comme gain assuré se rapproche de la notion de salaire déterminant au sens de la LAVS (cf. art. 5 al. 2), mais ne se recouvre pas exactement avec celui-ci, ce qui ressort d'ailleurs de la formulation «normalement»

A/1639/2013 - 7/11 - contenue dans le texte légal de l'art. 23 al. 1 LACI (Boris Rubin, op. cit., p. 191; cf. également Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], ch. 303 p. 116). Certains montants perçus par le salarié, certes soumis à cotisations, n'entrent pas dans la fixation du gain assuré. Il en va ainsi de la rémunération des heures supplémentaires (ATF 129 V 105), de l'indemnité de vacances à certaines conditions (DTA 2000 n° 7 p. 33), des gains accessoires (ATF 125 V 478 consid. 5a) ou encore des indemnités de frais (voir la référence citée dans DTA 1992 n° 14 p. 141). L'assurance-chômage n'a en effet pas vocation d'indemniser les pertes d'activités qui dépassent l'horaire normal de travail. En revanche, les allocations de renchérissement, les gratifications, ainsi que les primes de fidélité et au rendement sont incluses dans le gain assuré, même si l'employeur les verse à bien plaisir et que l'employé ne peut en déduire aucun droit en justice (ATF 122 V 363 consid. 3 et les références). Il résulte de ce qui précède que les gratifications font partie du gain assuré. Il s'agit de déterminer si les « gratifications » reçues par l'assuré en sont véritablement au sens de la loi.

## **E. 7**

Par gratification, il faut entendre, selon l'art. 322d CO, une rétribution spéciale accordée en sus du salaire par l'employeur à certaines occasions telles Noël ou la fin de l'exercice annuel. N'est dès lors pas une gratification la rétribution dont le montant et l'échéance inconditionnelle sont fixés d'avance par le contrat de travail, tels le treizième mois de salaire ou une autre rétribution semblable entièrement déterminée par le contrat (ATF 109 II 447 consid. 5c). L'engagement de l'employeur de verser une gratification peut être prévu dans le contrat de travail ou résulter, pendant les rapports de travail, d'actes concluants, comme le versement régulier et sans réserve d'une gratification (Brunner/Bühler/Waerber, Commentaire du contrat de travail, deuxième édition, note 5 ad art. 322d CO). Les parties peuvent également soumettre, expressément ou tacitement, le versement de la gratification à des conditions, notamment la réalisation d'objectifs fixés au travailleur par l'employeur (Staehelin, Zürcher Kommentar, note 25 ad art. 322d CO ; ATF C/51/02 ; ATF 130 III 417). Selon ses caractéristiques, le bonus est considéré soit comme une gratification au sens de l'art. 322d CO, soit comme un élément du salaire (art. 322 CO), pouvant revêtir, selon les cas, la forme d'une participation au résultat de l'exploitation (art. 322a CO) (Portmann, op. cit., p. 587; Vischer, Der Arbeitsvertrag, 3e éd., Bâle 2005, p. 108). Cette qualification est déterminante, car le régime des gratifications est beaucoup plus flexible que les règles

applicables aux éléments du salaire. Ainsi, contrairement au salaire, la gratification dépend, au moins partiellement, du bon vouloir de l'employeur. Si elle n'a pas été convenue expressément ou par acte

A/1639/2013 - 8/11 - concluant, la gratification est entièrement facultative et, si un versement a été convenu, l'employeur est tenu d'y procéder, mais il jouit d'une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer (ATF 131 III 615 consid. 5.2; 129 III 276 consid. 2 p. 278). Il est admis que l'employeur peut, dans les limites de l'art. 27 al. 2 CC (cf. ATF 130 III 495 consid. 5; Vischer, op. cit., p. 105 s.), subordonner le droit à la gratification à des conditions (arrêt du Tribunal fédéral 4C.263/2001 du 22 janvier 2002 consid. 4b in fine), par exemple à la présence du salarié dans l'entreprise lors de son versement ou à l'absence de résiliation du contrat (Aubert, Commentaire romand, N 8 ad art. 323 CO; Wyler, op. cit., p. 121 s.; Rehbinder, Commentaire bernois, N 14 ad art. 322d CO; Vögeli Galli/Hehli Hidber, op. cit., p. 447). De plus, si les rapports de travail ont pris fin avant l'échéance de la gratification, le salarié ne peut prétendre à un montant pro rata temporis que s'il en a été convenu ainsi (cf. art. 322d al. 2 CO). Selon la jurisprudence, lorsque le bonus alloué atteint régulièrement un montant plus élevé que le salaire, il perd son caractère accessoire, de sorte qu'il ne s'agit pas d'une gratification, mais d'un élément du salaire (cf. ATF 131 III 615 consid. 5.2 p. 621 et 5.3; 129 III 276 consid. 2.1; arrêt du Tribunal fédéral 4C.475/2004 du 30 mai 2005, consid. 1.2.3). Le TF a notamment admis que le bonus d'un montant de 5'000 fr. versé par l'employeur à la fin de l'année dans le but de récompenser le comportement professionnel de l'assurée, compte tenu du chiffre d'affaires, de la marge et des éventuelles pertes sur débiteurs, régi par un avenant au contrat de travail, a le caractère d'une gratification qui fait partie du gain assuré (ATF C 195/03). Dans le cas d'un «bonus de présence» procédant de circonstances tout à fait particulières qui ne se sont produites qu'une fois, à l'occasion de la cessation d'activité de la société en revanche, le TF a considéré qu'on ne pouvait pas parler de salaire «obtenu normalement» au sens de l'art. 23 al. 1 LACI, de sorte que c'était à juste titre que la caisse n'en avait pas tenu compte dans la fixation du gain assuré de l'intéressé (ATF C 139/05). Dans un arrêt du 28 février 2006 (4C.426/2005), le TF a considéré qu'un bonus qui présentait un caractère régulier, devait être versé à échéances fixes et dont le montant était nettement plus élevé que le salaire, représentait clairement un élément du salaire.

## **E. 8**

L'art. 37 al. 1 et 2 OACI précise que « Le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation (art. 11) qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation. 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 ».

A/1639/2013 - 9/11 - Lorsque les revenus sont irréguliers, la période de référence de six mois est également allongée, afin que le gain corresponde à ce que l'assuré a globalement touché pendant une certaine période. Il faut alors prendre en compte ceux réalisés durant les douze derniers mois, car il serait inéquitable ne pénaliser ou d'avantager un assuré dont les revenus sont irréguliers d'un mois à l'autre, en fonction du moment où il est licencié (Boris Rubin, Assurance chômage, 2006, Schulthess, page 303).

## **E. 9**

En l'espèce, la Caisse de chômage a fixé à 7'948 fr. le gain assuré. Elle a procédé au calcul du gain assuré sur la base du revenu réalisé par l'assuré durant les douze derniers mois, soit d'avril 2011 à mai 2012, au lieu des six derniers mois seulement. Elle a ainsi tenu compte du fait que le revenu mensuel de l'assuré était certes fixe, mais qu'il a augmenté successivement et passé de 4'500 fr. au moment de son engagement, à 8'000 fr. dès septembre 2011. Elle a en revanche ignoré les « gratifications » reçues par l'assuré chaque mois en sus de son salaire. Elle a considéré qu'il ne s'agissait pas de salaires obtenus normalement au sens de l'art. 23 al. 1 LACI, puisque versés par l'employeur à bien plaisir, ne servant pas à rémunérer un travail effectué et n'ayant pas le caractère de gratification au sens de l'art. 322d CO. L'assuré, au contraire, a relevé le caractère régulier et répétitif de la « gratification », et considère qu'il s'agit-là d'une gratification au sens de l'art. 7 let. c RAVS, faisant partie du gain assuré. Il souligne enfin l'importance de son montant par rapport au salaire de base, ce qui permet de l'assimiler au salaire qui détermine le gain assuré.

#### **E. 10**

L'assuré a perçu, chaque année depuis son engagement au sein de la société, une "gratification" en sus de son salaire. Cette "gratification" n'est pas équivalente à une proportion déterminée du salaire mensuel, et varie considérablement d'un mois à l'autre (1'600 fr. le premier mois, 3'550 fr. le dernier, et 8'150 fr. pour la plus élevée, alors que le salaire était respectivement de 4'500 fr. , de 8'000 fr. et de 8'000 fr.). Elle est décidée par l'employeur de mois en mois, dans le but pour celui-ci de montrer au salarié sa satisfaction quant au travail effectué. L'employeur a ainsi déclaré qu'il avait voulu récompenser son salarié d'avoir pris des initiatives et s'assurer de sa fidélité et de sa loyauté à moyen et long termes. Il y a dès lors lieu de retenir qu'il ne s'agit pas ici d'un bonus accordé en fonction de circonstances particulières, mais bien d'une rémunération visant à récompenser l'assuré du travail accompli. L'employeur a ajouté qu'il avait également eu pour but, par le versement de la « gratification », de rétribuer d'éventuelles heures supplémentaires. Il est vrai que ne font pas partie du gain assuré les indemnités versées pour les heures supplémentaires - dans leur acceptation étroite - de même que les heures

A/1639/2013 - 10/11 - accomplies en sus de l'horaire habituel (ATF 129 V 105). Il ne s'agissait cependant pas en l'espèce pour l'employeur de rémunérer des heures supplémentaires effectuées par l'assuré, mais d'une sorte de forfait versé quoi qu'il en soit. La « gratification » dont l'assuré était bénéficiaire n'était en réalité pas la contrepartie d'heures supplémentaires, puisqu'elle était versée même si l'assuré n'en accomplissait aucune. On ne saurait dès lors la considérer comme une simple rétribution d'heures supplémentaires (ATF C 51/02). La « gratification » en l'espèce était régulièrement versée chaque fin de mois. Le versement est quoi qu'il en soit régulier, dès qu'il y a plus de trois versements consécutifs (BRUNNER/BUHLER/WABER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, IIIème édition, 2004, p. 95). Son montant était important par rapport à celui du salaire initialement prévu. Il se produisait même très souvent qu'il le dépasse. Sur la base de ces éléments, et au vu de la jurisprudence précitée, il y a lieu d'admettre que les « gratifications » constituent un salaire « obtenu normalement » et doivent, partant, être pris en compte dans le calcul du gain assuré. Aussi le recours est-il admis.

A/1639/2013 - 11/11 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.