

GE_GERICHTE ATAS/1292/2007 vom 22. November 2007

GE Cour de justice, 2007-11-22, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1292_2007

FR: GE_GERICHTE ATAS/1292/2007 du 22 novembre 2007

IT: GE_GERICHTE ATAS/1292/2007 del 22 novembre 2007

Regeste

Résumé: Suite au contrat de travail oral, l'horaire de la recourante est de 45 heures hebdomadaires comme le permet la CCT de l'hôtellerie-restauration pour les petites entreprises et même si le reste du personnel a un horaire de 42 heures hebdomadaires. Le gain assuré doit donc être calculé sur cette base puisque ce ne sont pas des heures supplémentaires.

Erwägungen

E. 1

Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 8 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales 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) qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982. Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

E. 2

Interjeté dans les délai et forme légaux, le recours est recevable (art. 56 et 60 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA – RS 830.1).

E. 3

La question à trancher en l'espèce est de savoir sur quelle base calculer le gain assuré de la recourante.

E. 4

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

A/1229/2007 - 5/8 - 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 les commissions, les tantièmes (cf. art. 7 du règlement de l'assurance vieillesse et survivants - RAVS). Suivant le SECO (cf. circulaire C1-C2, janvier 2007), est déterminant, en règle générale, le salaire convenu contractuellement pour autant que l'assuré l'ait effectivement touché. Entrent notamment dans le gain 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 13^{ème} 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 plausibles; les commissions; les allocations convenues contractuellement comme, par exemple, les allocations de résidence et de renchérissement; les suppléments pour travail de nuit, travail posté, 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 gain déterminant : les heures supplémentaires dépassant le temps de travail contractuel. 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 exemple primes de chantier ou de travail salissant convenues contractuellement; les primes de fidélité; les indemnités de frais; les allocations familiales et de ménage; si l'assuré est payé à l'heure, les allocations de vacances et pour jours fériés incluses dans le salaire horaire ne sont pas prises en compte. En revanche, si ce même travailleur a pris des vacances dans la période de référence, l'indemnité de vacances peut être prise en compte dans les limites du droit aux vacances acquis ou légal. Il en va de même pour les jours fériés tombant dans la période de référence.

A/1229/2007 - 6/8 - La jurisprudence fédérale confirme que ne font 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; DTA 2003 no 18 p. 189). Le TFA avait précisé dans un arrêt de principe (cf. ATF 116 II 70) que constituent des heures supplémentaires les heures effectuées au-delà de ce qui a été convenu par un contrat individuel de travail ou collectif de travail, ou qui dépassent l'horaire en vigueur dans l'entreprise ou usuel dans la branche d'activité. Dans un arrêt du 19 novembre 2002, le TFA a confirmé que les deux heures par semaine effectuées par une secrétaire en mission temporaire auprès de l'administration qui dépassaient l'horaire appliqué dans l'entreprise (42 heures de travail au lieu de 40 heures de travail) devaient être considérées comme des heures supplémentaires au vu des termes du contrat collectif de travail relatif aux conditions d'engagement et de travail du personnel occupé à titre temporaire, et par conséquent comme telles du point de vue de l'assurance-chômage. "Retenir un horaire plus élevé que l'horaire usuel dans l'entreprise reviendrait à s'écarter de la notion de rémunération obtenue pour l'exercice d'une activité usuelle normale, qui est la seule à bénéficier de la protection de l'assurance".

E. 5

Dans le cas d'espèce, il est établi que les parties ont convenu oralement d'une durée de travail de 45 heures par semaine, tandis que les autres collaborateurs de l'employeur effectuaient une durée de travail de 42 heures par semaine. La recourante a perçu

mensuellement durant ces quatre ans et demi d'activité un salaire de 3'800 fr. puis 3'820 fr. plus 400 fr. mentionnés comme heures supplémentaires, 13 fois l'an, à l'exception de deux mois durant l'année 2003, où elle a perçu la première fois une somme de 600 fr. à titre d'heures supplémentaires et la seconde fois un salaire et un montant d'heures supplémentaires réduit (apparemment pour raison de maladie). L'article 15 de la CCT, relatif à la durée de travail et aux heures supplémentaires, prévoit que la durée moyenne de la semaine de travail est pour tous les collaborateurs au maximum de 42 heures pour cinq semaines de vacances et de 41 heures pour quatre semaines de vacances (chiffre 1). Dans les petits établissements qui, abstraction faite de l'employeur, n'emploient pas plus de quatre collaborateurs permanents, la durée moyenne de la semaine de travail peut être prolongée au maximum à 45 heures pour 5 semaines de vacances et à 44 h pour 4 semaines de vacances (chiffre 2). Les heures supplémentaires sont des heures de travail faites en plus de la durée moyenne de la semaine de travail convenue. Ces dernières doivent être compensées, dans un délai convenable, par du temps libre de même durée. Si la compensation n'est pas possible, les heures supplémentaires doivent être payées au plus tard à la fin des rapports de travail. Les heures supplémentaires doivent être payées à 125 % du salaire brut (chiffre 5). La régularité du versement de 400 fr. par mois en plus d'un salaire de base exclut que l'on considère ce montant comme étant versé à titre d'heures supplémentaires,

A/1229/2007 - 7/8 - ce dont convient d'ailleurs le SECO. La durée du travail était par ailleurs convenue entre les parties et a été constante durant tout le temps qu'ont duré les relations contractuelles. L'employeur était par ailleurs autorisé à prolonger la durée de travail jusqu'à 45 heures, en application de la CCT dès lors qu'il s'agit d'une petite entreprise, ayant quatre collaborateurs au moment des faits. Par conséquent, la recourante n'a pas effectué d'heures supplémentaires au sens de la convention, à l'exception d'une fois où elle a perçu 200 fr. supplémentaires. Rien ne s'oppose dès lors à ce que l'on prenne en compte le versement de ces 400 fr. dans le calcul du gain assuré de la recourante.

E. 6

Par conséquent, le recours sera admis, la décision litigieuse annulée, et la caisse invitée à calculer à nouveau le gain assuré, au sens des considérants. La recourante, qui obtient gain de cause, a droit à l'octroi de dépens, fixés en l'espèce à 1'750 fr.

A/1229/2007 - 8/8 -

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