

# **GE\_GERICHTE ATAS/427/2010 vom 27. April 2010**

GE Cour de justice, 2010-04-27, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_427\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_427_2010)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/427/2010 du 27 avril 2010

IT: GE\_GERICHTE ATAS/427/2010 del 27 aprile 2010

## **Regeste**

Résumé: Est réputé gain assuré en matière d'assurance-chômage, le salaire déterminant y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement. Tel n'est donc pas le cas - comme en l'espèce - d'une prime versée en fin d'année sans pour autant être contractuellement convenue. Il ne s'agit en effet ni d'un 13ème salaire, ni d'une gratification versée chaque fin d'année à tous les employés sans réserve et convenue par actes concluants. Dans ces conditions, seule la prime effectivement versée peut être incluse dans le gain assuré. Il convient toutefois de tenir compte uniquement de la part de la prime afférente aux mois faisant partie de la période de cotisation de référence.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 8 de la Loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (LOJ ; RS E 2 05), 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 ; RS 830.1) qui sont relatives à la Loi fédérale sur l'assurance-chômage

A/666/2010 - 4/8 - 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**

Le recours, déposé dans le délai et selon la forme prescrits, est recevable.

### **E. 3**

La question litigieuse est de déterminer si la prime de 8'000 fr. perçue en décembre 2008 doit être prise en compte en totalité ou à raison de 4/12ème dans le calcul du gain assuré.

### **E. 4**

a) À teneur de l'art. 23 al. 1er 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, 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 gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisations qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (art. 37 al. 1 de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité [OACI]). Il est déterminé sur la base du salaire moyen des douze derniers mois de cotisations précédant le délai-cadre d'indemnisation si ce salaire est plus élevé que le salaire moyen visé à l'al. 1er (art. 37 al. 2 OACI). b) 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 131 V 444 consid. 3.2 ; ATF non publié du 3 août 2007, C 155/06, consid. 3.2). c) 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 (cf. ATF 129 V 105). Quant aux indemnités de vacances perçues par l'assuré en sus du salaire horaire ou mensuel, elles doivent être comptées à titre de gain assuré dans le mois où il a effectivement pris des vacances (ATF 125 V 48 consid. 5 ; ATF non publié du 30 mars 2004, C 99/03, consid. 4).

#### **E. 5**

Selon la doctrine explicitant l'art. 37 al. 2 OACI (Boris Rubin, Assurance chômage, 2006, Schulthess, page 303), lorsque les revenus sont irréguliers, la période de référence de six mois est allongée, afin que le gain corresponde à ce que l'assuré a globalement touché pendant une certaine période. Il faut alors prendre en compte

A/666/2010 - 5/8 - 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.

#### **E. 6**

a) Selon la jurisprudence, en matière de commissions ou de provisions, on applique aussi bien pour la détermination du gain intermédiaire que du gain assuré, la règle du principe de la survenance dans l'assurance-chômage, selon laquelle un revenu est réputé avoir été réalisé au moment où l'assuré a fourni la prestation de travail rémunératoire et non pas le moment de l'encaissement (ATF 122 V 367 consid. 5b p. 371; DTA 2003 n° 24 p. 246 consid. 2 [arrêt C 269/02 du 23 janvier 2003]; arrêt C 179/06 du 15 novembre 2006 consid. 4 et 5; Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 2ème éd., n. 365 p. 2287). Cette règle est compatible avec l'art. 413 CO prévoyant que le courtier a droit à son salaire dès que l'indication qu'il a donnée ou la négociation qu'il a conduite aboutit à la conclusion du contrat. Dans le cas jugé, le Tribunal Fédéral a retenu qu'il ne se justifiait pas de prendre en compte, dans le gain assuré, des commissions payées en novembre 2004, en janvier 2005 et en juin 2005, pour des contrats conclus avant le mois de novembre 2004 (mars 2003, juillet, août, septembre et octobre 2004) et qui ne concernent pas des activités exercées pendant la période de référence précédent l'ouverture du droit au chômage (octobre 2005). Retenir le moment de l'encaissement pourrait aussi conduire à considérer que des commissions versées pendant le chômage pour des contrats conclus avant celui-ci devraient être assimilées à un gain intermédiaire, lors même qu'elles ne se rattachent à aucune activité depuis le début du chômage. (ATF du 26 mai 2008 dans la cause 8C\_ 358/ 2007). b) 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 (art. 23 LACI, en relation avec les

art. 5 al. 2 LAVS et 7 let. b et c RAVS; ATF 122 V 363 consid. 3 et les références). Lorsque la période de référence est le dernier mois de cotisation avant le début du délai-cadre d'indemnisation (art. 37 al. 1 OACI), elles doivent être imputées proportionnellement sur les autres mois de l'année pendant lesquels l'assuré a travaillé, de la même manière qu'un treizième salaire (consid. 3d de l'arrêt cité, cf. également DTA 1988 15 p. 120 consid. 4). Ces règles sont exposées dans une directive de l'OFDE, qui ne porte que sur le calcul du gain assuré (Arrêt du 14 novembre 2001; C 45/01 et C 69/01) c) 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 que 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).

A/666/2010 - 6/8 - 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 (Stahelin, Zürcher Kommentar, note 25 ad art. 322d CO). En cas d'extinction des rapports de travail avant l'occasion qui donne lieu à la rétribution spéciale, le travailleur n'a droit à une part proportionnelle de cette rétribution que s'il en a été convenu ainsi (art. 322 al.2 CO). A contrario, une gratification fixée d'avance qui présente les caractéristiques d'une partie du salaire n'est pas soumise à cette disposition et elle doit être payée proportionnellement à la durée des rapports de travail (ATF 109 II 447; ATF 122 V 362).

## **E. 7**

Dans le cas d'espèce, le revenu mensuel de l'assuré est fixe, il est augmenté en janvier de chaque année puis ne subit aucune variation, sauf en ce qui concerne le versement de la prime en décembre. Cela a motivé la prise en compte par l'OCE du revenu réalisé durant les douze derniers mois, soit du 1er septembre 2008 au 31 août 2009, au lieu de six derniers mois seulement, afin d'éviter que l'assuré ne soit pénalisé en fonction de la date de son licenciement. Toutefois, le législateur a clairement limité l'allongement de la période de prise en compte du revenu à douze mois selon l'art. 37 al 2 OACI. Il s'agit donc déterminer les rémunérations effectivement touchées et celles qui pourraient être réclamées durant la période considérée. L'assuré a perçu, chaque année depuis son engagement au sein de la société, une prime en décembre, sauf en 2009. D'une part, le montant n'est pas équivalent à un salaire mensuel ou à une proportion déterminée d'un salaire mensuel, et il varie considérablement d'une année à l'autre (4'500 fr. de prime en 2004 et 10'000 fr. de prime en 2005 alors que le salaire est de 5'125 fr.). D'autre part, le montant de la prime ou les conditions d'octroi ne sont pas contractuellement convenus. La prime n'est donc ni un 13ème salaire, ni une part du bénéfice ou du chiffre d'affaire ou une autre participation au résultat de l'entreprise contractuellement convenue. Dans ces deux hypothèses, l'assuré aurait alors eu droit, à son départ de l'entreprise ou en décembre 2009, lors de la clôture des comptes, à une part de ce 13ème ou de cette prime, proportionnellement aux 8 mois travaillés, laquelle aurait été comptabilisée dans le gain assuré. Il s'agit donc, au contraire, d'une gratification régulièrement versée chaque fin d'année à tous les employés, sans réserve, de sorte qu'elle devrait certainement être considérée comme contractuellement

convenue par actes concluants. Toutefois, dans la mesure où il n'a pas été convenu qu'elle était due, proportionnellement, en

A/666/2010 - 7/8 - cas d'extinction des rapports de travail avant le 31 décembre et où elle ne remplit pas les conditions de la gratification fixée d'avance et faisant partie du salaire, l'assuré ne peut pas y prétendre pour l'année 2009. Dans la mesure où il ne s'agit ni d'une rémunération effectivement perçue, ni d'un montant que l'assuré pourrait faire valoir en justice, il n'y a pas lieu de tenir compte d'une part proportionnelle de la prime que l'assuré aurait touchée en décembre 2009, au même titre que les autres employés, s'il était encore salarié à cette date. Au demeurant, on ne voit pas sur la base de quel montant il faudrait alors calculer la proportion, en raison des importantes variations selon les années. La prime a été versée au mois en décembre de chaque année écoulée de 2001 à 2008 pour le travail effectué durant l'année qui se termine. Ainsi, et conformément à la jurisprudence précitée, la prime litigieuse rémunère le travail fait durant les douze mois de l'année 2008, de sorte qu'il faut considérer que 1/12ème de la prime est alloué pour chaque mois de travail. Dans le calcul du gain assuré, qui court du 1er septembre 2008 au 31 août 2009, il convient donc de prendre en compte la part de la prime afférente aux quatre mois considérés sur l'année 2008. C'est ainsi à juste titre que l'OCE a pris en compte 4/12ème de la prime versée en décembre 2008. Certes, si le recourant avait été licencié au 31 décembre 2008, la caisse aurait pris en compte l'intégralité de la prime, et s'il avait été licencié au 30 octobre 2009, elle aurait pris en compte 2/12ème de la prime seulement. Toutefois et comme indiqué plus haut, la seule mesure limitant les effets économiques de la date du congé consiste à prendre en compte les douze derniers mois au lieu des six derniers mois. Il est ainsi exclu de tenir compte de la totalité de la prime car cela reviendrait à se fonder sur les revenus réalisés du 1er janvier au 31 décembre 2008, ce qui est clairement contraire à l'art. 37 OACI, car le délai cadre est ouvert au 1er septembre 2009. Le calcul effectué par l'OCE est donc exact, et le gain assuré est fixé à 5'539 fr.

## **E. 8**

Ainsi, le recours est mal fondé et il est rejeté.

A/666/2010 - 8/8 -

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