

GE_GERICHTE ATAS/928/2016 vom 10. November 2016

GE Cour de justice, 2016-11-10, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_928_2016

FR: GE_GERICHTE ATAS/928/2016 du 10 novembre 2016

IT: GE_GERICHTE ATAS/928/2016 del 10 novembre 2016

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 - E 2 05) en vigueur depuis 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 forme et délai légaux, compte tenu de la suspension des délais du 18 décembre 2014 au 2 janvier 2015, le recours est recevable (art. 62 al. 1 et 89C de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA-GE - E 5 10 ; art. 38 al. 4 et 60 al. 1 LPGA).

E. 3

Le litige porte sur le montant du gain assuré déterminant pour la fixation de l'indemnité journalière de chômage de la recourante.

E. 4

À teneur 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 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). Le salaire pris en considération comme gain assuré se rapproche de la notion de salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS, mais ne se recouvre pas exactement avec celui-ci, comme cela ressort du terme "normalement" ("normalerweise"; "normalmente") utilisé à l'art. 23 al. 1 LACI (Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 8 ad art. 23 LACI). Certains montants perçus par le salarié, certes soumis à cotisation, n'entrent pas

A/298/2016 - 5/9 - dans la fixation du gain assuré. Il en va ainsi notamment de la rémunération des heures supplémentaires (ATF 129 V 105), de l'indemnité de vacances (à

certaines conditions: ATF 130 V 492 consid. 4.2.4), des gains accessoires (art. 23 al. 3 LACI; ATF 129 V 105 consid. 3.2 ; 126 V 207) ou des indemnités pour inconvénients liés aux travail ou en raison de frais occasionnés par le travail (art. 23 al. 1, 1 ère phrase, LACI ; DTA 1992 n. 14 p. 140 [C 13/92] consid. 2b). 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). 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 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 99/03 du 30 mars 2004 consid. 4). Par heures supplémentaires exclues du calcul du gain assuré, il y a lieu de comprendre non seulement les heures supplémentaires ("Überzeit") au sens des art. 12 et 13 de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (loi sur le travail [LTr] - RS 822.11), mais également les heures effectuées en sus de l'horaire habituel ("Überstunde"). Par temps de travail accompli en sus de l'horaire habituel, il faut comprendre l'activité accomplie en plus de la durée de travail en vigueur dans l'entreprise ou habituelle dans la branche, telle qu'elle a été fixée par le contrat individuel de travail ou la convention collective. Tant les rémunérations perçues dans l'accomplissement d'heures supplémentaires que les gains réalisés au cours d'heures effectuées en sus de l'horaire habituel ne constituent pas un salaire obtenu "normalement" au sens de l'art. 23 al. 1 LACI (ATF 129 V 105 consid. 3; ATF 116 II 69 consid. 4a ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_479/2014 du 3 juillet 2015 consid. 5.1).

E. 5

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. 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). Une gratification fixée d'avance qui présente les caractéristiques d'une partie du salaire n'est pas soumise à cette disposition ; en cas d'extinction des rapports de travail avant son échéance, la gratification doit être payée proportionnellement à la durée des rapports de travail (ATF 109 II 447; ATF 122 V 362). 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).

A/298/2016 - 6/9 - Pour la détermination du gain intermédiaire, comme pour le calcul du gain assuré, on applique en règle ordinaire 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 consid. 5b; DTA 2003 n° 24 p. 246 consid. 2). C'est pourquoi, par exemple, les gratifications, allocations de renchérissement et primes de fidélité et de rendement doivent être imputées proportionnellement sur les autres mois de l'année pendant laquelle l'assuré a travaillé, de la même manière qu'un 13ème salaire (ATF 122 V 366 consid. 4d; cf. également DTA 1988 n° 15 p. 120 consid. 4).

E. 6

Selon l'art. 3.1 du règlement du personnel de l'ex-employeur de la recourante, la durée normale du travail est de 42 heures en moyenne par semaine. Les pauses ne sont pas

incluses dans la durée du travail, dès lors que le collaborateur est autorisé à quitter le poste de travail. Selon l'art. 3.6, intitulé « heures supplémentaires / heures d'appoints », les heures supplémentaires effectuées entre la 42ème et la 45ème heure de travail hebdomadaire sont compensées par du temps libre d'une durée égale. Si ce n'est pas possible, les heures supplémentaires sont rémunérées au salaire normal, mais sans supplément. Quant aux heures de travail, effectuées au-delà de 45 heures hebdomadaires, elles sont compensées au cours des douze mois suivants par du temps libre d'une durée égale. Si ce n'est pas possible, les heures d'appoint sont payées avec un supplément de 25% par rapport au salaire normal. Selon l'art. 5.2, tous les collaborateurs, sauf ceux bénéficiant d'un contrat de travail à durée déterminée, ont droit à une gratification, à condition que les rapports de travail n'aient pas été résiliés au 30 novembre de l'année civile considérée. Le versement se fait au plus tard au mois de décembre.

E. 7

En l'espèce, l'intimée, sur la base des six derniers mois de salaire précédant le délai-cadre d'indemnisation ouvert le 1er juillet 2015, a fixé le gain assuré à CHF 4'043.-, montant jugé plus favorable que la moyenne obtenue sur les douze derniers mois (CHF 4'009.-). L'intimée précise avoir tenu compte, dans son calcul, du salaire de base de l'assurée, complété par un « treizième salaire » en 2015, la gratification versée en 2014 et le supplément versé pour les heures dominicales. En revanche, elle a écarté de son calcul les indemnités de déplacements et la rémunération des heures supplémentaires. De son côté, la recourante soutient que c'est un montant de CHF 4'209.40 qui aurait dû être retenu, montant dont la recourante allègue qu'elle l'a obtenu en se fondant sur les douze dernières fiches de salaire précédant le délai-cadre d'indemnisation, sans étayer davantage son calcul.

E. 8

La Cour constate que l'assurée a bénéficié dès février 2014 d'un salaire fixe de CHF 3'600.- par mois, augmenté à CHF 3660.- en janvier 2015, pour une durée

A/298/2016 - 7/9 - normale du travail de 42 h/sem. (cf. contrat conclu avec l'ancien employeur en janvier 2014 et règlement du personnel [ch. 3.1] auquel il se réfère). Conformément à la jurisprudence, il n'y a pas lieu de tenir compte, dans le calcul du gain assuré, des heures de travail effectuées par la recourante en sus de l'horaire usuel de travail de 42 heures en vigueur chez son ancien employeur ; ces heures doivent être considérées comme des heures supplémentaires du point de vue de l'assurance-chômage (cf. supra consid. 4 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 99/03 consid. 4.3). C'est donc à juste titre que l'intimée a fait abstraction dans son calcul des « heures supplémentaires » et des « heures d'appoint » mentionnées dans les fiches de salaire, puisqu'elles correspondent aux heures de travail effectuées entre la 42ème et la 45ème heure hebdomadaire et au-delà de la 45ème heure hebdomadaire (ch. 3.6 du règlement du personnel). Il en va de même des indemnités pour vacances et jours fériés afférentes à ces heures supplémentaires. L'intimée a également exclu de son calcul les indemnités de remboursements de trajets, au motif qu'elles n'avaient pas été versées régulièrement. C'est le lieu de rappeler que les indemnités destinées à compenser les frais occasionnés par le travail, tels que les remboursements de trajets dont il est question ici, n'entrent pas dans la fixation du gain assuré (arrêt du Tribunal fédéral 8C_290/2014 du 20 mars 2015 consid. 2.1 in fine et la référence ; Rubin, op.cit., n° 11 ad art. 23 LACI). L'intimée était donc fondée à écarter ces indemnités de son calcul. Quant aux deux gratifications de CHF 3'368.- et de CHF 1'869.- que l'assurée a touchées en

novembre 2014, respectivement en juin 2015, à l'issue de ses rapports de travail, on relèvera que la première rémunère l'activité déployée durant toute l'année 2014, tandis que la seconde a été calculée prorata temporis des six mois travaillés en 2015 (art. 322d al. 2 CO ; cf. également courriel de l'ex-employeur du

E. 9

Il résulte des considérants qui précèdent que, pour fixer le gain assuré dans le cas présent, il convient de prendre en considération le salaire de base, augmenté des gratifications et suppléments versés pour le travail dominical et de nuit (Rubin, op. cit., n° 10 ad art. 23 LACI), à l'exclusion des heures supplémentaires et des indemnités de déplacements.

A/298/2016 - 8/9 - Dans les six mois précédant l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation, de janvier à juin 2015, la recourante a perçu un salaire brut de CHF 21'960.- (6 x 3'660.-), une gratification de CHF 1'868.75 correspondant aux six mois d'activité exercés en 2015, ainsi que des suppléments pour travail dominical et nocturne de CHF 429.60 (cf. décomptes de salaire, pièce 19 intimée), soit un total de CHF 24'258.35, qui, ventilé sur six mois, conduit à un gain mensuel moyen de CHF 4'043.- (24'258 : 6), qui coïncide rigoureusement avec le gain assuré retenu par l'intimée. Dans les douze mois précédant l'ouverture du délai-cadre, l'assurée a touché un salaire de base de CHF 43'560.- (6 x 3'600.- + 6 x 3'660.-), des gratifications de CHF 3'553.- (6/12 x 3'368.- + 1'869.-) et des suppléments pour travail dominical et nocturne de CHF 994.10, soit un revenu total de CHF 48'107.10, correspondant à un gain mensuel moyen de CHF 4'009.- (48'107.- : 12). Comme la moyenne de CHF 4'009.- obtenue sur la base des douze derniers mois de cotisation est moins favorable à l'assurée que celle résultant des six derniers, on s'en tiendra à celui de CHF 4'043.- retenu par l'intimé (art. 37 al. 1 OACI).

E. 10

Le montant avancé par la recourante à titre de gain assuré, soit CHF 4'209.40, correspond à la moyenne des salaires bruts ressortant de ses fiches de salaire de juillet 2014 à juin 2015, abstraction faite des allocations familiales mais en tenant compte de l'intégralité des heures supplémentaires, des indemnités de déplacements et des gratifications versées en 2014 et 2015 (CHF 50'518 [salaire brut de juillet 2014 à juin 2015 sans les allocations familiales] : 12 = CHF 4'209). Or, le calcul auquel l'intéressée s'est livrée est contraire aux règles sur la fixation du gain assuré, car les heures supplémentaires et les indemnités de déplacements doivent en être exclues, comme on l'a vu (cf. supra consid. 4 et 8). C'est également à tort qu'elle a tenu compte de l'intégralité de la gratification 2014, puisque cela revient à déterminer son gain assuré sur la base des revenus de janvier à décembre 2014 alors que la période déterminante pour le calcul ne débute qu'au 1er juillet 2014 au plus tôt, conformément à l'art. 37 al. 2 OACI.

E. 11

Au vu de ce qui précède, force est de constater que le gain assuré tel que calculé par l'intimée est correct. Mal fondé, le recours est rejeté. La recourante, qui succombe, n'a pas droit à une indemnité de dépens (art. 89H al. 3 LPA a contrario). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA et 89H al. 4 LPA).

A/298/2016 - 9/9 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme :

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