

## **GE\_GERICHTE A/673/2007 vom 26. November 2007**

GE Cour de justice, 2007-11-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_673\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_673_2007)

FR: GE\_GERICHTE A/673/2007 du 26 novembre 2007

IT: GE\_GERICHTE A/673/2007 del 26 novembre 2007

### **Erwägungen**

#### **E. 5**

a) Aux termes de l'art. 23 al. 1 et 3 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 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 (al. 1). Un gain accessoire n'est pas assuré. Est réputé accessoire tout gain que l'assuré retire d'une activité dépendante exercée en dehors de la durée normale de son travail ou d'une activité qui sort du cadre ordinaire d'une activité lucrative indépendante (al. 3). Selon l'art. 37 al. 1 à 3bis OACI, 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 (al. 1). 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). Lorsque le salaire varie en raison de l'horaire de travail usuel dans la branche ou du genre de contrat de travail, le gain assuré sera calculé sur les douze derniers mois, mais au plus sur la moyenne de l'horaire de travail convenu contractuellement (al. 3bis). La circulaire du SECO relative à l'indemnité de chômage, état au 1<sup>er</sup> janvier 2007 (C2), prévoit que n'entrent pas dans le gain assuré 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 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. Entrent dans le gain assuré 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. b) Par salaire normalement obtenu au sens de l'art. 23 al. 1 LACI, il faut entendre la rémunération touchée effectivement par l'assuré (ATF 123 V 72 consid. 3). 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 et que s'il n'a jamais fait l'objet d'une contestation (ATF 128 V 190 consid. 3a/aa; DTA 2001 n° 27 p. 228 consid. 4c, 1999 n° 7 p. 27, 1995 n° 15 p. 79). 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» 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 de même que les heures accomplies en sus de l'horaire habituel (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; ATFA du 26 juin 2006 - C 139/05). Il convient d'examiner dans un premier temps la décision de suspension du droit à l'indemnité. Il ressort des pièces au dossier et des enquêtes que l'employeur n'a pas pris l'initiative de licencier le 31 mars 2006 ou le 5 avril 2006 le recourant mais que c'est celui-ci qui a interprété la discussion houleuse du 31 mars 2006 ainsi que la demande de remise des clés du bureau administratif le 5 avril 2006 comme équivalant à une rupture du contrat. Cette interprétation est confortée par le fait que le recourant a écrit à l'employeur le 5 avril 2006 en sollicitant un entretien afin de négocier une rupture amiable du contrat et le 10 avril 2006 pour demander à l'employeur de lui notifier un licenciement formel, étant dès lors conscient qu'un tel licenciement n'avait pas encore été donné. L'employeur a expliqué par courrier du 12 avril 2006 au recourant qu'il ne l'avait pas licencié et que, suite à son courrier du 5 avril 2006, il lui avait proposé un entretien, ce qui ressort du fax de l'employeur du 10 avril 2006 envoyé au numéro privé du recourant, fonctionnant également comme fax, même si celui-ci ne l'a effectivement pas reçu. Ce n'est qu'après avoir constaté que le recourant ne s'était pas rendu à son travail le 7 avril 2006 que l'employeur a considéré qu'il s'agissait d'un abandon de poste et résilié le 19 avril 2006 avec effet immédiat en conséquence le contrat de travail. Dans ce contexte, ni la discussion du 31 mars 2006, ni la demande de remise des clés du bureau de la facturation - tâche qui avait été supprimée du cahier des charges du recourant le 31 mars 2006 - ne sauraient objectivement être considérées comme équivalant à un licenciement ni ne devaient ou ne pouvaient être interprétées subjectivement comme tel par le recourant. En particulier, il ressort des explications de l'employeur que le retrait des clés du bureau de la facturation ne privait pas le recourant d'accéder aux locaux de l'employeur pour y exercer ses fonctions. En outre, la déclaration de l'employeur devant le Tribunal des Prud'hommes n'est pas en contradiction avec cette version des faits dès lors que c'est bien lui qui mis fin au contrat de travail du recourant par le licenciement avec effet immédiat du 19 avril 2006. Comme l'a relevée l'intimée, le recourant a d'ailleurs renoncé à la plus grande partie de l'indemnisation initialement requise par devant le Tribunal des Prud'hommes, notamment les montants de 30'000 fr. pour les salaires d'avril à juin 2006 et 60'000 fr. comme indemnisation équivalant à six mois de salaire, puisqu'il a transigé un montant de 8'500 fr.

au titre d'indemnité de licenciement. En conséquence, il convient d'admettre, à la suite de l'intimée, que le recourant a bien abandonné son poste de travail dès le 7 avril 2006. Or, le recourant ne saurait se prévaloir de circonstances - d'ailleurs admises restrictivement (ATFA du 9 mars 2005 - C 255/04; ATFA du 4 février 2003 - C 302/01) - pouvant justifier son abandon d'emploi, les difficultés d'organisation des horaires et du travail, en particulier avec son collègue ne pouvant être considérées comme de telles circonstances, ce d'autant qu'après discussion avec l'employeur, ce dernier avait accepté de donner à nouveau au recourant un horaire selon le planning normal de la centrale (courrier de l'employeur du 12 avril 2006, non contesté par le recourant). Le licenciement avec effet immédiat du 19 avril 2006 a bien été notifié à la suite d'un abandon d'emploi par le recourant. En ce sens, celui-ci s'est retrouvé dès le 7 avril 2006 sans travail par sa propre faute au sens de l'art. 30 LACI. Il y a ainsi lieu de confirmer la suspension du droit à l'indemnité du recourant de 45 jours équivalant à la moyenne de la fourchette prévue en cas de faute grave soit de 31 à 60 jours (cf. ATFA du 5 avril 2007 - C 57/06 suspension de 45 jours liée au refus d'un emploi réputé convenable, ATFA du 4 septembre 2001 - C 378/00 suspension de 40 jours pour résiliation du contrat de travail par l'assuré), étant précisé qu'il n'y a aucun motif, eu égard à la situation subjective du recourant et aux circonstances objectives, faisant apparaître sa faute comme étant de gravité moyenne ou légère (ATF 130 V 125 ). S'agissant du gain assuré, l'intimée a retenu dans la décision sur opposition du 24 janvier 2007 un montant de 5'481 fr. mensuel comprenant le salaire de base de 4'500 fr. en 2005 et 4'550 fr. en 2006 ainsi qu'une part proportionnelle de la gratification, les primes pour inconvénients de service, ancienneté et prime de conduite ainsi que les heures effectuées pendant les jours fériés. Dans son écriture du 18 juillet 2007, l'intimée a estimé que les heures payées sous code 100 en compensation de vacances ou travail de nuit pouvaient être prises en compte dans la mesure où elles rentraient dans le cadre de l'horaire contractuel de 42 heures par semaine. Aux termes du contrat de travail du recourant du 1<sup>er</sup> novembre 2002, le taux d'activité est de 42 heures par semaine pour un salaire brut de 4'500 fr. L'employeur a déclaré que la cellule téléphone comprenait quatre collaborateurs, depuis l'arrivée du recourant plutôt trois et demi, qui s'arrangeaient entre eux pour les remplacements et que tous effectuaient des heures supplémentaires soit en moyenne une durée effective de travail hebdomadaire de 60 à 70 heures, laquelle correspondait aux mœurs de l'entreprise et de façon plus générale à la situation dans les sociétés d'ambulances de la Suisse romande. La limitation était toutefois en principe de 50 heures par semaine. D'entente avec les employés qui souhaitaient faire des heures supplémentaires, il avait renoncé à engager une personne de plus et convenu avec ceux-ci que des heures supplémentaires seraient systématiquement effectuées. L'OCIRT a confirmé le 17 octobre 2007 que l'horaire hebdomadaire du personnel des entreprises d'ambulances était au maximum de 50 heures par semaine et que la pratique en usage à Genève était de 12 heures de travail suivies de 12 heures de repos durant 4 jours puis de 4 jours de congé, soit 48 heures par semaine. Il ressort des pièces au dossier et des enquêtes que le recourant et l'employeur ont en réalité convenu d'un engagement à un horaire supérieur à celui de 42 heures indiqué dans le contrat, comme cela était d'ailleurs le cas pour tous les autres employés. Compte tenu de l'horaire maximal admis par la LTr, soit 50 heures par semaine, et confirmé par l'OCIRT, il y a lieu d'admettre qu'un tel horaire correspond à l'activité normale d'un standardiste et qu'en l'espèce, compte tenu de l'arrangement oral entre l'employeur et ses salariés et en particulier avec le recourant, celui-ci a en réalité été engagé selon un horaire de travail de base équivalant en tous les cas au maximum de l'horaire admissible, soit 50 heures par semaine. En revanche toutes les heures

supplémentaires effectuées en sus de ce chiffre relèvent d'une suractivité que l'assurance-chômage n'a pas à prendre en charge. Au vu de ce qui précède, il convient de prendre en compte un salaire du recourant fondé sur un horaire hebdomadaire de 50 heures par semaine. L'employeur a déclaré que le code 100 a été attribué dès 2006 et correspondait au solde de vacances en cas de départ de l'entreprise et à une compensation pour des heures de nuit. En l'espèce, le code 100 figurant sur les décomptes de salaire des mois de janvier et février 2006 correspond à une compensation pour respectivement 24 et 23 heures de travail de nuit, dans le cadre de l'horaire de travail de 42 heures et pour les heures entre 23 heures et 6 heures dès lors que les heures supplémentaires, soit celles effectuées en plus de l'horaire de 42 heures, entraient dans le cadre des code 125 et 150 (anciennement 22 et 26). Il y a ainsi donc lieu de prendre en compte cette rémunération des heures sous code 100. Enfin, le salaire du mois d'octobre 2005 comprend une indemnité pour heures sous code 50 de 180 fr. 75 qui n'avait à tort pas été prise en compte dans le calcul effectué par l'intimée. En résumé, le gain assuré devra se composer pour les mois d'octobre 2005 à mars 2006 d'un salaire de base fondé sur un horaire hebdomadaire de 50 heures, plus 225 fr. de gratification, 5'400 fr. de primes, 292 fr. 80 pour les heures sous code 50 et 1'172 fr. 65 pour les heures sous code 100. Au vu de ce qui précède, le recours A/673/2007 sera rejeté, le recours A/1265/2007 sera partiellement admis, la décision sur opposition du 23 février 2007 annulée et la cause renvoyée à l'intimée pour nouveau calcul du gain assuré au sens des considérants. Une indemnité de 1'000 fr. sera allouée au recourant, à charge de l'intimée.

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