REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/673/2007 et A/1265/2007 **ATAS/1333/2007 et ATAS/1334/2007**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 6

du 26 novembre 2007

En la cause

Monsieur B_____ représenté par Fortuna protection juridique	recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, domicilié Rue de Montbrillant 40;Case postale 2293, 1211 GENEVE 2	intimée

Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente; Teresa SOARES et Luis ARIAS, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Le 27 avril 2006, M. B_____, né en septembre 1978, a déposé auprès de la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse) une demande d'indemnité de chômage en indiquant que son contrat de travail débuté le 1er novembre 2002 auprès de l'entreprise X_____(ci-après : l'employeur) avait été résilié par l'employeur le 31 mars 2006, pour le 5 avril 2006 en raison d'un "différend avec la direction".

2. L'employeur a indiqué à la caisse, le 1er juin 2006, que le contrat de travail avait été résilié pour le 31 mars 2006 par l'employé engagé en tant que dispatcher téléphoniste, mais que celui-ci avait effectivement travaillé jusqu'au 5 avril 2006.

3. Selon le contrat de travail du 1er novembre 2002, le salaire de l'assuré pour un travail à 100 % soit 42 heures par semaine était de 4'500 fr. brut par mois, toute indemnité comprise.

4. Le 24 décembre 2005, l'assuré s'est plaint auprès de M. A_____ du fait que son collègue, M. C_____ avait omis de lui demander s'il pouvait travailler le jour de Noël, ce qui était intolérable.

5. Par courrier du 5 avril 2006, l'assuré a écrit à Mme et M. A_____ que depuis une année régnait un climat extrêmement conflictuel entre son collègue M. C_____ et lui-même; il avait accepté la modification de ses obligations de travail, mais la semaine précédente ils lui avaient dit que ses horaires devaient être partagés entre la centrale, la facturation et le transfert. Aucun terrain d'entente n'avait pu être trouvé avec M. C_____ et son planning avait ce jour été modifié sans qu'il n'en fût averti; il ne pouvait accepter ce climat conflictuel. Il conclut : "Je ne peux concevoir une telle situation de conflit et d'hypocrisie et je me vois dans l'impossibilité de subvenir à mes obligations. Je vous sollicite donc pour un entretien dans le but de négocier une rupture amiable de mon contrat de travail. Vous pouvez me joindre via mes détails ci-dessus pour fixer un rendez-vous à votre convenance".

6. Par fax du 10 avril 2006, envoyé au numéro privé de l'assuré 022._____, M. A_____ a proposé un entretien à l'assuré le même jour.

7. Le 10 avril 2006, l'assuré a écrit à M. A_____ que puisqu'il avait dû rendre la clé du bureau et que celui-ci lui avait dit, le 31 mars 2006, que ce n'était pas M. C_____ mais lui qui allait "sauter" et vu qu'aucune suite n'avait été donnée à son courrier recommandé, il le priait de bien vouloir lui notifier un licenciement avec effet immédiat.

8. Le 12 avril 2006, M. A_____ a écrit à l'assuré qu'il lui avait proposé par fax un entretien le 10 avril 2006, jour où il avait reçu la lettre recommandée. Il poursuit : "Vous m'avez dit que le planning qui vous est proposé (et que vous avez accepté

lors de la discussion avec ma femme) ne vous convenait pas et que vous souhaitiez reprendre votre planning normal de la centrale. Point sur lequel je vous ai dit que j'étais d'accord car je voulais vous le confirmer. Je ne vous ai en aucun cas dit que vous étiez licencié lors de cette interlocution. Selon ce planning, vous deviez prendre votre service le vendredi 7 avril à 07h00, or sans en avertir quiconque, vous ne vous êtes pas présenté à cette prise de service et vous étiez injoignable tant au téléphone qu'à votre domicile, les services suivants n'ont pas non plus étés honorés. A ce jour, je me dois donc de considérer votre attitude comme un abandon d'emploi injustifié. Je me laisse à penser que si vous ne souhaitiez pas poursuivre vos obligations auprès de l'entreprise de manière abrupte, une entrevue devait être sollicitée de votre part, vous êtes en possession de toutes les coordonnées, tel, fax, mail pour le faire de manière rapide, un courrier recommandé arrivé tardivement ne constitue pas une information acceptable dans cette situation".

9. Par courrier du 19 avril 2006, M. A_____ a écrit à l'assuré qu'il ne s'était pas présenté à son poste de travail depuis le 7 avril 2006, ce qui constituait un abandon injustifié de poste et rendait le contrat de travail caduc.

10. Par courrier du 24 avril 2006, l'assuré, représenté par Fortuna Compagnie d'Assurance de Protection Juridique, a écrit à M. A_____ qu'il contestait avoir abandonné son poste de travail. Lors de la dernière discussion avec M. A_____, celui-ci lui avait demandé de quitter son lieu de travail et de déposer ses clés, ce qui constituait un licenciement. Par ailleurs, il n'avait reçu aucun fax ou courrier de la part de M. A_____.

11. Par demande du 2 août 2006, déposée par devant le Tribunal des Prud'hommes, l'assuré a pris des conclusions notamment en paiement de salaire et d'indemnités à l'encontre de l'employeur. Il a notamment conclu au versement d'un montant de 5'723 fr. 10 au titre d'heures supplémentaires, 401 fr. 70 au titre d'heures de récupération, 30'000 fr. pour les salaires avril à juin 2006 correspondant au délai de congé, 60'000 fr. au titre de six mois de salaire et 100 fr. au titre d'indemnité de repas. Il considère avoir été licencié avec effet immédiat le 5 avril 2006 dès lors qu'on l'avait prié de restituer les clés des locaux.

12. Selon une note téléphonique au dossier du 28 août 2006 de la caisse, M. A_____ n'aurait en aucun cas eu l'intention, lors de la discussion animée du 31 mars 2006, de licencier l'assuré. La clé demandée en retour était celle du bureau de la facturation puisque cette tâche n'était finalement pas confiée à l'assuré.

13. Par décision du 29 août 2006, la caisse a prononcé à l'encontre de l'assuré une suspension du droit à l'indemnité de 53 jours en considérant qu'il avait quitté son travail sans s'assurer d'un autre emploi.

14. Le 28 septembre 2006, l'assuré s'est opposé à cette décision en relevant qu'il avait en réalité été licencié avec effet immédiat sans justes motifs.

Par ailleurs, par décision du 6 septembre 2006, la caisse a fixé le gain assuré de l'assuré à 5'425 fr.

Il convenait de prendre en compte le salaire de base de 4'500 fr. (4'550 fr. dès 2006) correspondant à un horaire de travail de 42 heures par semaine auquel était ajouté les primes de 500 fr., 200 fr. et 100 fr.

Le 9 octobre 2006, l'assuré a fait opposition à cette décision. Il relève qu'en décembre 2005, il avait touché une prime de 900 fr. mensuelle qu'il convenait d'ajouter au salaire de base. Par ailleurs, son salaire moyen des six derniers mois était de 9'805 fr. La caisse n'avait à tort pas tenu compte des heures supplémentaires, soit les "heures supp 50" correspondant aux jours fériés travaillés, les "heures supp 100" correspondant aux heures de récupération qu'il n'avait pas pu prendre en temps. En outre, les heures supplémentaires de travail étaient justifiées par l'obligation de remplacer les collègues dans un service qui devait fonctionner 24 heures sur 24 heures. Chaque employé devrait réaliser des heures supplémentaires, faute de quoi il était menacé de licenciement. L'horaire normal était ainsi bien supérieur à 42 heures par semaine et il convenait d'en tenir compte dans le gain assuré.

15. Par décision du 11 octobre 2006, la caisse a suspendu l'instruction de la cause dans l'attente du jugement du Tribunal des Prud'hommes.

16. Le 27 octobre 2006, l'assuré a informé la caisse qu'un accord avait été trouvé lors de l'audience de conciliation des Prud'hommes du 2 octobre 2006.

    Selon le procès-verbal de cette audience, l'assuré acceptait, pour solde de tout compte et de toutes prétentions 8'500fr. net à titre d'indemnité de licenciement, et 6'225 fr. brut à titre de solde de salaire (heures supplémentaires et récupération d'heures de nuit et de dimanche, panier repas); M. A_____ déclarait avoir mis fin au contrat de travail de l'assuré.

17. Par décision du 24 janvier 2007, la caisse a partiellement admis l'opposition de l'assuré en considérant qu'il résultait des échanges de courriers entre l'assuré et son employeur que c'était le premier qui avait sollicité un entretien avec son employeur dans le but de mettre un terme à l'amiable à son contrat de travail, qu'il n'avait donné aucune suite à la proposition d'entretien de l'employeur du 10 avril 2006, ce qui démontrait qu'il n'avait pas l'intention de reprendre son travail, qu'il avait accepté le 2 octobre 2006 une indemnisation de 14'725 fr. due en raison des heures de travail effectuées, alors que ses revendications initiales se montaient à 96'124 fr. 80. Partant, le licenciement avec effet immédiat du 19 avril 2006 était justifié en raison de l'abandon du poste de travail par l'assuré. Toutefois, en application du principe de la proportionnalité, la suspension était réduite à 45 jours.

18. Selon les décomptes de salaire de l'employeur, l'assuré a gagné les montants bruts suivants :

Octobre 2005 : 7'927 fr. 50
Novembre 2005 : 10'804 fr. 55
Décembre 2005 : 8'899 fr. 55
Janvier 2006 : 12'485 fr. 15
Février 2006 : 7'595 fr. 70
Mars 2006 : 11'062 fr. 45

Les montants comprennent 4'500 fr. de salaire de base (4'550 fr. dès 2006), des indemnités pour heures supplémentaires, une indemnité pour inconvénients de service de 500 fr., une prime d'ancienneté de 200 fr. et une prime de conduite de 100 fr.

19. Une note au dossier de la caisse du 15 février 2007 relate un entretien téléphonique avec M. A_____ selon lequel "l'entreprise à l'autorisation d'effectuer du travail continu, mais n'a cependant pas le droit (théoriquement) de faire faire des heures supplémentaires à son personnel. Il y a quatre employés qui tournent et qui sont en charge de la centrale téléphonique. Renseignements pris sur les différents codes des fiches de salaires :

Code 50 : heures effectuées dans le cadre du planning pendant des jours fériés.
Code 100 : heures payées normalement en compensation de vacances ou travail de nuit.
Code 125 : heures supplémentaires jours et nuits du lundi au samedi.
Code 150 : heures supplémentaires jours et nuits du dimanche".

20. Le 20 février 2007, l'assuré a recouru auprès du Tribunal cantonal des assurances sociales à l'encontre de la décision sur opposition de la caisse du 24 janvier 2007 en relevant qu'il n'était plus en mesure d'exercer son activité suite à la remise de ses clés à l'employeur et qu'il considérait ainsi en toute bonne foi avoir été licencié avec effet immédiat, ce d'autant que l'employeur lui avait clairement signifié le 31 mars 2006 que son départ ne serait pas un problème. Ce n'était que le 19 avril 2006 qu'il avait reçu des nouvelles de son employeur, suite à ses propres courriers.

Cette procédure a été enregistrée sous le numéro A/673/2007.

21. Le 23 février 2007, la caisse a rejeté l'opposition déposée par l'assuré à l'encontre de la décision du 6 septembre 2006. L'horaire de travail de l'entreprise était de 48 heures sur 8 jours c'est-à-dire de 42 heures sur 7 jours en conformité avec le contrat de travail. Ainsi, les heures supplémentaires ne devaient pas être prises en compte. Il convenait d'ajouter au salaire de base la gratification de décembre 2005, soit 3/12ème de 900 fr. pour les mois d'octobre à décembre 2005 ainsi que les heures supplémentaires 50 et les primes. Le gain assuré était ainsi de 5'481 fr. au lieu de 5'425 fr. admis dans la décision querellée.

22. Le 26 mars 2007, la caisse a conclu au rejet du recours en relevant qu'il incombait à l'assuré de reprendre contact avec son employeur afin de s'entretenir de la situation au lieu d'abandonner son poste. Or, il avait le 5 avril 2006 demandé à être licencié. En renonçant devant la juridiction des Prud'hommes aux salaires pendant le délai de

congé, le recourant avait accepté son licenciement avec effet immédiat et donc consenti avoir commis une faute. Au surplus, même si l'on admettait que le recourant n'avait pas été licencié suite à un comportement fautif, la caisse devrait le sanctionner pour avoir renoncé aux prestations de salaire pendant la durée du délai de congé, au détriment de l'assurance-chômage, ce qu'elle pouvait encore faire puisque la sanction infligée par la décision du 29 août 2006 avait déjà été exécutée.

23. Le 27 mars 2007, l'assuré a recouru à l'encontre de la décision sur opposition de la caisse du 23 février 2007 en concluant à son annulation et à la fixation d'un gain assuré de 8'900 fr. par mois; subsidiairement au renvoi de la cause à la caisse pour nouveau calcul.

    Le poste vacant dans l'entreprise devait être assuré par les autres employés, ce qui entraînait des heures supplémentaires obligatoires. Son horaire normal était de 7h00 à 16h00, suivi de 7h00 à 7h00, suivi de 16h00 à 7h00 puis deux jours de congé à la place de deux journées, deux nuits et quatre jours de congé. Les Heures 50 et 100 étaient effectuées dans le cadre de l'horaire normal mais la nuit, le week-end ou les jours fériés et devaient donc entrer dans le calcul du gain assuré. Quant aux autres heures supplémentaires, elles devaient également être prises en compte car elles n'avaient pas un caractère exceptionnel mais étaient la règle pour chaque employé. Il avait ainsi droit au gain assuré maximum de 8'900 fr.

    Ce recours a été enregistré sous le numéro A/1265/2007.

24. Le 30 avril 2007, le Tribunal de céans a tenu une audience de comparution personnelle des parties. Le recourant a déclaré :

    "Je précise que je n'ai pas de fax. Je n'ai donc pas reçu le fax de Monsieur A_____ du 10 avril j'ai en revanche reçu son courrier du 12 avril. Celui-ci n'a jamais essayé de me contacter suite à mon courrier du 5 avril alors qu'il connaissait mon numéro de portable. J'estime avoir été licencié à fin mars 2006. J'ai encore travaillé le week-end par conscience professionnelle, puis le mercredi matin en ambulance car je n'avais pas réussi à atteindre mes patrons. Dans la journée Monsieur A_____ a appelé le centraliste pour lui dire que je devais rendre toutes mes clés. Je me suis exécuté. Je précise que mon bureau était dans le local de la facturation et que je n'y avais donc plus accès sans la clé. J'ai donc considéré que j'avais été licencié. Le vendredi d'avant, nous avions eu une longue discussion aux termes de laquelle Monsieur A_____ était parti fâché. Cela nous arrivait de temps à autre. Il m'a cette fois dit clairement que je n'étais plus le bienvenue dans la société. Sans la clé du local de la facturation, j'aurai encore pu faire la moitié de mes heures, soit le travail à la centrale et en ambulance. Suite à l'engagement d'un autre employé, on m'a confié plus de facturation et moins de travail à la centrale. On s'est en effet retrouvé à quatre personnes et demi. Je m'occupais de la facturation dans le local idoine depuis environ six mois. Je considère que c'était à Monsieur A_____ de venir me parler à la suite du retrait des clés. A partir de la seconde année, j'ai eu plus de responsabilité et j'ai réalisé environ 300 heures de

travail par mois. En réalité, les A_____ m'avaient proposé d'effectuer les heures de travail pour combler un demi-poste manquant, ceci pour une durée indéterminée, offre que j'avais acceptée. Ceci a duré deux ans et demi. Ensuite, la situation est devenue ingérable notamment quand il s'agissait de me remplacer. Les A_____ ont finalement engagé une personne supplémentaire à plein temps. S'agissant de mon salaire, les heures 100 correspondent à une indemnisation pour les heures que j'effectuais en général la nuit, que j'aurai en principe dû récupérer en congé mais qui m'étaient en réalité payé. Quant au code 125, il concerne les heures supplémentaire, soit celles au-delà de 42 heures par semaine. S'agissant des autres employés, ils réalisaient également beaucoup d'heures supplémentaires notamment pour compenser les vacances, les maladies et les congés. Souvent, les employés administratifs, soit les quatre postes devaient remplacer les ambulanciers plus précisément mes deux collègues hommes. Mes collègues avaient un même revenu équivalent au mien. Les codes 10, 22 et 26 correspondent aux anciens codes d'heures supplémentaires. Je transmettrai le règlement de l'entreprise au Tribunal. Après avoir envoyé mon courrier du 10 avril, je pensais encore pouvoir discuter avec Monsieur A_____ ce qui n'a pas été le cas. Nous l'avons fait plus tard dans le cadre de la conciliation aux prud'hommes. Les 8'500 fr. m'ont été donné par Monsieur A_____ en compensation du licenciement. La question de savoir s'il s'agissait d'un licenciement avec effet immédiat ou non n'a pas été tranchée dans le cadre de la conciliation. Je précise que si j'avais pu continuer à travailler, je l'aurai fait et que le pv du Tribunal des prud'hommes devrait [être] opposable au chômage en ce sens que Monsieur A_____ a déclaré m'avoir licencié".

La caisse a relevé que :

"L'employeur peut donner congé également s'il y a abandon de poste. Monsieur B_____ a renoncé à l'indemnisation de son délai de congé dès lors qu'il a accepté 8'500 fr. au lieu des 30'000 fr. initialement demandés. S'agissant des heures supplémentaires du recourant, elles n'ont pas de caractère temporaire. C'est comme s'il avait deux emplois, donc un gain accessoire, lequel n'est pas assuré par le chômage".

25. Le 1er mai 2007, le recourant a versé au dossier le règlement d'entreprise de l'employeur.

26. Le 14 mai 2007, la caisse a conclu au rejet du recours (A/1265/2007) en relevant que le travail supplémentaire pourrait être considéré comme un second contrat et donc un gain accessoire dont on ne pouvait tenir compte dans le calcul du gain assuré.

27. Le 9 juillet 2007, le Tribunal de céans a tenu une audience de comparution personnelle et enquête au cour de laquelle il a entendu M. A_____. Celui a déclaré :

"M. B_____ a été mon employé jusqu'en mars 2006 à mon souvenir. X_____ est une raison individuelle. Je me souviens d'un entretien houleux avec M. B_____, je ne peux pas vous dire exactement à quelle date, au cours duquel j'ai mis les choses au clair avec lui, en lui disant que si une personne devait être licenciée en raison de la tension qui existait entre lui et un autre collaborateur qui gérait les horaires ça ne serait pas forcément cet autre collaborateur qui serait licencié mais ça pourrait être lui. En lui disant ceci je n'entendais pas le licencier mais mettre les choses au point. J'ai envoyé le fax du 10 avril 2006 au domicile de M. B_____ car ce numéro figurait dans la liste des fax que je détenais au bureau. Par ailleurs, il me semble que ce numéro avait déjà été utilisé pour des échanges de fax entre M. B_____ et la société. Je possédais aussi le numéro de portable de M. B_____. Je me souviens avoir demandé aux collaborateurs de la centrale de joindre téléphoniquement M. B_____ à son domicile, ce qu'ils n'ont pas réussi à faire. M. B_____ ne m'a pas averti du fait qu'il ne viendrait pas travailler. Par la suite M. B_____ nous a informé qu'il avait considéré être licencié. J'ai ensuite à nouveau envoyé un fax pour qu'il me contacte ce qu'il n'a pas fait dans l'immédiat. J'ai effectivement demandé à mes collaborateurs de dire à M. B_____ qu'il rende la clé du bureau administratif dès lors qu'il n'effectuait plus de facturation. Je précise que M. B_____ a précisé, lors de notre entretien houleux, que dans ces conditions il reprenait ses anciennes fonctions de standardiste uniquement et qu'il ne s'occuperait plus de la facturation, ce avec quoi j'étais d'accord car j'allais le lui proposer. Je ne lui ai pas demandé de rendre les autres clés comme celle du vestiaire par exemple. Je n'ai jamais eu l'intension de licencier M. B_____. J'étais toutefois conscient qu'il y avait un risque qu'il refuse les restructurations que je proposais et qu'il donne dans ces conditions son congé. S'agissant de ma déclaration devant les Prud'hommes, selon laquelle j'ai mis fin au contrat de travail de M. B_____, je relève qu'elle a été faite pour concilier la cause afin d'éviter une longue procédure. La centrale est un petit groupe, les quatre collaborateurs qui travaillent à la cellule téléphone s'arrangeaient entre eux pour les remplacements, ce système est courant dans les structures ambulancières. Le contrat de base est de 42 heures mais l'ensemble des employés fait des heures supplémentaires. C'était le cas de M. B_____ qui en faisait en général plus que les autres, en moyenne tous les employés travaillaient, heures supplémentaires comprises, 60 à 70 heures par semaine. M. B_____ pouvait être amené à en faire plus. Il s'agissait de remplacements pour maladies, congés, vacances des collaborateurs à la cellule téléphone ou des transféristes. Au début de l'engagement de M. B_____ il y avait quatre collaborateurs, ce roulement de quatre personnes a perduré. Lors de la dernière période M. B_____ s'occupait du planning, il pouvait donc organiser le sien comme il le souhaitait. Nous avions convenu que les heures supplémentaires seraient rémunérées et jamais reprises en congé. Il n'y avait pas d'obligation d'effectuer des heures supplémentaires, toutefois les collaborateurs souhaitant en faire il avait été convenu avec eux que les absences ne seraient pas remplacées (par exemple un congé maternité) ou que les collaborateurs assumeraient en heures supplémentaires

la tâche de l'employé manquant. A cet égard j'avais reçu l'information que les collaborateurs souhaitaient s'arranger entre eux et qu'il ne fallait pas engager quelqu'un d'autre. Je précise que la moyenne de 60 à 70 heures de travail par semaine est dans les mœurs de l'entreprise que cela a toujours été le cas et c'est toujours le cas actuellement. M. B_____ se détachait un peu du groupe car il faisait partie de ceux qui effectuaient le plus d'heures supplémentaires. Je précise que le SECO et l'inspection du travail sont au courant des horaires pratiqués et tolèrent le nombre d'heures supplémentaires effectuées. Cette situation prévaut dans toutes les sociétés d'ambulances de la Suisse romande en difficulté de trouver du personnel, tant les transféristes, les ambulanciers et les standardistes. En principe la limitation est de 50 heures par semaine. Je précise que les 42 heures comprennent les temps de pauses. Il ne s'agit pas de 42 heures de travail effectives. J'ai déjà engagé des collaborateurs qui n'effectuaient pas systématiquement des heures supplémentaires. S'agissant des codes, le code 10 correspond dès 2006 au code 50, le code 22 au code 125 et le code 26 au code 150. Le code 100 de 2006 n'existait pas antérieurement. Il correspond au solde de vacances en cas de départ de l'entreprise. Ce code correspond également à des compensations pour des heures de nuit. Les heures doivent être compensées entre 23 heures et 6 heures du matin. Je précise que M. B_____ a restitué uniquement la clé du bureau suite à ma demande, le solde des clés ayant été rendu quelques jours plus tard à la centrale. Pendant que M. B_____ a travaillé il y a rarement eu quatre collaborateurs mais la plus part du temps trois et demi à la cellule téléphone. Je confirme qu'il y avait bien un consensus autours des heures à effectuer. Si un collaborateur avait refusé de faire des heures supplémentaires le consensus n'aurait pas pu fonctionner et on aurait dû chercher du monde. Je confirme qu'il est difficile de trouver des employés, en raison du rythme jour, nuit et week-end. Les collaborateurs étaient très demandeurs d'heures supplémentaires. Il serait possible de gérer un tournus avec cinq personnes mais cela entraînerait des coupures d'horaires peut acceptables d'expérience pour les collaborateurs. J'ai proposé courant 2003 d'engager une personne supplémentaire et le porte-parole de la cellule téléphone m'a fait savoir que ses collègues et lui-même ne le souhaitaient pas dès lors qu'ils voulaient faire des heures supplémentaires. Dès lors qu'ils s'étaient engagés à faire des heures supplémentaires il aurait été difficile de les refuser par la suite".

Le recourant a déclaré :

"Je confirme que je n'ai jamais reçu le fax de M. A_____ car je dois brancher l'ordinateur pour que le fax fonctionne. Je note qu'il était plus facile pour M. A_____ de gérer du personnel qui assumait des heures supplémentaires que d'engager une personne de plus. Je souhaite un délai pour faire des observations".

28. Le 10 juillet 2007, le Tribunal de céans a demandé au Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) quel était l'horaire hebdomadaire usuel ainsi que l'horaire maximal autorisé dans les emplois de standardiste, transfériste et ambulancier.

29. Le 18 juillet 2007, la caisse a transmis des observations relativement aux deux recours. S'agissant de la suspension, elle relève que l'employeur a confirmé l'abandon de poste. Quant au gain assuré, elle acceptait de prendre en compte les Heures 100 dans la mesure où elles entraient dans le cadre de l'horaire contractuel de 42 heures, horaire d'ailleurs confirmé par l'employeur.

30. Le 7 août 2007, le recourant a déposé des observations. S'agissant de la suspension, M. A_____ avait reconnu devant les Prud'hommes l'avoir licencié. Il n'y avait pas à revenir là-dessus. Il soulignait n'avoir jamais reçu le fax que M. A_____ disait avoir transmis. Quant au gain assuré, M. A_____ avait confirmé que la nature de l'activité entraînait des heures supplémentaires, une moyenne de 60 à 70 heures étant la règle. Le règlement d'entreprise prévoyait d'ailleurs l'obligation d'effectuer des heures supplémentaires. L'horaire normal, soit quatre jours de travail puis quatre jours de congé générait déjà un horaire de 48 heures soit supérieur au 42 heures par semaine. Une présence de quatre employés, jugée idéale générait déjà environ 500 heures supplémentaires, un tournus à cinq personnes n'étant pas acceptable au niveau des horaires. Or, le roulement à quatre personnes n'avait duré que pendant trois mois. Les heures supplémentaires qu'il avait effectuées n'étaient donc pas un choix mais une obligation du service.

31. Le 23 août 2007, le SECO a répondu que la question de l'horaire de travail maximal autorisé dans les entreprises d'ambulances relevait de la compétence des autorités cantonales de l'emploi.

32. Le 17 octobre 2007, l'Office cantonal de l'inspection et des relations du travail (OCIRT) a indiqué, sur demande du Tribunal de céans, que selon l'art. 9 LTr, l'horaire hebdomadaire pour le personnel des entreprises d'ambulances était de 50 heures, que toutefois à Genève la pratique en usage était de 12 heures de travail et de 12 heures de repos par jour durant 4 jours, suivies de 4 jours de congé et qu'il fallait noter que ce mode de faire n'était notamment pas conforme aux règles sur le travail de nuit.

33. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

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 (LACI).

   Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. Interjeté dans les forme et délai prescrits par la loi, les recours A/1265/2007 et A/673/2007 sont recevables (art. 5 et 60 LPGA). Ils seront joints en application de l'art. 70 LPA.

3. L'objet du litige porte sur la suspension du droit à l'indemnité de 45 jours prononcée par l'intimée ainsi que sur la fixation du gain assuré du recourant.

4. a) Le droit de l'assuré à l'indemnité est suspendu lorsqu'il est établi que celui-ci est sans travail par sa propre faute (art. 30 al. 1 let. a LACI). Est notamment réputé sans travail par sa propre faute, l'assuré qui, par son comportement, en particulier par la violation de ses obligations contractuelles de travail, a donné à son employeur un motif de résiliation (art. 44 al. 1 let. a de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 - OACI).

   La suspension ne suppose pas une résiliation des rapports de travail pour de justes motifs au sens des art. 337 et 346 al. 2 CO. Il suffit que le comportement général de l'assuré ait donné lieu au congédiement de celui-ci, même sans qu'il y ait des reproches d'ordre professionnel à lui faire. Tel peut être le cas aussi lorsque l'employé qui présente un "caractère", dans un sens large, qui rend les rapports de travail intenables (ATF 112 V 244 consid. 1 et les arrêts cités). Une suspension du droit à l'indemnité ne peut cependant être infligée à l'assuré que si le comportement reproché à celui-ci est clairement établi. Lorsqu'un différend oppose l'assuré à son employeur, les seules affirmations de ce dernier ne suffisent pas à établir une faute contestée par l'assuré et non confirmée par d'autres preuves ou indices aptes à convaincre l'administration ou le juge (ATF 112 V 245 consid. 1 et les arrêts cités ; DTA 1995 no. 18 p. 107 ss, consid. 1, 12993/1994 no 26 p. 182 ss, consid. 2a; SJ 1992 p. 551 consid. 1; ATFA G. du 14 avril 2005 C 48/04; GERHARDS, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, n. 10 ss ad. Art.. 30; Thomas NUSSBAUMER, in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Arbeitslosenversicherung, p. 254, ch. m. 695, et note 1312).

   b) La durée de la suspension est proportionnelle à la gravité de la faute et ne peut excéder 60 jours par motif de suspension (art. 30 al. 3 LACI). La durée de la suspension dans l'exercice du droit à l'indemnité est de 1 à 15 jours en cas de faute légère, de 16 à 30 jours en cas de faute de gravité moyenne et de 31 à 60 jours en cas de faute grave (art. 45 al. 2 OACI, en relation avec l'art. 30 al. 3bis LACI).

   Il y a en principe faute grave lorsque l'assuré abandonne un emploi réputé convenable sans être assuré d'obtenir un nouvel emploi ou lorsqu'il refuse un emploi réputé convenable sans motif valable (art. 45 al. 3 OACI); demeurent toutefois réservées des circonstances particulières faisant apparaître, dans le cas concret, la faute comme plus légère (ATF 130 V 125; SVR 2006 ALV no 5 p. 15 [C 128/04]). La durée de la suspension doit être proportionnelle à la gravité de la faute et non à l'importance du dommage causé à l'assurance-chômage (ATFA du 26 septembre 2005 - C 21/05).

Selon la jurisprudence, il y a lieu d'admettre de façon restrictive les circonstances pouvant justifier l'abandon d'un emploi (RJJ 1997 p. 215 consid. 2 et les références; Thomas Nussbaumer, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Arbeitslosenversicherung, p. 254 et la note n° 1313). Toutefois, un travail qui n'est pas réputé convenable est exclu de l'obligation d'être accepté (art. 16 al. 2 LACI, ATF 124 V 63 consid. 3b et les références). Or, il peut arriver qu'un emploi qui répondait à tous les critères d'un travail convenable à un moment donné perde cette qualité à la suite d'un changement de circonstances. Dans une telle éventualité, on ne peut exiger d'un salarié qu'il conserve son emploi sans s'être préalablement assuré d'en avoir obtenu un autre et il ne sera donc pas réputé sans travail par sa propre faute (art. 44 al. 1 let. b OACI; SVR 1999 ALV n° 22 p. 53 consid. 3a; DTA 1998 n° 9 p. 44 consid. 2b, ATFA du 4 septembre 2001 - C 378/00).

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 LPGA) 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 1er 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 plaire 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).

6. 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).

7. 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 1er 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.

8. 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.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

A la forme :

1. Déclare les recours A/1265/2007 et A/673/2007 recevables.

Préalablement :

2. Joint les causes A/1265/2007 et A/673/2007.

Au fond :

3. Rejette le recours A/673/2007.

4. Admet partiellement le recours A/1265/2007.

5. Annule la décision sur opposition du 23 février 2007.

6. Renvoie la cause à l'intimée pour nouveau calcul du gain assuré au sens des considérants.

7. Condamne l'intimée à verser au recourant une indemnité de 1'000 fr.

8. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière	La présidente
Nancy BISIN	Valérie MONTANI

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'au Secrétariat d'Etat à l'économie par le greffe le