

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/130/2014

ATAS/504/2014

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre des assurances sociales**

**Arrêt du 14 avril 2014**

**6<sup>ème</sup> Chambre**

En la cause

Madame A\_\_\_\_\_, domiciliée à GENEVE

recourante

contre

UNIA CAISSE DE CHOMAGE, Centre de compétences F-CH-Centre, GENEVE

intimé

**Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente; Maria Esther SPEDALIERO et Jean-Pierre WAVRE, Juges assesseurs**

---

---

**EN FAIT**

1. Madame A\_\_\_\_\_ (ci-après : l'assurée) née le \_\_\_\_\_ 1981 a requis le 11 février 2013 des indemnités de chômage auprès de UNIA caisse de chômage (ci-après : la caisse) pour un taux de placement de 60%.
2. a) L'assurée a été engagée le 27 juin 2005 comme vendeuse par B\_\_\_\_\_ AG (ci-après : l'employeur). Le contrat de travail du 29 juin 2005 prévoit un salaire de base de CHF 3'200.- avec un montant forfaitaire pour les frais de CHF 200.- et une indemnité compensatoire pour le soir et le dimanche de CHF 100.- par mois (art. 4 du contrat). Une participation au chiffre d'affaires est fixée à CHF 400.- par mois pour les trois mois du temps d'essai. Il est mentionné qu'elle sera recalculée sur la base du chiffre d'affaires réalisé pendant ces trois mois et réglementée en annexe au contrat.  
  
b) Un avenant au contrat de travail du 17 juillet 2006 prévoit que l'assurée assumera dès le 1<sup>er</sup> août 2006, une nouvelle fonction comme cheffe de succursale dans la filiale de Genève (733) avec un salaire brut de base de CHF 3'100.-, une majoration en plus de CHF 100.- en raison d'un éventuel travail nocturne et dominical et un forfait mensuel de CHF 300.- pour les frais ; par ailleurs, une participation au chiffre d'affaire (BG1) de 1,05% et (BG2) de 2,1% du chiffre d'affaire de la filiale 733 est prévue. Il est mentionné que le chiffre d'affaires du mois précédent est toujours déterminant pour la calculation.  
  
c) Un avenant au contrat de travail du 5 mai 2010 prévoit une réduction du taux d'activité de l'assurée à 70% (CHF 29,75.- de l'heure par semaine) dès le 1<sup>er</sup> juin 2010 et un salaire de base de CHF 2'170.-, plus CHF 70.- de majoration (travail nocturne et dominical), CHF 210.- (frais) et une participation de 1,73% du chiffre d'affaire de la filiale 733. Il est mentionné que le chiffre d'affaires du mois précédent est toujours déterminant pour la calculation du chiffre d'affaires.
3. Le 3 janvier 2013, l'assurée a résilié son contrat de travail pour le 31 mars 2013.
4. Le 15 février 2013, l'assurée a écrit à la caisse qu'elle était maman de deux filles de 3 ans et 4 mois et qu'elle avait démissionné en raison de son domaine professionnel, que la vente d'articles érotiques n'était plus adaptée à sa vie familiale, que les horaires étaient trop chargés (10h00-19h00) et qu'elle souhaitait se reconvertir dans un domaine culturel.
5. L'employeur a attesté le 25 février 2013 d'un emploi de l'assurée du 27 mai 2005 au 4 février 2013 comme cheffe de filiale à 70% et joint les salaires versés en 2012 et 2013.
6. Par décision du 3 avril 2013, la caisse a suspendu le droit de l'assurée pour une durée de 35 jours dès le 5 février 2013 au motif que celle-ci avait démissionné de son emploi, de surcroît sans respecter le délai de congé de deux mois pour la fin d'un mois.

- 
7. Le 9 avril 2013, l'assurée a fait opposition à cette nouvelle décision en relevant qu'elle avait annoncé le 18 septembre 2012 par oral à son employeur sa démission pour le 4 février 2013. Elle a transmis un courrier de son employeur du 30 septembre 2012 prenant acte de la démission de l'assurée avant le terme de son congé maternité de 16 semaines.
  8. Le 30 avril 2013, l'assurée a répondu à une demande de renseignement de la caisse.
  9. Par décision du 22 mai 2013, la caisse a admis l'opposition de l'assurée et annulé la décision du 3 avril 2013.
  10. Par courriel du 13 mai 2013, la caisse a informé l'assurée qu'elle procéderait à un nouveau calcul du gain assuré en prenant en compte la gratification de CHF 1'200.- versée en 2012.
  11. Par courriel du 17 juin 2013, l'assurée a requis une indemnité journalière de CHF 131,18 au lieu de CHF 123,35.
  12. Par courrier du 10 juillet 2013, la caisse a informé l'assurée que son gain assuré était de CHF 3'360.-, son indemnité journalière de CHF 123,85 (calcul = gain assuré / 21,7 \* taux en %).
  13. Le 9 octobre 2013, l'assurée a requis le versement d'une indemnité journalière de CHF 134,75, calculée sur la base d'un salaire total d'août 2012 à janvier 2013 de CHF 25'527,25 soit mensuel de CHF 4'264,55 et à 70% de 3'655,35 (au lieu de CHF 3'360.-).
  14. Par décision du 5 novembre 2013, la caisse a octroyé à l'assurée une indemnité journalière depuis le 6 février 2013 sur la base d'un gain assuré de 3'360 fr.  
  
Les primes d'intéressement au chiffre d'affaire étaient versées avec un décalage d'un mois. La gratification de CHF 1'200.- versée en décembre 2012 concernait toute l'année 2012 soit CHF 100.- par mois et la gratification de CHF 147.- versée en octobre 2012 concernait la période du 1<sup>er</sup> août au 31 octobre 2012 soit CHF 49.- par mois ; il en était de même des gratifications de CHF 63.- versées en avril et juillet « 2013 » qui correspondaient à CHF 21.- par mois.
  15. Le 5 décembre 2013, l'assurée a fait opposition à la décision précitée au motif que son gain assuré était de CHF 3'555,33 correspondant à une moyenne de salaire des 6 derniers mois, (août 2012 à janvier 2013), de CHF 4'147,88 soit :  
  
Salaire de base : CHF 13'020.- (CHF 2'170.-/mois), supplément nuit/dimanche : CHF 420.- (CHF 70.-/mois), participation au CA : CHF 10'800,25 et bonus : CHF 647.-. Total : CHF 24'887,25  
  
L'indemnité journalière était ainsi de CHF 131,07.
  16. A la demande de la caisse, l'employeur a indiqué le 18 décembre 2013 que le montant versé pour le chiffre d'affaire correspondait au mois précédent, soit le versement de CHF 2'473,30 de janvier 2013 correspondait au mois de décembre

---

2012. Il a répondu en entourant les mots « oui » et « décembre 2012 » sur le courrier reçu de la caisse.

17. Par décision du 19 décembre 2013, la caisse a rejeté l'opposition de l'assurée.

Le gain assuré était de CHF 3'360.- soit CHF 3'920.- x 60/70.

Le salaire moyen des six derniers mois était le suivant :

01.01.2013–31.01.2013 : CHF 2'170.-(salaire de base)+CHF 238,20 (C/A) = CHF 2'478,30

01.12.2012-31.12.2012 : CHF 2'170.- + CHF 2'473,30(C/A)+CHF 100.-(bonus)= CHF 4'813,30

01.11.2012-30.11.2012 : CHF 2'170.- + CHF 1'602,50(C/A)+CHF 100.-(bonus)= CHF 3'942,50

01.10.2012-31.10.2012 : CHF 2'170.-+CHF 1'762,35(C/A)+CHF 149.-(bonus)= CHF 4'151,35

01.09.2012-30.09.2012 : CHF 2'170.-+CHF 1'623,60(C/A)+CHF 149.-(bonus)= CHF 4'012,60

01.08.2012-31.08.2012 : CHF 2'170.-+CHF 1'735,45(C/A)+CHF 149.-(bonus)= CHF 4'124,45

En particulier, la participation au chiffre d'affaire de février 2013 de CHF 238,30 devait être prise en compte sur le salaire de janvier 2013.

18. Le 16 janvier 2014, l'assurée a recouru à l'encontre de la décision sur opposition de la caisse auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice en relevant que le montant de CHF 238,30 versé en février 2014 avait été calculé au prorata du nombre de jours payés en février 2013, soit quatre jours. Le calcul était le suivant :

CHF 96'414 x 1.73% / 29.

Il convenait donc de tenir compte de l'entier de la participation au chiffre d'affaire pour janvier 2013, soit CHF 1'667,95. Ainsi, le gain assuré était de CHF 3'564,60 soit :

01.01.2013–31.01.2013 : CHF 2'170.- + CHF 70.- + CHF 1'667,95 = CHF 3'907,95

01.12.2012-31.12.2012 : CHF 2'170.- + CHF 70.-+ CHF 2'473,30+CHF 100.- = CHF 4'813,30

01.11.2012-30.11.2012 : CHF 2'170.- + CHF 70.-+ CHF 1'602,50 + CHF 100.- = CHF 3'942,50

01.10.2012-31.10.2012 : CHF 2'170.-+ CHF 70.- + CHF 1'762,35 +CHF 149.- = CHF 4'151,35

---

01.09.2012-30.09.2012 : CHF 2'170.-+ CHF 70.- + CHF 1'623,60 + CHF 149.- = CHF 4'012,60

01.08.2012-31.08.2012 : CHF 2'170.-+CHF 70 .- + CHF 1'735,45 + CHF 149.- = CHF 4'124,45

19. Le 5 février 2014, la caisse a conclu au rejet du recours en relevant que le montant qui devait revenir à l'assurée au titre de la participation afférente au mois de janvier 2013 n'aurait pas dû être proratisée de sorte que le montant de CHF 1'667,95 aurait dû lui être versé par l'employeur. La participation effective au chiffre d'affaire versée en février 2013, de CHF 238,70 devait cependant être prise en compte pour le salaire du mois de janvier 2013, à l'exclusion du montant de CHF 1'667,95 revendiqué par la recourante, lequel n'avait pas été versé par l'employeur.
20. Le 16 janvier 2014, l'employeur a écrit à l'assurée que le décompte de salaire de février 2013 contenait une participation au chiffre d'affaire de CHF 238,30 calculée sur la base du chiffre d'affaire total de 1'667,95, montant divisé par 29 et multiplié par 4 (du 1<sup>er</sup> au 4 février 2013).
21. A la demande de la Cour de céans, l'employeur a transmis l'avenant au contrat de travail du 1<sup>er</sup> octobre 2005 intitulé « nouveau règlement de salaire dès le 1<sup>er</sup> octobre 2005 » détaillant les taux de participation au chiffre d'affaires et prévoyant que le chiffre d'affaires du mois précédent est toujours déterminant pour la calculation. Il a également transmis la fiche des salaires de juillet à décembre 2005.
22. Sur quoi la cause a été gardée à juger.

### **EN DROIT**

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ; RS E 2 05) en vigueur dès le 1<sup>er</sup> 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.

2. Interjeté dans les délais, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA).
3. L'objet du litige concerne le bien fondé du calcul effectué par l'intimé du gain assuré de la recourante.
4. a) À teneur de l'art. 23 al. 1<sup>er</sup> 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.

Selon l'art. 37 OACI, le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisations qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (al. 1). 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. 1<sup>er</sup> (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).

b) Par salaire normalement obtenu au sens de l'art. 23 al. 1<sup>er</sup> 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 C 155/06 du 3 août 2007, consid. 3.2).

Les indemnités versées notamment pour le travail de nuit et le travail le dimanche sont des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail au sens de l'art 23 al. 1 LACI (ATF du 26 juin 2006 C 139/2005).

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 (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 ; ATF du 26 juin 2006 C 139/2005).

---

5. a) En l'espèce, l'objet du litige est limité à la question de savoir, d'une part, de quelle manière la participation au chiffre d'affaire de l'entreprise doit être prise en compte dans le calcul du gain assuré et, d'autre part, si le montant de CHF 70.- par mois pour travail de nuit et le dimanche doit être inclus dans ledit gain, les autres éléments du calcul du gain assuré, soit la période de référence et les éléments du salaire à prendre en compte étant admis par les parties.

b) La Cour de céans constate, tout d'abord, qu'au vu de la définition du gain assuré susmentionné, c'est à juste titre que l'intimé n'a pas comptabilisé dans le calcul du gain assuré l'indemnité de la recourante pour le travail de nuit et le dimanche de CHF 70.- par mois (art. 23 al. 1 LACI et ATF du 26 juin 2006 précité).

c) L'intimé a ensuite considéré, sur la base d'un courrier de l'employeur du 18 décembre 2013 indiquant que « le montant versé pour le chiffre d'affaire correspond au mois précédent » que la participation mensuelle de la recourante au chiffre d'affaire correspondait à celle versée le mois suivant. Ainsi, la participation pour le mois de janvier 2013 était celle versée en février 2013.

A cet égard, saisi d'un litige sur l'interprétation d'un contrat, le juge doit tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties. Si, la volonté réelle des parties ne peut pas être établie, le juge doit interpréter les déclarations faites et les comportements selon la théorie de la confiance; il doit donc rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (on parle alors d'une interprétation objective). Le principe de la confiance permet ainsi d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 136 III 186 consid. 3.2.1 p. 188 et les arrêts cités ; ATF du 3 avril 2012 4D 21/2012).

En l'occurrence, le dernier avenant au contrat de travail de la recourante du 5 mai 2010 prévoit que le chiffre d'affaires du mois précédent est toujours déterminant pour la calculation du chiffre d'affaires. Il ne spécifie pas que la participation au chiffre d'affaires versée avec le salaire d'un mois correspond à une part du salaire du mois précédent. Au contraire, le contrat de travail du 29 juin 2005 prévoit que la participation au chiffre d'affaires des trois mois d'essai est forfaitaire (soit CHF 400.- par mois) et qu'elle sera recalculée ensuite sur la base du chiffre d'affaires réalisé pendant les trois premiers mois. Ainsi, la participation au chiffre d'affaires versée avec le salaire du quatrième mois de travail de la recourante, soit le mois d'octobre 2005, a-t-elle été calculée sur la base du chiffre d'affaire des trois mois précédents mais versée au titre de salaire du quatrième mois de travail et non pas au titre de salaire du troisième mois de travail puisqu'un montant forfaitaire de CHF 400.- était prévu pour les trois mois d'essai. La fiche des salaires 2005 transmise par l'employeur atteste d'ailleurs d'un montant forfaitaire de CHF 400.- versé en juillet, août et septembre 2005 puis d'une participation qui varie dès le mois d'octobre 2005 et qui se monte, pour ce mois-ci, à CHF 513,25.

L'interprétation du contrat faite par l'intimée ne saurait, dans ces conditions, être suivie. Au surplus, l'employeur a précisé le 16 janvier 2014 que la participation au chiffre d'affaire versée en février 2013 avait été calculée sur la base d'une participation au chiffre d'affaire totale de CHF 1'667,95 et réduit en fonction des seuls quatre jours travaillés en février 2013 ; partant, la participation au chiffre d'affaire, calculée selon le chiffre d'affaire réalisé en janvier 2013 et versée en février 2013, pour les quatre jours travaillés ce mois-ci, soit un montant de CHF 238,30, correspond bien au salaire de février 2013 et non pas de janvier 2013. L'intimé admet d'ailleurs que cette participation, si elle correspondait au salaire pour le mois de janvier 2013, aurait dû être de CHF 1'667,95 et non pas de CHF 238,30. Le courrier de l'employeur du 12 décembre 2013 ne saurait donner lieu à une interprétation contraire étant donné qu'il est peu explicite puisque l'employeur s'est contenté d'entourer les mots « oui » et « décembre 2012 » sur le courrier de l'intimée et qu'il est surtout contredit par celui, subséquent, du 16 janvier 2014 et le versement effectif de février 2013, réduit en proportion des jours travaillés durant ce même mois.

En conséquence, il convient de considérer que la participation versée par l'employeur en fin de mois correspond, selon l'interprétation qui doit être faite du contrat de travail de la recourante, au salaire du même mois même si, pour des raisons de calcul évidentes, elle est fondée, comme cela est prévu dans l'avenant du 5 mai 2010, sur le chiffre d'affaire du mois précédent.

Au vu de ce qui précède, le gain assuré doit être calculé comme suit en CHF :

	<b>Août 2012</b>	<b>Septembre 2012</b>	<b>Octobre 2012</b>	<b>Novembre 2012</b>	<b>Décembre 2012</b>	<b>Janvier 2013</b>
	2'170.-	2'170.-	2'170.-	2'170.-	2'170.-	2'170.-
	100.-	100.-	100.-	100.-	100.-	--
	49.-	49.-	49.-	--	--	--
	1'602,70	1'735,45	1'623,60	1'762,35	1'602,50	2'473,30
<b>Total</b>	<b>3'921,70</b>	<b>4'054,45</b>	<b>3'942,60</b>	<b>4'032,35</b>	<b>3'872,50</b>	<b>4'643,30</b>

En conséquence, le total des revenus d'août 2012 à janvier 2013 est de CHF 24'466,90, soit un revenu mensuel moyen, à 70 %, de CHF 4'077,80.

6. Au vu de ce qui précède, le recours sera partiellement admis, la décision litigieuse annulée et la cause sera renvoyée à l'intimée pour nouveau calcul de l'indemnité journalière due à la recourante, sur la base du revenu moyen précité.

**PAR CES MOTIFS,  
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

**Statuant**

**A la forme :**

1. Déclare le recours recevable.

**Au fond :**

2. L'admet partiellement.
3. Annule la décision de l'intimée du 19 décembre 2013.
4. Renvoie la cause à l'intimée pour nouvelle décision dans le sens des considérants.
5. Dit que la procédure est gratuite.
6. 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; RS 173.110); 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