

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1797/2009

ATAS/230/2010

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 8

du 18 février 2010

En la cause

Monsieur D_____, domicilié à Genève, représenté par la CAP PROTECTION JURIDIQUE recourant

Me Laurence FERRAZZINI

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, sise rue de Montbrillant 40 à Genève intimée

**Siégeant : Georges ZUFFEREY, Présidente; Luis ARIAS et Maria GOMEZ, Juges
assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur D_____ (ci-après le recourant) a été engagé par le Crédit X_____ SA en qualité de "Sales" Produits structurés le 1er août 2005.
2. Sa rémunération comprenait une part fixe de 140'000 fr. bruts par an, versée 13 fois, et une part variable consistant en un bonus de fin d'année.
3. Son contrat stipulait que ce bonus ne serait pas inférieur à 120'000 € bruts (payé en francs suisses selon les dispositions locales usuelles, et au cours de change du moment) la première année et serait payable au cours du 1er trimestre 2006.
4. En outre, le recourant était au bénéfice d'un Loyalty plan qui prévoyait notamment le versement d'une première prime de 12'076 € en avril 2008.
5. Le 16 octobre 2008, X_____ SA a licencié le recourant avec effet au 31 décembre 2008, en raison d'une restructuration.
6. X_____ SA s'est engagé, par ailleurs, à verser au recourant une indemnité de départ de 200'000 fr. brut, à bien plaisir et pour solde de tout compte.
7. En 2008, le recourant a perçu une rémunération brute de 743'112.17 fr..
8. Ce revenu comprenait notamment une rémunération variable de 546'502.17 fr. et une prime diverse de 19'005 fr..
9. La rémunération variable versée au mois de mars 2008 correspondait au bonus de l'année 2007. Durant toutes les années d'activité au service de X_____ SA, le recourant a perçu son bonus de l'année précédente durant le 1^{er} trimestre de l'année suivante.
10. Les revenus bruts, y compris les bonus, du recourant se sont élevés à 321'506 fr. en 2006, à 624'575 fr. en 2007 et 743'112.17 en 2008.
11. La prime diverse perçue en avril 2008, de 12'076 €, correspond à la prime relative au Loyalty plan.
12. Le 5 janvier 2009, le recourant s'est inscrit auprès de la Caisse Cantonale Genevoise de Chômage (ci-après le CCGCh.).
13. Par décision du 3 mars 2009, la CCGCh a reporté le droit aux indemnités de chômage du recourant au 1^{er} juin 2009, en raison des prestations volontaires versées par l'employeur au terme du contrat de travail. La CCGCh a calculé la durée du

report sur la base d'un salaire mensuel moyen du recourant de 14'800.35 fr.. Ce montant prend en compte le salaire mensuel et le 13^{ème} salaire (versé pour moitié en juin et le solde en décembre) ainsi qu'une indemnité maladie mensuelle de 300 fr.. En revanche, ce calcul ne prend pas en considération le bonus ainsi que la prime Loyalti Plan.

14. Le recourant a formé opposition, en date du 1^{er} avril 2009, à la décision du 3 mars 2009. Il contestait le montant retenu par la CCGCh à titre de revenu mensuel moyen et par conséquent la date prise en considération comme point de départ de son droit aux prestations de chômage. Le recourant relevait que son salaire avait été supérieur le premier semestre 2008 que le second semestre 2008, et qu'il fallait ainsi effectuer une moyenne de ses revenus basée sur les 12 derniers mois de cotisations. Ainsi, le salaire annuel moyen était de 743'112 fr. 17 (sans compter sa prime de départ de 200'000 fr.), soit un salaire mensuel moyen de 61'951 fr.. Le droit à l'indemnité devait ainsi être reporté de 1,2 mois en lieu et place des 5 mois retenus par la CCGCh.
15. Par décision sur opposition du 17 avril 2009, l'Office cantonal de l'emploi (ci-après l'OCE) a confirmé sa décision du 3 mars 2009. L'OCE relevait en particulier que les primes perçues par le recourant en mars et en avril 2008 étaient liées à l'exercice 2007. Elles ne pouvaient, dès lors, être intégrées dans le calcul de son salaire moyen qui d'ailleurs était établi sur la base des 12 derniers mois de cotisation.
16. Monsieur D _____ a, par acte du 20 mai 2009, recouru contre la décision sur opposition du 17 avril 2009 en concluant à son annulation et à la reconnaissance du droit à l'indemnité de chômage à compter du 5 février 2009.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 8 de la Loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (LOJ ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA ; RS 830.1) qui sont relatives à la Loi fédérale sur l'assurance-chômage 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.

1. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable.
2. A teneur de l'art. 23 al. 1 première phrase 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 de telles allocations ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail. 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; Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, ch. 302). 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 OACI, en relation avec l'art. 23 al. 1, dernière phrase, LACI). 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'alinéa 1 (art. 37 al. 2 OACI).

3. Aux termes de l'art. 11a al. 1 LACI, la perte de travail n'est pas prise en considération tant que des prestations volontaires versées par l'employeur couvrent la perte de revenu résultant de la résiliation des rapports de travail. Les prestations volontaires de l'employeur ne sont prises en compte que pour la part qui dépasse le montant maximum visé à l'art. 3, al. 2, à savoir 126'000 fr. (art. 11a al. 2, 23 al. 1 LACI et 22 al. 1 OLAA).
4. Le recourant a reçu une indemnité de départ de 200'000 fr. à bien plaisir et pour solde de tout compte. S'agissant de prestations volontaires de l'employeur, l'art. 11a al. 1 LACI prévoit que la perte de travail n'est pas prise en considération tant que les prestations volontaires versées par l'employeur couvrent la perte de revenu résultant de la résiliation des rapports de travail. Le principe selon lequel l'indemnité de départ constitue des prestations volontaires de l'employeur n'est pas contesté. En l'espèce, et sur la base des éléments précités, la prestation volontaire à prendre en considération s'élève à 74'000 fr., soit 200'000 fr. moins 126'000 fr., fait admis par les deux parties.
5. En revanche est litigieux le calcul du salaire mensuel moyen et de la prise en compte ou non de la rémunération variable correspondant au bonus 2007 versée au mois de mars 2008 et la prime Loyalti versée en avril 2008, soit durant la période de calcul du salaire moyen, et dès lors le report du droit à l'indemnité de chômage.
6. Dans un arrêt du 26 mai 2008 (8C_358/2007) le Tribunal fédéral a précisé « en matière de commissions ou de provisions, on applique aussi bien pour la détermination du gain intermédiaire que du gain assuré la règle selon laquelle un revenu est réputé avoir été réalisé au moment où l'assuré a fourni la prestation rémunératoire et non pas le moment de l'encaissement (ATF 122 V 367 consid. 5b p. 371 ; DTA 2003 no 24 p. 246 consid. 2 [arrêt C 269/02 du 23 janvier 2003] ; arrêt C 179/06 du 15 novembre 2006 consid. 4 et 5 ; ThomasNussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 2^{ème} éd., n. 365 p. 2287).

7. Le Tribunal fédéral précise encore dans ce même arrêt que « le principe de la survenance dans l'assurance chômage doit être compris en ce sens qu'un revenu est réputé réalisé au moment où l'assuré a fourni la prestation rémunératoire. »
8. En l'espèce, le contrat d'engagement prévoyait un bonus de fin d'année qui pouvait être versé en fonction des performances du collaborateur et de la Banque. Il sied de reconnaître qu'en l'occurrence ce bonus était fonction des résultats et des performances du collaborateur et de la banque sur l'exercice de l'année 2007 et que selon le principe de la survenance il y a lieu de considérer que ce revenu est réputé réalisé durant l'année 2007, même s'il n'est versé qu'en mars 2008. Le même raisonnement s'applique à la prime Loyalti qui a été versée en avril 2008 mais découlait également d'une activité déployée en 2007.
9. Le recours étant mal fondé sera rejeté et le recourant qui succombe sera condamné à un émolument fixé à 200 fr..

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable

Au fond :

2. Le rejette
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. 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

Le président

Aline MARC PELLANDA

Georges ZUFFEREY

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