RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1831/2003 **ATAS/169/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 23 mars 2004

1ère Chambre

En la cause

Madame M_____ recourante

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI intimé
Groupe réclamations
Case postale 3507, 1211 GENEVE 3

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mmes Karine STECK et Nicole DOURNOW, Juges

EN FAIT

1. Madame M_____ a travaillé depuis le 17 mars 1980 au service du groupe maritime X_____ SA. Elle recevait un salaire mensuel de base de 5'900 fr., un treizième salaire et une gratification annuelle.

2. Le 30 septembre 2002, son employeur l'a informée qu'il était dans l'obligation de résilier son contrat de travail avec effet au 31 décembre 2002, suite à une restructuration importante du groupe.

3. L'intéressée s'est inscrite auprès de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après OCE) et un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert dès le 1er janvier 2003.

4. X_____ SA lui a versé le 13 décembre 2002 une gratification pour l'année 2002 de 17'700 fr..

5. Se fondant sur des renseignements obtenus lors de deux entretiens téléphoniques avec l'employeur, desquels il ressortait que le montant de 17'700 fr. n'était accordé qu'à bien plaire, et représentait une indemnité de départ en raison des longs rapports de service de l'intéressée, la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la caisse) a établi le décompte du mois de janvier 2003 sur la base d'un gain assuré de 6'392 fr., soit le salaire mensuel de 5'900 fr. plus un douzième du treizième salaire.

6. L'assurée a contesté ledit décompte. Elle a adressé à la caisse une attestation établie le 30 janvier 2003 par Monsieur K_____, directeur de X_____ SA, aux termes de laquelle le montant de 17'700 fr. correspond bel et bien à une gratification. Monsieur K_____ a confirmé les termes de son attestation par téléphone, précisant au surplus que cette gratification était versée à bien plaire et que l'assurée s'était déjà vue accorder en 1998 et 1999 une gratification de 5'700 fr. et en 2000 et 2001 de 4'600 fr..

7. La caisse a dès lors rectifié son décompte du mois de janvier 2003 et fixé le montant du gain assuré à 6'775 fr., pour tenir compte d'une gratification de 4'600 fr..

8. Par décision du 24 mars 2003, la caisse a confirmé ce montant.

9. L'assurée a formé opposition le 11 avril à ladite décision, considérant que la gratification de 17'700 fr. devait être prise en considération, dans son intégralité.

10. Par décision du 29 août 2003, la caisse a rejeté l'opposition.

11. L'assurée a interjeté recours le 19 septembre contre ladite décision, elle « demande que l'intégralité des montants perçus en 2002, sur lesquels des cotisations AVS ont été prélevées, soit prise en considération pour le calcul du gain déterminant ».

12. Entendue le 9 mars 2004 par le Tribunal de céans, la recourante a précisé que le département au sein duquel elle travaillait avait été dissous et que la flotte appartenant à son employeur avait été vendue avec un important bénéfice, ce qui avait valu pour tous les employés licenciés de recevoir une gratification bien plus élevée que celles versées lors des années précédentes. Elle relève par ailleurs, s'agissant des entretiens téléphoniques que la caisse avait eus avec une collaboratrice de l'employeur, Madame A_____, que celle-ci n'était qu'une simple secrétaire dont les déclarations ne pouvaient être sérieusement prises en considération.

13. La recourante a produit notamment un extrait du compte individuel de cotisations, duquel il ressort que pour l'année 2002, un salaire de 94'400 fr. a été déclaré pour elle par X_____ SA à la caisse de compensation AVS.

14. La cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile, le recours est recevable (article 103 al. 3 de la loi fédérale sur l'assurance chômage du 25 juin 1982 – LACI).

2. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003 entraînant la modification de nombreuses dispositions légales. Elle est applicable au cas d'espèce, la décision litigieuse datant du 24 mars 2003.

3. Aux termes de l'art. 23 al. 1 LACI, est réputé gain assuré, le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence, y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement, dans la mesure où elles ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail.

4. 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). Il s'agit à cet égard d'éviter des accords abusifs selon lesquels les parties conviendraient d'un salaire fictif qui en réalité ne serait pas perçu par le travailleur. Entrent notamment dans le gain déterminant :

   - le salaire de base (au mois, à l'heure ou à la tâche) ;
   - les prestations en nature, au maximum jusqu'aux montants plafonds fixés dans l'AVS ;
   - le treizième mois salaire et la gratification si l'assuré les a effectivement touchés ou s'il a intenté une action judiciaire pour faire reconnaître des prétentions qu'il a rendues plausibles ;

5. Selon l'art. 5 LAVS, le salaire déterminant comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé.

6. L'art. 7 RAVS précise que le salaire déterminant comprend notamment

   - le salaire au temps, aux pièces (à la tâche) et à la prime, y compris les indemnités pour les heures supplémentaires, le travail de nuit et en remplacement ;
   - les allocations de résidence et de renchérissement ;
   - les gratifications, les primes de fidélité et au rendement.

7. Sous le titre « Période de référence pour le calcul du gain assuré », l'art. 37 OACI, édicté en exécution de l'art. 23 al. 1 LACI, a la teneur suivante :

   1. En règle générale est réputée période de référence pour le calcul du gain assuré, le dernier mois de cotisation (art. 11) avant le début du délai-cadre relatif à la période d'indemnisation (version en vigueur jusqu'au 31 mai 2002).
   2. Lorsqu'il y a un écart d'au moins 10 pour cent entre le salaire du dernier mois de cotisation et le salaire moyen des six derniers mois, le gain assuré est calculé d'après ce salaire moyen.
   3. Lorsque le résultat du calcul effectué sur la base des 1er et 2ème alinéas se révèle injuste pour l'assuré, la caisse peut se fonder sur une période de référence plus longue, mais au plus sur les douze derniers mois de cotisation.

8. En l'espèce, le Tribunal constate que l'employeur a déclaré à la caisse de compensation AVS, auprès de laquelle il est affilié, un salaire pour la recourante de 94'400 fr.. Il y a ainsi inclus, l'intégralité de la gratification accordée de

17'700 fr.. S'il avait entendu verser une indemnité de départ, laquelle n'est en principe pas soumise à cotisations AVS, il n'aurait pas manqué de le signaler. Il a au surplus établi une attestation le 30 janvier 2003 confirmant que le montant de 17'700 fr. représentait bel et bien une gratification.

9. Il est vrai que ladite gratification est sensiblement plus élevée que celles qui avaient été accordées les années précédentes. C'est pour ce motif que la caisse considère qu'il ne s'agit pas là d'un revenu réalisé « normalement » au sens de l'art. 23 al. 1 LACI. Or, il y a lieu de rappeler que cette gratification n'était versée par l'employeur qu'à bien plaire, et qu'elle dépendait des résultats obtenus par l'entreprise. En décembre 2002, l'employeur de la recourante a été en mesure de verser une gratification de 17'000 fr. du fait que l'entreprise avait réalisé un bénéfice important en vendant sa flotte.

10. Il se justifie en conséquence de retenir, à titre de gain assuré déterminant pour le calcul de l'indemnité de chômage, en plus du salaire de base et du douzième du treizième salaire, le douzième de la gratification de 17'700 fr..

* * *

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

conformément à la disposition transitoire de l'article 162 LOJ

A la forme :

1. Reçoit le recours ;

Au fond :

2. L'admet et annule les décisions du 24 mars et 29 août 2003 ;

3. Renvoye la cause à la caisse pour nouvelle décision au sens des considérants ;

4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière :	La présidente :
Marie-Louise QUELOZ	Doris WANGELER

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales et au secrétariat d'Etat à l'économie par le greffe