RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1953/2006 **ATAS/792/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 5

Du 13 septembre 2006

En la cause

Monsieur S_____, représenté par Maître GABIOUD Alexia, en l'Etude duquel il élit domicile	recourant

contre

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

Siégeant : Maya CRAMER, Présidente; Isabelle DUBOIS et Karine STECK, Juges

EN FAIT

1. Monsieur S_____ était employé en qualité de responsable d'exploitation du 1er mars 2004 au 30 juin 2005 auprès de la Société X_____ S.A. (ci-après: employeur) dont le but est l'exploitation d'établissements publics, dans les domaines de la restauration et de l'hôtellerie.

2. Dès le 1er juillet 2005, un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur par l'OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI (ci-après : OCE).

3. Le 27 juillet 2005, l'employeur a établi un certificat de salaire pour la déclaration d'impôts de l'assuré indiquant un salaire brut total de 66'234 fr. pour 2005.

4. Par courrier du 19 août 2005, l'employeur a communiqué à l'OCE avoir versé à l'assuré, à titre de "autres indemnités / 13ème" notamment les sommes suivantes :

Mars 2005	4'466 fr 60	2'000 à titre de prime Saint-Patrick Day du 17 mars 2005 2'466 fr. 60 participation sur chiffre d'affaire du mois de mars 2005
Avril 2005	3'002 fr. 30	Participation sur chiffre d'affaire mois d'avril 2005
Mai 2005	12'288 fr. 50	11'250 fr. solde vacances du 1er mars 2004 au 31 mai 2005
		958 fr. 50 participation sur chiffre d'affaire du mois de mai 2005
Juin 2005	7'500 fr.	Indemnité de départ

5. Dans ses décomptes du 2 septembre 2005, la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE (ci-après : la caisse) a fixé le gain assuré mensuel à 6'458 fr.

6. Par courrier du 28 septembre 2005, l'assuré, par l'intermédiaire de son conseil, a contesté le calcul du gain assuré.

7. Dans son décompte du 2 novembre 2005 afférant au mois d'octobre 2005, la caisse a admis un gain assuré mensuel de 7'530 fr.

8. Par courrier du 9 décembre 2005, l'assuré a sollicité une décision formelle concernant la fixation du gain assuré. Selon son calcul, le montant maximal légal du gain assuré de 8'900 fr. par mois devait être retenu. L'assuré a ainsi contesté également le gain assuré nouvellement fixé à 7'530 fr. par la caisse.

9. Par décision du 20 décembre 2005, la caisse a confirmé à l'assuré que le gain assuré était de 7'530 fr. par mois. Pour ce faire, elle a pris en considération, pour les mois de janvier et février 2005, un salaire mensuel de 5'000 fr., pour les mois de mars, avril et juin 2005 un salaire de 7'500 fr. et pour mai 2005 un salaire de 6'250 fr. A ces sommes, elle a ajouté les participations au chiffre d'affaires de 2'466 fr. 60 pour le mois de mars, de 3'002 fr. 30 pour le mois d'avril et de 958 fr. 50 pour le mois de mai.

10. Par courrier du 9 janvier 2006, l'assuré, représenté par son conseil, a formé opposition à cette décision en concluant à son annulation et à la fixation du gain assuré à la somme maximale légale de 8'900 fr. Il fait valoir qu'il a reçu pour le mois de mai 2005 un salaire de 7'500 fr. et non pas de 6'250 fr. A cet égard, l'assuré allègue que cette différence s'explique en raison du fait qu'il avait été licencié, dans un premier temps, dans le courant du mois de mai 2005, raison pour laquelle son ex-employeur ne lui avait versé qu'un salaire réduit. A la suite de l'intervention de son avocat, l'employeur a toutefois consenti de verser la différence de 1'250 fr. lors de la liquidation des rapports de travail au mois de juin 2005. La participation au chiffre d'affaires pour le mois de mai n'est par ailleurs pas de 958 fr., mais de 1'150 fr. Quant à l'indemnité de vacances, elle s'élève à 8'736 fr. 95. Au mois de juin, la participation au chiffre d'affaires était de 1'071 fr. 55. Il a par ailleurs reçu la somme de 3'755 fr. à titre de 13ème salaire et la somme de 2'000 fr. à titre de bonus pour la "St Patrick Day". L'assuré affirme qu'il ne s'agit pas d'une prime exceptionnelle, mais d'une participation au chiffre d'affaires prévue à l'occasion de certains événements particuliers, négociée entre les parties lors de la conclusion du contrat. Une telle participation lui avait déjà été versée aux mois de mai et juin 2004, à l'occasion des "fêtes australiennes". Son ex-employeur s'était engagé au paiement de ce bonus lors de la conclusion du contrat de travail, en raison du fait que le salaire de départ était relativement bas.

11. Le 2 février 2006, l'assuré a adressé à la caisse copie de la lettre de son ex-employeur du 30 janvier 2005 (recte 2006), par laquelle celui-ci confirme avoir versé les prestations salariales à l'assuré pour la période du 1er janvier au 30 juin 2005, selon décompte, fiches de salaire et récapitulation annexés.

12. Il résulte du document intitulé "Détail salaire brut 2005" signé par l'ex-employeur et joint au courrier précité, que l'assuré a touché un salaire brut de base pour 2005 de

40'000 fr. Pour le mois de mai, le salaire était de 7'500 fr. A titre de participation au chiffre d'affaires, ce document indique la somme de 7'690 fr. 45. Pour le mois de mai, cette participation est de 1'150 fr. En outre, ce document fait état du bonus St Patrick's Day de 2'000 fr., d'une indemnité de vacances de 8'736 fr. 95, d'un 13ème salaire de 3'750 fr. et d'une prime de départ de 3'750 fr.

13. Selon la feuille de salaire relative à l'année 2004 signée par l'ex-employeur et datée du 28 juillet 2005, une allocation de 1'500 fr. a été versée à l'assuré en mai 2004 et de 2'500 fr. en juin 2004.

14. Dans le document "Feuille de salaires" pour 2005, signé par l'ex-employeur et daté du 30 janvier 2006, celui-ci atteste les mêmes salaires et indemnités ressortant du document "Détail salaires brut 2005" précité. Le salaire AVS total pour cette année était de 65'927 fr. 40.

15. L'ex-employeur a également établi, à la date du 30 janvier 2006, des nouveaux décomptes de salaires pour les mois de janvier à juin 2005 faisant ressortir les mêmes montants que dans les documents précités.

16. Par décision sur opposition du 28 avril 2006, la caisse a rejeté celle-ci. Elle considère notamment que la prime spéciale de 2'000 fr., l'indemnité de vacances et l'indemnité de départ doivent être considérées comme primes exceptionnelles non prises en compte dans le gain assuré. Quant aux corrections apportées par l'assuré concernant le salaire de mai 2005, le chiffre d'affaires afférant au mois de mars 2005, ainsi que le 13ème salaire de 3'755 fr., la caisse les a écartées, dès lors que l'ex-employeur n'en avait pas fait mention dans sa lettre du 19 août 2005.

17. Par acte du 30 mai 2006, l'assuré, représenté par son conseil, interjette recours contre cette décision, en concluant à son annulation et à la fixation du gain assuré mensuel à 8'900 fr. Il établit son revenu mensuel moyen de janvier à juin 2005 à 10'809 fr. 30, en y incluant la gratification pour le St-Patrick Day, l'indemnité de vacances de 8'736 fr. 95, la somme de 1'250 fr. versée pour le mois de mai 2005, le montant de 1'071 fr. 55 à titre de participation au chiffre d'affaires pour le mois de juin 2005, le montant de 3'750 fr. versé en tant que 13ème salaire en juin 2005 et la prime de départ de 2'678 fr. 45 versée en ce même mois. Du document produit à l'appui de ses dires et intitulé "Détails salaire brut 2005", il résulte cependant que l'indemnité de vacances est de 9'808 fr. 50. Outre ses arguments précédents, le recourant allègue que le 13ème salaire est dû en vertu de l'art. 12 de la convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés entrée en vigueur le 1er octobre 1998 (ci après : CCNT), et que l'indemnité de départ doit être incluse dans le salaire déterminant en vertu de l'art. 7 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS).

18. Le 28 juin 2006, l'intimée se détermine sur le recours, en concluant à son rejet. Elle renvoie pour l'essentiel à sa décision sur opposition, tout en soulignant que les

modifications du salaire et des primes sur le chiffre d'affaires du mois de mai 2005 n'ont pas été mentionnées par l'employeur dans le courrier qu'il lui a adressé le 19 août 2005. Il n'y a en outre pas de preuves du versement effectif de ces sommes.

19. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 8 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.

3. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours doit être déclaré recevable (art. 60 et 61 LPGA par renvoi des art. 1 al. 1 LACI, et 89 B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA).

4. Le litige porte sur le calcul du gain assuré déterminant pour l'indemnité de chômage.

   a) Aux termes 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 elles ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail. Le montant maximum du gain assuré correspond à celui de l'assurance-accidents obligatoire (art. 23 al. 1 LACI, 2ème phrase). Par salaire normalement obtenu au sens de cette disposition, il faut entendre la rémunération touchée effectivement par l'assuré (ATF 128 V 190 consid. 3, 123 V 72 consid. 3; voir aussi

Thomas NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, ch. 302, p. 115 ss.). Ne font pas partie du gain assuré les indemnités versées pour les heures supplémentaires - dans leur acception étroite -, de même que les heures accomplies en sus de l'horaire habituel (cf. ATF 129 V 105; DTA 2003 no 18 p. 189). Quant aux indemnités de vacances perçues par l'assuré en sus du salaire horaire ou mensuel, elles doivent être comptées à titre de gain assuré dans le mois où il a effectivement pris des vacances (ATF 125 V 48 consid. 5; DTA 2000 no 7 p. 33).

b) Pour la détermination tant du gain intermédiaire que du gain assuré, on applique le principe selon lequel un revenu est réputé avoir été réalisé au moment où l'assuré a fourni la prestation de travail rémunératoire (ATF 122 V 371). C'est pourquoi, les gratifications doivent être imputées proportionnellement sur les autres mois de l'année pendant laquelle l'assuré a travaillé, de la même manière qu'un treizième salaire (ATF 122 V 366).

c) Quant aux prestations volontaires de l'employeur en cas de résiliation des rapports de travail, l'art. 11a LACI prescrit que la perte de travail n'est pas prise en considération tant que les prestations volontaires versées par l'employeur couvrent la perte de revenus résultant de la résiliation des rapports de travail. Selon l'al. 2 de cette disposition, les prestations volontaires de l'employeur ne sont prises en compte que pour la partie qui dépasse le montant maximum visé à l'art. 3 al. 2 LACI, lequel dispose que le montant maximum des cotisations correspond au gain mensuel assuré dans l'assurance-accidents obligatoire, soit à 106'800 fr. par an (art. 22 al. 1 de l'ordonnance sur l'assurance-accidents du 20 décembre 1982 - OLAA). Il résulte de cette disposition que le paiement de l'indemnité de chômage est retardé, lorsque l'indemnité de départ est importante (FF 2001 p. 2130). Dans l'hypothèse contraire, cette indemnité n'est pas prise en compte dans le calcul de la perte de gain.

5. En l'espèce est contesté en premier lieu le montant du salaire afférant au mois de mai, dès lors que l'ex-employeur n'a versé dans un premier temps qu'un salaire de 6'250 fr. pour ce mois. Toutefois, selon les allégations du recourant, l'employeur lui a versé postérieurement le montant manquant de 1'250 fr. Par ailleurs, celui-ci a confirmé par la suite que le salaire mensuel pour le mois de mai 2005 était bien de 7'500 fr. et non pas de 6'250 fr. De l'avis du Tribunal de céans, il paraît inconcevable que le salaire du recourant ait pu être réduit pour un mois, alors qu'il n'est pas contesté qu'il était de 7'500 fr. Ainsi convient-il de retenir que, selon la plus grande vraisemblance, le salaire afférant au mois de mai 2005 était de 7'500 fr., comme l'affirme le recourant.

6. S'agissant de la participation au chiffre d'affaires afférant au mois de mai 2005, l'employeur a déclaré, dans son courrier du 19 août 2005 à l'intimée, que celle-ci s'était élevée à 958 fr. 50. Parallèlement, il a indiqué dans cette missive que

l'indemnité de vacances était de 11'250 fr. Dans les documents annexés au courrier adressé au conseil du recourant en date du 30 janvier 2006, il a fait état d'une participation au chiffre d'affaires de 1'150 fr. pour mai 2005 et de 1'071 fr. 55 pour juin 2005, tout en mentionnant, à titre d'indemnité de vacances, la somme de 8'736 fr. 95. Enfin, dans les documents produits devant le Tribunal de céans, les montants de la participation au chiffre d'affaires restent identiques, mais l'indemnité de vacances s'élève à 9'808 fr. 50. Des différents documents fournis par l'employeur, il appert donc que celui-ci a considérablement varié dans la ventilation des sommes payées au recourant en 2005. Toutefois, la totalité de celles-ci reste identique, soit de 65'927 fr. 40.

a) De l'avis du Tribunal de céans, l'indemnité de vacances indiquée par l'ex-employeur dans son courrier du 19 août 2005 paraît manifestement trop élevée, en tenant compte d'un salaire brut AVS réalisé en 2004, avec toutes les gratifications, de 53'500 fr., selon la feuille de salaire envoyée au conseil du recourant par l'ex-employeur en annexe de son courrier du 30 janvier 2006. Ce salaire correspond à un salaire annuel de 64'200 fr., étant précisé que le recourant n'avait commencé à travailler pour l'employeur qu'en mars 2004. Dans la mesure où son droit de vacances est de 4 semaines par an, selon la CCNT, il s'élève pour 10 mois à 23,3 jours (28 jours : 12 x 10). Ainsi, l'indemnité de vacances pour 2004 peut s'élever, tout au plus, à 4'098 fr. 20. Pour les mois de janvier à juin 2005, l'employeur a déclaré un salaire brut total de 66'234 fr. L'indemnité de vacances afférant à 2005 ne peut dès lors s'élever qu'au maximum à 5'081 fr. (66'234 x 2 = 132'468 : 365 x 14). Le total de l'indemnité de vacances pourrait donc être d'au maximum 9'179 fr. Toutefois, dans la mesure où le 13ème salaire et les gratifications ne font pas partie du calcul de celle-ci, le montant est encore moindre.

De ce qui précède résulte que, dans la ventilation des sommes payées au recourant par l'employeur, celui-ci a surévalué l'indemnité de vacances mentionnée dans son courrier du 19 août 2005. Le montant de 8'736 fr. 95 articulé par la suite à ce titre est plus proche de la réalité et doit dès lors être retenu.

Toutefois, en vertu de la jurisprudence précitée, cette indemnité de vacances ne fait pas partie du gain assuré, dès lors que le recourant n'a pas pris des vacances pendant la période de cotisation.

b) L'indemnité de vacances étant moins élevée qu'indiqué précédemment, il paraît hautement vraisemblable que la participation au chiffre d'affaires pour le mois de mai 2005 est de 1'150 fr., et non pas de 958 fr. 50, la somme globale versée au recourant étant restée identique.

c) Le recourant fait également valoir, dans la procédure d'opposition, avoir touché un 13ème salaire de 3'750 fr. pour 2005, ainsi qu'une indemnité de départ du même montant. Cependant, dans son recours, il se prévaut d'une indemnité de départ de

seulement 2'678 fr. 45. Par ailleurs, l'employeur a déclaré à la caisse initialement, par son courrier du 19 août 2005, que la somme de 7'500 fr. versée en juin 2006 en plus du salaire, constituait une indemnité de départ dans son intégralité, sans faire référence à un 13ème salaire.

En l'absence d'un contrat écrit, il y a lieu de se référer, quant au calcul du 13ème salaire, à la CCNT, étant précisé que l'employeur et le recourant y étaient soumis, s'agissant d'une société qui a pour but l'exploitation d'établissements publics dans les domaines de la restauration et de l'hôtellerie. Selon l'art. 12 de la CCNT, le 13ème salaire est, depuis 2003, de 50% du salaire mensuel brut dès le 7ème mois, de 75% dès la 2ème année et de 100% dès la 3ème année. Il résulte de ces dispositions que le recourant, qui a commencé en mars 2004 à travailler pour l'employeur, a droit, au pro rata, pour les mois de janvier et février 2005 à 50% d'un salaire mensuel brut. Pendant ces mois son salaire était de 5'000 fr. par mois. Le 13ème salaire y afférant est par conséquent de 416 fr. 70 (5'000 fr. : 12 mois x 2 mois x 50%). De mars à juin 2005, il a droit à 75% d'un salaire mensuel brut. Dans la mesure où il avait réalisé de mars à juin un salaire de base de 30'000 fr. (7'500 x 4) et une participation au chiffre d'affaires de 7'690 fr. 45, le salaire mensuel afférent ces 4 mois est de 9'422 fr. 60 (37'690 fr. 45 : 4 mois). Le 13ème salaire calculé selon la CCNT pour mars à juin 2005, s'établit ainsi à 2'355 fr. 60 (9'422 fr. 60 : 12 mois x 4 mois x 75%). Le total du 13ème salaire est par conséquent de 2'772 fr. 30 (2'355 fr. 60 + 416 fr. 70).

Ce montant est à inclure dans le gain intermédiaire, selon ce qui est exposé ci-dessus.

d) Quant au bonus de 2'000 fr., il y a lieu de le considérer comme une gratification exceptionnelle. Il n'est pas versé régulièrement et il n'est pas établi qu'il a été convenu dans le contrat de travail oral. Par conséquent, les conditions de l'art. 23 al. 1 LACI ne sont pas remplies pour l'inclure dans le calcul du gain assuré.

e) Enfin, concernant l'indemnité de départ, l'employeur a aussi varié dans ses déclarations. Toutefois, en admettant que l'employeur a versé pour juin 2005 au total la somme de 24'808 fr. 50, selon le document annexé à son courrier du 30 janvier 2006, que le salaire mensuel brut était de 7'500 fr., la participation au chiffre d'affaires pour juin 2005 de 1'071 fr. 50, l'indemnité de vacances 8'736 fr. 95 et le 13ème salaire de 2'772 fr. 30, il convient d'admettre que l'indemnité de départ est de 4'727 fr. 75. Cette indemnité ne fait pas partie du gain assuré, conformément à l'art. 11a LACI.

f) Le gain assuré s'établit ainsi pour les 6 premiers mois de 2005 par l'addition du salaire brut de base de 40'000 fr., les participations au chiffre d'affaires de 7'690 fr. 45, et le 13ème salaire de 2'772 fr. 30. Le total de ces sommes est de 50'462 fr. 75.

7. En vertu de l'art. 37 al. 1 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (OACI), le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des 6 derniers mois de cotisations qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation. L'al. 2 de cette disposition précise qu'il est déterminé sur la base du salaire moyen des 12 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.

   En l'occurrence, le calcul du gain assuré sur la base du salaire moyen des 6 derniers mois est à l'évidence plus favorable au recourant. Par conséquent, il y a lieu de retenir la moyenne des salaires réalisés de janvier à juin 2005, soit la somme de 8'410 fr. en chiffres ronds (50'462 fr. 75 : 6).

8. Cela étant, le recours sera partiellement admis et la cause renvoyée à l'intimée pour le calcul des indemnités journalières sur la base d'un gain mensuel assuré de 8'410 fr.

9. Le recourant obtenant partiellement gain de cause, une indemnité de 800 fr. lui est octroyée à titre de dépens.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.

3. Annule la décision de l'intimée du 28 avril 2006.

4. Octroie au recourant des indemnités journalières de chômage sur la base d'un gain mensuel assuré de 8'410 fr.

5. Renvoie la cause à l'intimée pour le calcul de l'indemnité de chômage.

6. La condamne à verser au recourant une indemnité de 800 fr. à titre de dépens.

7. Dit que la procédure est gratuite.

8. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par plis 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 :

Sylvie CHAMOUX | Maya CRAMER

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