RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2021/2004 **ATAS/190/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

2ème chambre

du 15 mars 2005

En la cause

Monsieur M_____, M_____ recourant

contre

CAISSE DE CHÔMAGE DU SIT, 16 rue des Chaudronniers à Genève intimée

Siégeant : Mme Isabelle DUBOIS, Présidente, Mmes Doris WANGELER et Karine STECK, Juges

EN FAIT

1. Monsieur M_____ (ci-après le recourant) a travaillé comme responsable technique (poste de « facility manager ») dans l'entreprise X_____ AG basée à GUMLINGEN (BE) (ci-après l'employeur), du 1er juillet 2001 au 31 mai 2004.

   Selon le contrat de travail et les « règles régissant les rapports de travail », son salaire mensuel brut était de 6'500 fr. plus 150 fr. de frais de repas (appelés aussi « frais de séjour fixe »). Un 13ème salaire était payable au mois de novembre. A cela s'ajoutaient, suivant les mois, le versement d'heures supplémentaires, et une indemnité pour service de « piquet ». Les frais supplémentaires tels que frais de déplacement ou de voyage étaient remboursés sur présentation d'un décompte. Le contrat prévoyait que les heures supplémentaires correspondaient au dépassement du travail hebdomadaire de 42 heures et qu'elles n'étaient payées que si elles ne pouvaient pas être récupérées dans les 90 jours (chiffres 5.2 et ss des « règles régissant les rapports de travail » ; ci-après les règles).

2. Le recourant s'est inscrit à la CAISSE DE CHÔMAGE SIT (ci-après la Caisse) le 1er juin 2004 et un droit aux indemnités lui a été reconnu dès cette date.

3. Un décompte d'indemnités daté du 14 juillet 2004 concernant le mois de juin 2004 fixait son gain assuré à 7'042 fr.

4. Le recourant a formé opposition le 27 juillet 2004 contestant le montant du gain assuré. A l'appui de son opposition, le recourant a annexé ses fiches de salaire à partir du mois de juin 2003. Il en ressort qu'il a perçu chaque mois des frais de séjour fixes de 150 fr. (soit des frais de repas). En août 2003, il a perçu le paiement d'heures supplémentaires d'un montant de 312 fr. 25, de piquet pour 370 fr., d'indemnités piquet y compris téléphone pour 789 fr., et de frais de déplacement et repas piquet pour 26 fr. En octobre 2003, il a perçu 2'722 fr. 85 au titre du versement d'heures supplémentaires, 2'835 fr. pour « piquet », 1'130 fr. pour « indemnité piquet y compris téléphone », 325 fr. pour « frais de déplacement et repas piquet ». Au mois de novembre 2003, il a perçu 107 fr. 15 au titre du versement d'heures supplémentaires, 400 fr. au titre de « piquet », 250 fr. au titre « d'indemnité piquet y compris téléphone », et 13 fr. pour les « frais de déplacement et repas piquet ». En décembre 2003, le recourant a perçu 340 fr. au titre de « piquet », et 50 fr. au titre « d'indemnité piquet y compris téléphone ». Enfin, en mai 2004, il a perçu 2'900 fr. au titre de « piquet ».

5. Par décision du 24 août 2004, la Caisse a déterminé le montant du gain assuré du recourant à 7'117 fr. par mois, correspondant au revenu qu'il tirait de son activité professionnelle antérieure.

La Caisse a expliqué qu'elle n'avait pas pu prendre en compte tous les versements de l'employeur, mais seulement le salaire brut nominal pour un plein temps, soit 6'500 fr., plus le 13ème salaire (soit 6'500/12 = 541 fr. 65 par mois) et une prime de 150 fr. pour les frais de repas, laquelle a été prise en compte parce qu'elle figurait sur le contrat et avait été payée jusqu'en novembre 2003, indépendamment de son activité. La Caisse a exposé avoir procédé à une moyenne sur douze mois, soit 6 mois à 6'500 fr. + 561 fr. 65 + 150 fr. = 43'149 fr. 90 (7'191 fr. 65 x 6) et six mois à 6'500 fr. + 561 fr. 65 = 42'249 fr. 90 (7'041 fr. 65 x 6), soit un revenu annuel de 85'399 fr. 80, ce qui représente un gain assuré de 7'117 fr. par mois.

Par ailleurs, la Caisse recommandait au recourant de s'adresser à son ancien employeur pour recouvrer le paiement de la prime pour frais de repas des six derniers mois, cette prime faisant partie intégrante du contrat de travail. Selon la Caisse, ces 900 fr. complémentaires pourraient être pris en compte dans le calcul du gain assuré une fois perçus par le recourant.

6. Le recourant a formé opposition le 24 août 2004. Il a fait valoir que son revenu mensuel se composait invariablement de son salaire de 6'500 fr. et de 150 fr. de frais de repas prévus par son contrat de travail, et qu'il fallait y ajouter un montant variable découlant d'un service de permanence dit de « piquet », indépendant des primes et remboursement de frais, soumis à cotisations AVS et imposable. L'ensemble de ces revenus constituait son gain assuré.

7. Par décision sur opposition du 13 septembre 2004, la Caisse a confirmé sa décision du 24 août 2004 et maintenu le gain assuré à 7'117 fr. par mois dès le 1er juin 2004.

8. Dans son recours du 22 septembre 2004, le recourant a contesté le montant de son gain assuré et expliqué qu'il percevait 520 fr. supplémentaires par semaine de permanence, 35 fr. 71 par heure d'intervention, 60 centimes par kilomètre effectués et le remboursement d'autres frais sur quittance. Sa feuille de paie se composait d'un salaire mensuel de 6'500 fr., de frais de séjour fixe de 150 fr., du versement d'une indemnité pour heures supplémentaires, d'indemnités pour piquet et de frais de déplacement. Il a notamment fait remarquer que la totalité de ses gains était soumise à cotisation AVS et composait son revenu imposable.

9. Dans sa réponse du 9 novembre 2004, la Caisse a maintenu sa décision et repris ses explications du 24 août 2004.

10. Le Tribunal de céans a ordonné la comparution personnelle des parties, qui s'est tenue le 30 novembre 2004. Le recourant a déclaré que son travail de responsable technique consistait à veiller à la sécurité des bâtiments, gérer les travaux de rénovation et à s'occuper de la maintenance des appareils de climatisation. Sur sa fiche de salaire, apparaissait la rubrique « versement d'heures supplémentaires ». Il a expliqué qu'il s'agissait d'heures consacrées à des travaux supplémentaires pour des locataires du bâtiment, non payées, mais restituées « en nature », et qu'il ne

s'agissait donc pas à proprement parler d'heures supplémentaires. Pour ce qui concernait les frais de piquet, il s'agissait d'un montant versé à titre d'indemnité qui compensait l'obligation de rester en permanence à disposition de l'entreprise, en dehors des périodes de vacances.

La Caisse a exposé que la prise en compte du poste « frais de séjour fixe » de 150 fr. par mois n'était pas contestée, mais qu'il n'avait été comptabilisé pour le calcul du gain assuré que dans la mesure où il avait été versé. S'agissant des frais de piquet, la Caisse a expliqué qu'il y avait de nouvelles directives et qu'ils pourraient être pris en compte s'ils étaient liés au poste de travail. Elle se référait à ce sujet au bulletin SECO MT/AC 2004/3 fiche 12.

Le recourant a confirmé que son poste impliquait qu'il reste à disposition de l'employeur, se référant à la description du poste établie par Mme M_____ de l'agence de Genève, figurant au dossier.

11. Par pli du 2 décembre 2004, le recourant a produit un planning indiquant qu'il était de « piquet X_____ AG ANNEE 2003 », et de « piquet X_____ AG CENTER de janvier 2001 à décembre 2002 », ainsi qu'une « description du poste » de « facility manager » daté du 26 juillet 2001, indiquant notamment que le recourant devait participer à un service de piquet. Le recourant avait ajouté à la main qu'il était responsable de la permanence 24 heures sur 24, de la planification et de la gestion. A ce propos, le recourant a expliqué que le document devait être modifié au moment de sa signature, mais ne l'avait pas été par la suite.

12. Suite à une demande de renseignement du Tribunal de céans, l'employeur a expliqué par pli du 15 décembre 2004 que « le poste de piquet était une activité inhérente au poste de « facility manager » et était de ce fait obligatoire, régulière et rémunérée ».

13. Après transmission de ce document aux parties le 20 décembre 2004, 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.

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'article 56 LPGA qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982. Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. Interjeté dans les délai et forme légaux, le recours est recevable (art. 56 et 60 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA – RS 830.1) et 49 al. 2 de la loi genevoise en matière de chômage (RSG J 2 20).

3. La question à trancher en l'espèce est de savoir comment calculer le gain assuré compte tenu des indemnités perçues par le recourant.

4. Aux termes de la loi 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 (art. 23 LACI). Par ailleurs, l'ordonnance prévoit que le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (art. 37 al. 1 OACI). 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).

Le salaire déterminant au sens de l'AVS comprend notamment le salaire proprement dit, les allocations de renchérissement et de résidence, les gratifications, les primes de fidélité et au rendement, les provisions et le commissions, les tantièmes (cf. art. 7 du règlement de l'assurance vieillesse et survivants - RAVS).

Suivant le Secrétariat d'Etat à l'économie (cf. Bulletin MT/AC 2004/3 fiche 12), est déterminant, en règle générale, le salaire convenu contractuellement pour autant que l'assuré l'ait effectivement touché.

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 13ème mois de 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 ; les commissions ; les allocations convenues contractuellement comme, par exemple, les allocations de résidence et de renchérissement ; les suppléments pour travail de nuit, travail posté, 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.

N'entrent pas dans le gain déterminant : les heures supplémentaires dépassant le temps de travail normal dans l'entreprise ; les suppléments pour autres inconvénients liés au travail, par ex. primes de chantier ou de travail salissant convenues contractuellement ; les primes de fidélité ; les indemnités de frais ; les allocations familiales et de ménage ; si l'assuré est payé à l'heure, les allocations de vacances et pour jours fériés incluses dans le salaire horaire ne sont pas prises en compte. En revanche, si ce même travailleur a pris des vacances dans la période de référence, l'indemnité de vacances peut être prise en compte dans les limites du droit aux vacances acquis ou légal. Il en va de même pour les jours fériés tombant dans la période de référence.

5. En l'espèce, la Caisse a pris en compte dans le calcul du gain assuré du recourant son salaire brut nominal, le 13ème salaire, ainsi qu'une prime de 150 fr. pour les frais de repas durant six mois, représentant 7'117 fr. par mois.

   Le recourant a demandé à ce qu'il soit tenu compte également du versement d'une indemnité pour heures supplémentaires, pour piquet et frais de déplacement.

   S'agissant des frais de repas, la Caisse en a tenu compte dans le calcul du gain assuré et ce point n'est pas litigieux, sauf pour ce qui concerne les frais afférents aux mois de décembre 2003 à mai 2004. Pour ces mois, les frais de repas doivent également être intégrés au gain assuré, car d'une part il s'agit de frais fixes dus chaque mois, d'autre part ils font l'objet d'une procédure pendante au Tribunal des Prud'hommes.

   Concernant les heures supplémentaires, bien que prévues contractuellement (chiffre 5.2 et ss. des règles), elles ne font pas partie du gain déterminant en application des directives du SECO précitées (cf. Bulletin MT/AC 2004/3 fiche 12) et doivent être considérées comme une simple indemnité pour inconvénient de travail. Il faut d'ailleurs relever que ces mêmes règles prévoyaient leur remboursement que si elles ne pouvaient être récupérées en nature.

   Pour ce qui est des frais de piquet, leur remboursement est prévu contractuellement (cf. chiffres 17 à 20 des règles prévoyant une indemnisation des collaborateurs de garde et d'intervention dans le cadre d'un mandat CREDIT SUISSE, mandats WINTERTHUR et ABB). L'employeur a également précisé le 15 décembre 2004 qu'il s'agissait d'une activité inhérente au poste de « facility manager » et était de

ce fait obligatoire, régulière et rémunérée. Le SECO (cf. Bulletin MT/AC 2004/3 fiche 12) prévoit que, dans ces conditions, ces frais font partie du gain déterminant. Ils font donc partie du salaire déterminant au sens de l'art. 7 RAVS.

Concernant les frais de déplacement, il s'agit « d'indemnité de frais » comme susmentionné (cf. Bulletin SECO MT/AC 2004/3 fiche 12) qui n'entrent pas dans le gain déterminant.

En résumé, font partie du salaire déterminant et doivent être pris en compte pour le calcul du gain assuré, les frais de séjour fixe et les frais de piquet.

6. Au vu de ce qui précède, le recours est admis et la cause est renvoyée à la Caisse pour nouveau calcul du gain assuré.

***

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 dont est recours et renvoie la cause à la Caisse de chômage du SIT pour nouveau calcul du gain assuré dans le sens des considérants.

4. Dit que la procédure est gratuite.

5. 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).

Le greffier:	La Présidente :
Pierre Ries	Isabelle DUBOIS

Le secrétaire-juriste :
Alain ACHER

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