

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/298/2016

ATAS/928/2016

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 10 novembre 2016

3^{ème} Chambre

En la cause

Madame A _____, domiciliée c/o Monsieur B _____, à GENÈVE recourante

contre

UNIA CAISSE DE CHÔMAGE, centre de compétences F-CH-
Centre, sise rue Necker 17, GENÈVE intimée

**Siégeant : Karine STECK, Présidente; Michael BIOT et Claudiane CORTHAY, Juges
assesseurs**

EN FAIT

1. Madame A_____ (ci-après : l'assurée), née en 1972, a travaillé comme vendeuse pour la filiale genevoise C_____ (ci-après : l'ancien employeur ou l'ex-employeur) à compter du 7 octobre 2011. Initialement rémunérée sur la base d'un salaire-horaire, elle a bénéficié dès le 1^{er} février 2014 d'un salaire fixe de CHF 3'600.- bruts par mois, pour un horaire hebdomadaire de travail de 42 heures.
2. L'assurée a été licenciée le 22 janvier 2015 pour le 31 mars 2015, terme reporté au 30 juin 2015 en raison d'une incapacité de travail survenue pendant le délai de congé.
3. Le 14 juillet 2015, l'assurée s'est annoncée auprès d'Unia caisse de chômage (ci-après : la caisse), en vue d'obtenir l'indemnité de chômage dès le 1^{er} juillet 2015. Un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur dès cette date et des décomptes d'indemnités de chômage ont été établis, sur la base d'un gain assuré de CHF 3'974.-.
4. Par courrier du 8 septembre 2015, l'assurée a invité la caisse à recalculer le montant de ses indemnités de chômage.
5. Par décision du 6 novembre 2015, la caisse a fixé le gain assuré à CHF 3'794.- en se fondant sur la moyenne des douze derniers mois précédant le droit à l'indemnité de chômage, jugée plus avantageuse que la moyenne des six derniers mois (CHF 3'655.-).

Dans son calcul du gain assuré, la caisse a tenu compte des éléments suivants :

- pour la période de juillet à décembre 2014 : salaire de CHF 3'600.-, gratification de CHF 300.- et remboursements de trajets ;
- pour la période de janvier à juin 2015 : salaire de base de CHF 3'660.- et remboursements de trajets.

Par ailleurs, à la demande de l'assurée, la caisse a étudié la possibilité de décaler la période de calcul de juillet 2013 à juin 2014 pour tenir compte du fait que, jusqu'en janvier 2014, l'intéressée avait été rémunérée sur la base d'un salaire-horaire. Entre juillet 2013 et juin 2014, le gain mensuel moyen de l'assurée s'était élevé à CHF 3'498.-, soit un montant inférieur à celui retenu (CHF 3'794.-).

6. Le 11 novembre 2015, l'assurée s'est opposée à cette décision en reprochant à la caisse de s'être fondée uniquement sur ses contrats de travail, qui ne faisaient pas mention des heures travaillées la nuit, le week-end et les jours fériés. Elle s'est référée à ses certificats de salaire, attestant de CHF 48'962.- de revenus bruts en 2013 et CHF 59'995.- en 2014.
7. Par courriel du 23 novembre 2015, la caisse a requis de l'ex-employeur de l'assurée des informations complémentaires quant aux indemnités de déplacements et au salaire prévu en cas de travail le dimanche.
8. L'ancien employeur a répondu le 9 décembre 2015, que :

- ses collaborateurs devaient se déclarer prêts à travailler le dimanche au maximum deux fois par mois ; dans les succursales ouvertes les jours fériés, ils étaient tenus d'accepter de travailler en moyenne un jour férié sur deux ;
 - les heures travaillées le dimanche et les remboursements de trajets étaient payés si la journée de travail était planifiée et que les employés devaient s'absenter (vacances, maladie ou autres motifs) ;
 - selon la convention collective du commerce de détail, le travail dominical donnait lieu à un supplément de salaire de 50% ou à une compensation en temps libre de 50% ; en l'occurrence, lorsque l'assurée avait travaillé le dimanche, elle s'était vu accorder un congé pour un autre jour de la semaine ;
 - selon le règlement du personnel, les primes pour le travail accompli en soirée et les dimanches / jours fériés s'élevaient à CHF 1.-, respectivement CHF 5.- par heure ; le travail de nuit donnait droit à 10% de repos supplémentaire ; l'indemnité de déplacement s'élevait à CHF 15.- par soirée jusqu'à 24h ou avant 5h ; la rémunération des heures dominicales et les remboursements de trajet étaient versés pour le mois précédent.
9. Par décision du 15 décembre 2015, la caisse a admis l'opposition, annulé sa décision du 6 novembre 2015 et fixé le gain assuré à CHF 4'043.- à compter du 1^{er} juillet 2015.

La caisse a accepté de tenir compte, dans le calcul du gain assuré, du salaire de base et du « treizième salaire » versé en 2015, de la gratification versée en 2014 et du supplément versé pour les heures dominicales. En revanche, elle a refusé de prendre en considération les indemnités de déplacements et les heures supplémentaires.

En recalculant le gain assuré sur la base des six derniers mois, respectivement des douze derniers mois précédant l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation, on obtenait des gains mensuels moyens de CHF 4'043.- et de CHF 4'009.-, alors qu'en décalant la période de référence de juillet 2013 à juin 2014, cette moyenne était plus faible (CHF 3'938.-).

La caisse a retenu le gain assuré le plus favorable à l'assurée, c'est-à-dire celui de CHF 4'043.-, calculé sur la base des six derniers mois de cotisations.

10. Par acte du 26 janvier 2016, l'assurée a interjeté recours contre cette décision en concluant, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de la décision sur opposition du 15 décembre 2015 et à ce que son gain assuré soit fixé à CHF 4'209.40.

La recourante sollicite une « réévaluation » de son gain assuré à CHF 4'209.40 sur la base de ses douze dernières fiches de salaire. Elle précise qu'en se fondant sur les six dernières, on parvient à une moyenne inférieure, soit CHF 4'148.80.

11. Interrogé par l'intimée, l'ex-employeur a précisé en date 9 février 2016 avoir calculé la « gratification / 13^{ème} salaire » au prorata du salaire.

12. Invitée par la chambre de céans à se déterminer, l'intimée, dans sa réponse du 12 février 2016, a conclu au rejet du recours, en se référant à la motivation de la décision litigieuse.
13. Cette écriture a été transmise pour information à la recourante le 17 février 2016, laquelle n'a pas répliqué.
14. 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 - E 2 05) en vigueur depuis le 1^{er} 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 forme et délai légaux, compte tenu de la suspension des délais du 18 décembre 2014 au 2 janvier 2015, le recours est recevable (art. 62 al. 1 et 89C de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA-GE - E 5 10 ; art. 38 al. 4 et 60 al. 1 LPGA).
3. Le litige porte sur le montant du gain assuré déterminant pour la fixation de l'indemnité journalière de chômage de la recourante.
4. À teneur 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.

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 de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité [OACI]). 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^{er} (art. 37 al. 2 OACI).

Le salaire pris en considération comme gain assuré se rapproche de la notion de salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS, mais ne se recouvre pas exactement avec celui-ci, comme cela ressort du terme "normalement" ("normalerweise"; "normalmente") utilisé à l'art. 23 al. 1 LACI (Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 8 ad art. 23 LACI). Certains montants perçus par le salarié, certes soumis à cotisation, n'entrent pas

dans la fixation du gain assuré. Il en va ainsi notamment de la rémunération des heures supplémentaires (ATF 129 V 105), de l'indemnité de vacances (à certaines conditions: ATF 130 V 492 consid. 4.2.4), des gains accessoires (art. 23 al. 3 LACI; ATF 129 V 105 consid. 3.2 ; 126 V 207) ou des indemnités pour inconvénients liés aux travail ou en raison de frais occasionnés par le travail (art. 23 al. 1, 1^{ère} phrase, LACI ; DTA 1992 n. 14 p. 140 [C 13/92] consid. 2b).

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). 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 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 99/03 du 30 mars 2004 consid. 4).

Par heures supplémentaires exclues du calcul du gain assuré, il y a lieu de comprendre non seulement les heures supplémentaires ("Überzeit") au sens des art. 12 et 13 de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (loi sur le travail [LTr] - RS 822.11), mais également les heures effectuées en sus de l'horaire habituel ("Überstunde"). Par temps de travail accompli en sus de l'horaire habituel, il faut comprendre l'activité accomplie en plus de la durée de travail en vigueur dans l'entreprise ou habituelle dans la branche, telle qu'elle a été fixée par le contrat individuel de travail ou la convention collective. Tant les rémunérations perçues dans l'accomplissement d'heures supplémentaires que les gains réalisés au cours d'heures effectuées en sus de l'horaire habituel ne constituent pas un salaire obtenu "normalement" au sens de l'art. 23 al. 1 LACI (ATF 129 V 105 consid. 3; ATF 116 II 69 consid. 4a ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_479/2014 du 3 juillet 2015 consid. 5.1).

5. Par gratification, il faut entendre, selon l'art. 322d CO, une rétribution spéciale accordée en sus du salaire par l'employeur à certaines occasions, telles que Noël ou la fin de l'exercice annuel. En cas d'extinction des rapports de travail avant l'occasion qui donne lieu à la rétribution spéciale, le travailleur n'a droit à une part proportionnelle de cette rétribution que s'il en a été convenu ainsi (art. 322 al.2 CO). Une gratification fixée d'avance qui présente les caractéristiques d'une partie du salaire n'est pas soumise à cette disposition ; en cas d'extinction des rapports de travail avant son échéance, la gratification doit être payée proportionnellement à la durée des rapports de travail (ATF 109 II 447; ATF 122 V 362).

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 (art. 23 LACI, en relation avec les art. 5 al. 2 LAVS et 7 let. b et c RAVS; ATF 122 V 363 consid. 3 et les références).

Pour la détermination du gain intermédiaire, comme pour le calcul du gain assuré, on applique en règle ordinaire 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 consid. 5b; DTA 2003 n° 24 p. 246 consid. 2). C'est pourquoi, par exemple, les gratifications, allocations de renchérissement et primes de fidélité et de rendement doivent être imputées proportionnellement sur les autres mois de l'année pendant laquelle l'assuré a travaillé, de la même manière qu'un 13ème salaire (ATF 122 V 366 consid. 4d; cf. également DTA 1988 n° 15 p. 120 consid. 4).

6. Selon l'art. 3.1 du règlement du personnel de l'ex-employeur de la recourante, la durée normale du travail est de 42 heures en moyenne par semaine. Les pauses ne sont pas incluses dans la durée du travail, dès lors que le collaborateur est autorisé à quitter le poste de travail.

Selon l'art. 3.6, intitulé « heures supplémentaires / heures d'appoints », les heures supplémentaires effectuées entre la 42^{ème} et la 45^{ème} heure de travail hebdomadaire sont compensées par du temps libre d'une durée égale. Si ce n'est pas possible, les heures supplémentaires sont rémunérées au salaire normal, mais sans supplément. Quant aux heures de travail, effectuées au-delà de 45 heures hebdomadaires, elles sont compensées au cours des douze mois suivants par du temps libre d'une durée égale. Si ce n'est pas possible, les heures d'appoint sont payées avec un supplément de 25% par rapport au salaire normal.

Selon l'art. 5.2, tous les collaborateurs, sauf ceux bénéficiant d'un contrat de travail à durée déterminée, ont droit à une gratification, à condition que les rapports de travail n'aient pas été résiliés au 30 novembre de l'année civile considérée. Le versement se fait au plus tard au mois de décembre.

7. En l'espèce, l'intimée, sur la base des six derniers mois de salaire précédant le délai-cadre d'indemnisation ouvert le 1^{er} juillet 2015, a fixé le gain assuré à CHF 4'043.-, montant jugé plus favorable que la moyenne obtenue sur les douze derniers mois (CHF 4'009.-).

L'intimée précise avoir tenu compte, dans son calcul, du salaire de base de l'assurée, complété par un « treizième salaire » en 2015, la gratification versée en 2014 et le supplément versé pour les heures dominicales. En revanche, elle a écarté de son calcul les indemnités de déplacements et la rémunération des heures supplémentaires.

De son côté, la recourante soutient que c'est un montant de CHF 4'209.40 qui aurait dû être retenu, montant dont la recourante allègue qu'elle l'a obtenu en se fondant sur les douze dernières fiches de salaire précédant le délai-cadre d'indemnisation, sans étayer davantage son calcul.

8. La Cour constate que l'assurée a bénéficié dès février 2014 d'un salaire fixe de CHF 3'600.- par mois, augmenté à CHF 3660.- en janvier 2015, pour une durée

normale du travail de 42 h/sem. (cf. contrat conclu avec l'ancien employeur en janvier 2014 et règlement du personnel [ch. 3.1] auquel il se réfère).

Conformément à la jurisprudence, il n'y a pas lieu de tenir compte, dans le calcul du gain assuré, des heures de travail effectuées par la recourante en sus de l'horaire usuel de travail de 42 heures en vigueur chez son ancien employeur ; ces heures doivent être considérées comme des heures supplémentaires du point de vue de l'assurance-chômage (cf. *supra* consid. 4 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 99/03 consid. 4.3). C'est donc à juste titre que l'intimée a fait abstraction dans son calcul des « heures supplémentaires » et des « heures d'appoint » mentionnées dans les fiches de salaire, puisqu'elles correspondent aux heures de travail effectuées entre la 42^{ème} et la 45^{ème} heure hebdomadaire et au-delà de la 45^{ème} heure hebdomadaire (ch. 3.6 du règlement du personnel). Il en va de même des indemnités pour vacances et jours fériés afférentes à ces heures supplémentaires.

L'intimée a également exclu de son calcul les indemnités de remboursements de trajets, au motif qu'elles n'avaient pas été versées régulièrement. C'est le lieu de rappeler que les indemnités destinées à compenser les frais occasionnés par le travail, tels que les remboursements de trajets dont il est question ici, n'entrent pas dans la fixation du gain assuré (arrêt du Tribunal fédéral 8C_290/2014 du 20 mars 2015 consid. 2.1 *in fine* et la référence ; Rubin, op.cit., n° 11 ad art. 23 LACI). L'intimée était donc fondée à écarter ces indemnités de son calcul.

Quant aux deux gratifications de CHF 3'368.- et de CHF 1'869.- que l'assurée a touchées en novembre 2014, respectivement en juin 2015, à l'issue de ses rapports de travail, on relèvera que la première rémunère l'activité déployée durant toute l'année 2014, tandis que la seconde a été calculée *pro rata temporis* des six mois travaillés en 2015 (art. 322d al. 2 CO ; cf. également courriel de l'ex-employeur du 9 février 2016). Comme la prime versée en 2014 rétribue le travail effectué durant les douze mois de l'année, il faut considérer qu'un douzième de celle-ci est alloué pour chaque mois de travail (ATAS/427/2010 consid. 7). Par conséquent, si l'on calcule le gain assuré en se fondant sur les douze derniers mois de cotisations, soit du 1^{er} juillet 2014 au 30 juin 2015, il faut prendre en compte la part de la prime 2014 correspondant aux mois de juillet à décembre 2014, soit CHF 1'684.- ($6/12 \times 3'368$), à laquelle on doit ajouter la prime de CHF 1'869.- se rapportant aux mois de janvier à juin 2015. Le total des gratifications perçues pendant les douze mois déterminants pour le calcul du gain assuré s'élève ainsi à CHF 3'553.- (1'684.- + 1'869.-).

9. Il résulte des considérants qui précèdent que, pour fixer le gain assuré dans le cas présent, il convient de prendre en considération le salaire de base, augmenté des gratifications et suppléments versés pour le travail dominical et de nuit (Rubin, op. cit., n° 10 ad art. 23 LACI), à l'exclusion des heures supplémentaires et des indemnités de déplacements.

Dans les six mois précédant l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation, de janvier à juin 2015, la recourante a perçu un salaire brut de CHF 21'960.- (6 x 3'660.-), une gratification de CHF 1'868.75 correspondant aux six mois d'activité exercés en 2015, ainsi que des suppléments pour travail dominical et nocturne de CHF 429.60 (cf. décomptes de salaire, pièce 19 intimée), soit un total de CHF 24'258.35, qui, ventilé sur six mois, conduit à un gain mensuel moyen de CHF 4'043.- (24'258 : 6), qui coïncide rigoureusement avec le gain assuré retenu par l'intimée.

Dans les douze mois précédant l'ouverture du délai-cadre, l'assurée a touché un salaire de base de CHF 43'560.- (6 x 3'600.- + 6 x 3'660.-), des gratifications de CHF 3'553.- (6/12 x 3'368.- + 1'869.-) et des suppléments pour travail dominical et nocturne de CHF 994.10, soit un revenu total de CHF 48'107.10, correspondant à un gain mensuel moyen de CHF 4'009.- (48'107.- : 12).

Comme la moyenne de CHF 4'009.- obtenue sur la base des douze derniers mois de cotisation est moins favorable à l'assurée que celle résultant des six derniers, on s'en tiendra à celui de CHF 4'043.- retenu par l'intimé (art. 37 al. 1 OACI).

10. Le montant avancé par la recourante à titre de gain assuré, soit CHF 4'209.40, correspond à la moyenne des salaires bruts ressortant de ses fiches de salaire de juillet 2014 à juin 2015, abstraction faite des allocations familiales mais en tenant compte de l'intégralité des heures supplémentaires, des indemnités de déplacements et des gratifications versées en 2014 et 2015 (CHF 50'518 [salaire brut de juillet 2014 à juin 2015 sans les allocations familiales] : 12 = CHF 4'209).

Or, le calcul auquel l'intéressée s'est livrée est contraire aux règles sur la fixation du gain assuré, car les heures supplémentaires et les indemnités de déplacements doivent en être exclues, comme on l'a vu (cf. *supra* consid. 4 et 8). C'est également à tort qu'elle a tenu compte de l'intégralité de la gratification 2014, puisque cela revient à déterminer son gain assuré sur la base des revenus de janvier à décembre 2014 alors que la période déterminante pour le calcul ne débute qu'au 1^{er} juillet 2014 au plus tôt, conformément à l'art. 37 al. 2 OACI.

11. Au vu de ce qui précède, force est de constater que le gain assuré tel que calculé par l'intimée est correct. Mal fondé, le recours est rejeté.

La recourante, qui succombe, n'a pas droit à une indemnité de dépens (art. 89H al. 3 LPA a contrario).

Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA et 89H al. 4 LPA).

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

Statuant

À 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

La présidente

Marie-Catherine SÉCHAUD

Karine STECK

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