

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/666/2010

ATAS/427/2010

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 2

du 27 avril 2010

En la cause

Monsieur A _____, domicilié à GENEVE

recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, sise rue
de Montbrillant 40, GENEVE

intimé

**Siégeant : Sabina MASCOTTO, Présidente; Christine BULLIARD MANGILI et
Patrick MONNEY, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur A_____ (ci-après l'assuré ou le recourant) a été engagé par X_____ SA dès le 8 janvier 2001, en qualité d'informaticien, selon contrat de travail du 28 décembre 2000, lequel prévoit un salaire mensuel brut de 4'500 fr.
2. Son salaire a été régulièrement augmenté et il s'est élevé, en terme brut mensuel à 5'000 fr. en 2002 et 2003, 5'075 fr. en 2004, 5'125 fr. en 2005, 5'180 fr. en 2006, 5'230 fr. en 2007, 5'280 fr. en 2008 et 5'335 fr. en 2009. Il a perçu une prime au mois de décembre des années 2001 à 2008 fixée respectivement à 2'000 fr (2001), 5'000 fr. (2002), 5'000 fr. (2003), 4'500 fr. (2004), 10'000 fr. (2005), 6'000 fr. (2006), 7'000 fr. (2007) et 8'000 fr. (2008).
3. Par pli du 29 mai 2009, X_____ SA a licencié l'assuré avec effet au 31 août 2009. L'assuré a reçu son salaire jusqu'au 31 août 2009, mais n'a pas perçu de prime pour l'année 2009. Il s'est inscrit au chômage le 3 septembre 2009.
4. A réception de son premier décompte d'indemnités de chômage du mois de septembre 2009, l'assuré s'est adressé par pli du 17 octobre 2009 à l'Office cantonal de l'emploi (OCE) pour s'étonner du gain assuré de 5'539 fr, qui ne correspondait pas à la moyenne de ses revenus de 5'983 fr. et a sollicité des explications.
5. Par décision du 17 novembre 2009, l'OCE a fixé le gain assuré à 5'539 fr, sur la base du gain réalisé les six derniers mois précédant le chômage, à savoir de septembre à décembre 2008 (4x 5'280 fr = 21'120 fr) et de janvier à août 2009 (8 x 5'335 fr = 42'680 fr) ainsi que 4/12^{ème} de la prime versée en 2008 (8'000 x 4/12 = 2'667 fr). Le revenu total s'élevait ainsi à 66'467 fr, soit en moyenne 5'539 fr. Il s'avérait selon l'OCE que la prime était versée annuellement, payée pour l'année civile précédente, soit en l'espèce pour 2008.
6. Par pli du 14 décembre 2009, l'assuré a formé opposition à cette décision faisant valoir que selon l'art. 37 al 1 et 2 OACI, le gain assuré était calculé sur la base du revenu réalisé durant les douze derniers mois, y compris le 13^{ème} ou la gratification, de sorte que la gratification de 8'000 fr. perçue en décembre 2008 devait être prise en considération en totalité, comme c'était le cas pour les cotisations AVS/chômage et les impôts. Ainsi le gain assuré était de 5'983 fr.
7. Par décision sur opposition du 27 janvier 2010, l'OCE a confirmé sa décision de fixer le gain assuré à 5'539 fr. Il a effectué à nouveau le calcul déjà précisé par décision du 17 novembre 2009 et motivé sa décision sur la base de l'art. 37 OACI, lequel prévoit que le gain assuré est fixé sur la base du salaire moyen des six derniers mois (al. 1), ou, sur la base du salaire moyen des douze derniers mois, si ce salaire est plus élevé que celui de l'alinéa 1 (al. 2). L'OCE indique que la circulaire du SECO précise que le salaire déterminant est composé notamment du salaire de base, du 13^{ème} ou la gratification, si l'assuré les a touchés ou s'il a intenté une action

judiciaire pour faire connaître des prétentions qu'il a rendues crédibles, les commissions, les primes, les suppléments pour travail de nuit, en équipe et de piquet. Ainsi, l'OCE avait retenu 4/12^{ème} de la gratification versée en 2008.

8. Par acte du 22 février 2010, l'assuré forme recours et conclut à ce que son gain assuré soit fixé à 5'983 fr. Il fait valoir que la prime ne doit pas être considérée comme un 13^{ème}, car elle n'est pas versée pro rata temporis. S'il s'agissait d'un 13^{ème} salaire, il aurait reçu avec son salaire d'août 2009 les 2/3 du montant pour 2009. La manière de calculer de l'OCE, en ne prenant pas en considération l'intégralité de la prime versée en 2008, implique une inégalité de traitement entre assurés et est contraire à la loi, car le gain assuré varie ainsi en fonction de la date du licenciement. Le législateur n'a certainement pas voulu favoriser ceux qui perdent leur emploi en début d'année, et pénaliser ceux qui le perdent en fin d'année.
9. Par pli du 5 mars 2010, l'OCE persiste et conclut au rejet du recours. Il prend la peine de détailler encore une fois le calcul effectué et motive sa décision en précisant que, contrairement à ce que soutient le recourant, ce n'est pas la date du versement de la prime qui est déterminante, mais celle de la "survenance", à savoir que la rémunération est réputée réalisée au moment où l'assuré a fourni la prestation de travail rémunérateur y relative et non pas au moment de l'encaissement de ce revenu. Ainsi, la gratification versée en décembre 2008 est liée à l'activité déployée durant toute l'année 2008 et ne peut pas être attribuée seulement à la période de septembre à décembre 2008.
10. A la demande du Tribunal, le recourant a produit ses fiches de salaire et de primes pour les années 2001 à 2008.
11. Lors de l'audience du 13 avril 2010, l'assuré a déclaré que la gratification n'avait pas été discutée lors de la conclusion du contrat de travail, et n'en faisait d'ailleurs pas partie. Les montants versés étaient variables sans qu'il sache sur quelle base ils étaient fixés, tout en imaginant que cela dépendait du résultat de l'entreprise. Tous les employés percevaient chaque année une gratification. L'assuré n'avait pas reçu de gratification en 2009 et ne savait pas ce qu'il en était de ses anciens collègues. La cause a été gardée à juger à l'issue de l'audience.

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'art. 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.

2. Le recours, déposé dans le délai et selon la forme prescrits, est recevable.
3. La question litigieuse est de déterminer si la prime de 8'000 fr. perçue en décembre 2008 doit être prise en compte en totalité ou à raison de 4/12^{ème} dans le calcul du gain assuré.
4. a) À teneur de l'art. 23 al. 1^{er} 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).

b) Par salaire normalement obtenu au sens de l'art. 23 al. 1^{er} LACI, il faut entendre la rémunération touchée effectivement par l'assuré. Le salaire contractuel n'est déterminant que si les parties respectent sur ce point les clauses contractuelles. Il s'agit en effet d'éviter des accords abusifs selon lesquels les parties conviendraient d'un salaire fictif qui, en réalité, ne serait pas perçu par le travailleur : un salaire contractuellement prévu ne sera dès lors pris en considération que s'il a réellement été perçu par le travailleur durant une période prolongée, sans faire l'objet de contestations (ATF 131 V 444 consid. 3.2 ; ATF non publié du 3 août 2007, C 155/06, consid. 3.2).

c) Ne font en revanche 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 ; ATF non publié du 30 mars 2004, C 99/03, consid. 4).
5. Selon la doctrine explicitant l'art. 37 al. 2 OACI (Boris Rubin, Assurance chômage, 2006, Schulthess, page 303), lorsque les revenus sont irréguliers, la période de référence de six mois est allongée, afin que le gain corresponde à ce que l'assuré a globalement touché pendant une certaine période. Il faut alors prendre en compte

ceux réalisés durant les douze derniers mois, car il serait inéquitable ne pénaliser ou d'avantager un assuré dont les revenus sont irréguliers d'un mois à l'autre, en fonction du moment où il est licencié.

6. a) Selon la jurisprudence, en matière de commissions ou de provisions, on applique aussi bien pour la détermination du gain intermédiaire que du gain assuré, la règle du principe de la survenance dans l'assurance-chômage, selon laquelle un revenu est réputé avoir été réalisé au moment où l'assuré a fourni la prestation de travail rémunératoire et non pas le moment de l'encaissement (ATF 122 V 367 consid. 5b p. 371; DTA 2003 n° 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; Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 2ème éd., n. 365 p. 2287). Cette règle est compatible avec l'art. 413 CO prévoyant que le courtier a droit à son salaire dès que l'indication qu'il a donnée ou la négociation qu'il a conduite aboutit à la conclusion du contrat. Dans le cas jugé, le Tribunal Fédéral a retenu qu'il ne se justifiait pas de prendre en compte, dans le gain assuré, des commissions payées en novembre 2004, en janvier 2005 et en juin 2005, pour des contrats conclus avant le mois de novembre 2004 (mars 2003, juillet, août, septembre et octobre 2004) et qui ne concernent pas des activités exercées pendant la période de référence précédent l'ouverture du droit au chômage (octobre 2005). Retenir le moment de l'encaissement pourrait aussi conduire à considérer que des commissions versées pendant le chômage pour des contrats conclus avant celui-ci devraient être assimilées à un gain intermédiaire, lors même qu'elles ne se rattachent à aucune activité depuis le début du chômage.(ATF du 26 mai 2008 dans la cause 8C_ 358/ 2007).

b) 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). Lorsque la période de référence est le dernier mois de cotisation avant le début du délai-cadre d'indemnisation (art. 37 al. 1 OACI), elles doivent être imputées proportionnellement sur les autres mois de l'année pendant lesquels l'assuré a travaillé, de la même manière qu'un treizième salaire (consid. 3d de l'arrêt cité, cf. également DTA 1988 15 p. 120 consid. 4). Ces règles sont exposées dans une directive de l'OFDE, qui ne porte que sur le calcul du gain assuré (Arrêt du 14 novembre 2001; C 45/01 et C 69/01)

c) 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. N'est dès lors pas une gratification la rétribution dont le montant et l'échéance inconditionnelle sont fixés d'avance par le contrat de travail, tels le treizième mois de salaire ou une autre rétribution semblable entièrement déterminée par le contrat ATF 109 II 447, consid. 5c).

L'engagement de l'employeur de verser une gratification peut être prévu dans le contrat de travail ou résulter, pendant les rapports de travail, d'actes concluants, comme le versement régulier et sans réserve d'une gratification (Brunner/Bühler/Waerber, Commentaire du contrat de travail, deuxième édition, note 5 ad art. 322d CO). Les parties peuvent également soumettre, expressément ou tacitement, le versement de la gratification à des conditions, notamment la réalisation d'objectifs fixés au travailleur par l'employeur (Stahelin, Zürcher Kommentar, note 25 ad art. 322d CO).

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). A contrario, une gratification fixée d'avance qui présente les caractéristiques d'une partie du salaire n'est pas soumise à cette disposition et elle doit être payée proportionnellement à la durée des rapports de travail (ATF 109 II 447; ATF 122 V 362).

7. Dans le cas d'espèce, le revenu mensuel de l'assuré est fixe, il est augmenté en janvier de chaque année puis ne subit aucune variation, sauf en ce qui concerne le versement de la prime en décembre. Cela a motivé la prise en compte par l'OCE du revenu réalisé durant les douze derniers mois, soit du 1^{er} septembre 2008 au 31 août 2009, au lieu de six derniers mois seulement, afin d'éviter que l'assuré ne soit pénalisé en fonction de la date de son licenciement. Toutefois, le législateur a clairement limité l'allongement de la période de prise en compte du revenu à douze mois selon l'art. 37 al 2 OACI. Il s'agit donc de déterminer les rémunérations effectivement touchées et celles qui pourraient être réclamées durant la période considérée.

L'assuré a perçu, chaque année depuis son engagement au sein de la société, une prime en décembre, sauf en 2009. D'une part, le montant n'est pas équivalent à un salaire mensuel ou à une proportion déterminée d'un salaire mensuel, et il varie considérablement d'une année à l'autre (4'500 fr. de prime en 2004 et 10'000 fr. de prime en 2005 alors que le salaire est de 5'125 fr.). D'autre part, le montant de la prime ou les conditions d'octroi ne sont pas contractuellement convenus. La prime n'est donc ni un 13^{ème} salaire, ni une part du bénéfice ou du chiffre d'affaire ou une autre participation au résultat de l'entreprise contractuellement convenue. Dans ces deux hypothèses, l'assuré aurait alors eu droit, à son départ de l'entreprise ou en décembre 2009, lors de la clôture des comptes, à une part de ce 13^{ème} ou de cette prime, proportionnellement aux 8 mois travaillés, laquelle aurait été comptabilisée dans le gain assuré.

Il s'agit donc, au contraire, d'une gratification régulièrement versée chaque fin d'année à tous les employés, sans réserve, de sorte qu'elle devrait certainement être considérée comme contractuellement convenue par actes concluants. Toutefois, dans la mesure où il n'a pas été convenu qu'elle était due, proportionnellement, en

cas d'extinction des rapports de travail avant le 31 décembre et où elle ne remplit pas les conditions de la gratification fixée d'avance et faisant partie du salaire, l'assuré ne peut pas y prétendre pour l'année 2009.

Dans la mesure où il ne s'agit ni d'une rémunération effectivement perçue, ni d'un montant que l'assuré pourrait faire valoir en justice, il n'y a pas lieu de tenir compte d'une part proportionnelle de la prime que l'assuré aurait touchée en décembre 2009, au même titre que les autres employés, s'il était encore salarié à cette date. Au demeurant, on ne voit pas sur la base de quel montant il faudrait alors calculer la proportion, en raison des importantes variations selon les années.

La prime a été versée au mois en décembre de chaque année écoulée de 2001 à 2008 pour le travail effectué durant l'année qui se termine. Ainsi, et conformément à la jurisprudence précitée, la prime litigieuse rémunère le travail fait durant les douze mois de l'année 2008, de sorte qu'il faut considérer que 1/12^{ème} de la prime est alloué pour chaque mois de travail. Dans le calcul du gain assuré, qui court du 1^{er} septembre 2008 au 31 août 2009, il convient donc de prendre en compte la part de la prime afférente aux quatre mois considérés sur l'année 2008.

C'est ainsi à juste titre que l'OCE a pris en compte 4/12^{ème} de la prime versée en décembre 2008.

Certes, si le recourant avait été licencié au 31 décembre 2008, la caisse aurait pris en compte l'intégralité de la prime, et s'il avait été licencié au 30 octobre 2009, elle aurait pris en compte 2/12^{ème} de la prime seulement. Toutefois et comme indiqué plus haut, la seule mesure limitant les effets économiques de la date du congé consiste à prendre en compte les douze derniers mois au lieu des six derniers mois. Il est ainsi exclu de tenir compte de la totalité de la prime car cela reviendrait à se fonder sur les revenus réalisés du 1^{er} janvier au 31 décembre 2008, ce qui est clairement contraire à l'art. 37 OACI, car le délai cadre est ouvert au 1^{er} septembre 2009.

Le calcul effectué par l'OCE est donc exact, et le gain assuré est fixé à 5'539 fr.

8. Ainsi, le recours est mal fondé et il est rejeté.

**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

La présidente

Florence SCHMUTZ

Sabina MASCOTTO

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