REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/777/2006 **ATAS/417/2007**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 3

du 19 avril 2007

En la cause

Madame F_____, domiciliée , CHENE-BOURG, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Christian BRUCHEZ	recourante

contre

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

Siégeant : Karine STECK, Présidente, Violaine LANDRY-ORSAT et Norbert HECK, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Madame F_____, née le 1976, s'est annoncée le 31 mai 2005 à l'Office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE), en vue d'obtenir l'indemnité de chômage à partir du 1er juillet 2005. Un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur à partir de cette date.

2. Il ressort de l'attestation de l'employeur que l'assurée a été engagée à partir du 4 août 2003 en tant que chauffeur-livreur à raison de 42 heures par semaine pour un salaire mensuel de 3'600 fr. L'employeur a mis fin aux rapports de travail avec effet au 30 juin 2005, car il n'avait plus de travail à confier à l'intéressée.

3. Par courrier du 8 août 2005 à la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse), l'assurée, par l'intermédiaire de son conseil, Me BRUCHEZ, a relevé que le premier décompte de prestations qu'elle avait reçu faisait ressortir un gain assuré de 3'857 fr. Elle en a tiré la conclusion que la caisse n'avait pas tenu compte ni de son horaire de travail effectif - qui avait été de 55 heures par semaine -, ni de la prime mensuelle de 900 fr. qui faisait aussi partie intégrante du salaire. Elle a demandé que son gain assuré soit recalculé.

4. Par décision datée du 10 août 2005, la caisse a fixé à 3'600 fr. par mois le gain assuré, ce qui correspondait au salaire contractuel. Il était précisé que ni la rémunération des heures supplémentaires ni les primes à bien plaire n'avaient pas à être prises en compte.

5. Le 17 août 2005, l'assurée a formé opposition à cette décision en expliquant que si son salaire initial avait bien été de 3'600 fr. par mois pour un horaire de 42 heures par semaine, les conditions de travail avaient été modifiées à partir du mois de mars 2004 : son horaire de travail effectif avait alors été porté à 55 heures par semaine et ce, de manière régulière et durable jusqu'en mars 2005, mois durant lequel elle avait subi un accident. Selon l'assurée, c'est donc à tort que la caisse a qualifié cette modification des conditions de travail de précaire. Elle a demandé à ce que son gain assuré soit fixé à 6'031 fr. 90 par mois, ceci compte tenu d'un horaire de travail de 55 heures par semaine, d'un salaire horaire de 21 fr. 45 et d'une prime mensuelle de 900 fr. versée de manière systématique.

6. Le 15 septembre 2005, l'assurée a communiqué à la caisse un courrier de la CAISSE NATIONALE SUISSE D'ASSURANCE EN CAS D'ACCIDENTS (Schweizerische Unfallversicherungsanstalt ; ci-après la SUVA) du 23 août 2005. Cette dernière y fixait le montant de l'indemnité journalière à 155 fr. 95 (80% du salaire assuré); ce montant était calculé sur la moyenne des rémunérations ressortant des fiches de salaires de mars 2004 à février 2005.

7. Par décision sur opposition du 31 janvier 2006, le Groupe réclamations de l'OCE (ci-après : le groupe réclamations) a confirmé la décision du 10 août 2005.

   Il a admis qu'au vu des fiches de salaire, les revenus de l'assurée avaient augmenté, en raison d'une activité nocturne impliquant des heures supplémentaires ainsi que du versement de primes volontaires extra-contractuelles, mais a fait remarquer que selon les directives du Secrétariat d'état à l'économie (SECO), les heures supplémentaires dépassant le temps de travail normal dans l'entreprise - soit 42 heures in casu - ainsi que les primes pour inconvénients liés au travail ne sont pas prises en considération dans le calcul du gain assuré.

   Il a ajouté que le fait que la SUVA ait admis une indemnité journalière fondée sur un salaire assuré plus élevé n'était pas déterminant dans la mesure où la SUVA appliquait les dispositions de la loi fédérale sur l'assurance-accidents, lesquelles ne correspondaient pas nécessairement à celles valables en matière d'assurance-chômage.

8. Par courrier du 3 mars 2006, l'assurée a interjeté recours contre cette décision, en concluant à son annulation.

   Elle allègue que les décomptes d'heures produits prouvent qu'elle a systématiquement travaillé 55 heures par semaine de mars 2004 à mars 2005 et que, même s'il n'y a pas eu de nouveau contrat écrit, ce changement a manifestement constitué une modification par actes concluants des conditions de travail; que cette pratique, suivie pendant douze mois de manière systématique, ne peut pas être qualifiée de précaire et que, partant, les heures effectuées au-delà de 42 heures ne constituent pas des heures supplémentaires.

   Par ailleurs, la recourante signale que, dans la procédure qu'elle a introduite devant les Prud'hommes, son employeur a accepté de lui verser un montant de 8'000 fr. pour compenser le fait que ces "heures supplémentaires" ne lui ont pas été payées ni pendant le délai de congé - durant lequel elle a été libérée de l'obligation de travailler - ni pendant les vacances.

   La recourante conclut que si l'on tient compte d'un horaire hebdomadaire de 55 heures et d'une prime mensuelle de 900 fr., son gain assuré aurait dû être calculé de la manière suivante :

   > 21 fr. 45 (salaire horaire) x 55 (heures) = 1'179 fr. 75 x 4,35 + 900 fr. (prime mensuelle) = 6'031 fr. 90.

9. Invitée à se déterminer, la caisse a persisté intégralement dans les termes de sa décision par courrier daté 30 mars 2006.

10. Une audience s'est tenue en date du 29 juin 2006, au cours de laquelle Monsieur R_____, représentant l'employeur, a été entendu.

    Le témoin a expliqué que le contrat initialement conclu avec l'assurée concernait la profession de chauffeur-livreur mais qu'elle avait été ensuite affectée à une activité de magasinière de nuit, son horaire étant de 17h30 à 5h du matin pratiquement tous les jours. Il s'agissait d'un remplacement qui était censé être provisoire, raison pour laquelle un nouveau contrat de travail n'avait pas été conclu. L'assurée a toutefois gardé ce poste et, dès le mois de mars 2004, elle a toujours travaillé de nuit. La prime de 900 fr. visait à récompenser le bon travail de nuit et était pratiquement fixe chaque mois.

11. Dans sa détermination du 12 juillet 2006, la caisse a pris acte qu'un changement des conditions contractuelles était intervenu à partir du mois de mars 2004, l'assurée travaillant 57.5 heures par semaine, selon les déclarations de l'employeur.

    En conséquence, l'intimée s'est déclarée d'accord de tenir compte dans le calcul du gain assuré d'une durée du travail hebdomadaire de 50 heures, correspondant au maximum autorisé par la loi sur le travail, pour un salaire horaire de 19 fr. 75.

    Quant à la prime mensuelle, dans la mesure où elle a été versée de manière régulière, l'intimée a également admis qu'elle devait être prise en considération, à hauteur de 800 fr. par mois, ce qui correspondait à la prime moyenne entre février 2004 et février 2005.

    Le gain assuré, déterminé sur la base de la moyenne des douze derniers mois, soit le calcul le plus favorable à l'assurée, se montait ainsi à 5'083 fr.

12. Invitée à se déterminer sur le nouveau calcul de l'intimée, la recourante a fait valoir, dans ses observations du 31 août 2006, que sa journée de travail dépassait neuf heures, ce qui lui donnait droit à une pause d'une heure au moins et que cette pause ne pouvait pas être prise en compte dans le calcul de la durée maximale du travail de 50 heures. Partant, il convenait de considérer qu'elle était rémunérée pour onze heures par jour, soit 55 heures par semaine, l'heure de pause étant aussi rémunérée. En d'autres termes, le gain pour 50 heures de travail au sens de la loi sur le travail correspondait donc à 55 heures payées selon son contrat.

    Quant au montant de son salaire horaire, elle a fait valoir qu'il ne s'élevait pas à 19 fr. 75, comme retenu par erreur par la caisse, mais à 21.45 fr, ce qui ressortait des décomptes d'heures et des fiches de salaire produites.

    Enfin, elle a allégué que sa prime mensuelle n'était pas de 800 fr. mais de 900 fr. par mois.

En définitive, la recourante a maintenu que le gain mensuel assuré se montait à 6'031 fr. 90.

13. Dans son écriture du 14 septembre 2006, l'intimée a accepté de prendre en considération le salaire horaire ressortant des décomptes établir par l'employeur, ce qui porte le gain assuré mensuel, calculé sur la base d'un salaire horaire de 21 fr. 43, à 5'447 fr.

    L'intimée s'est en revanche opposée à ce qu'il soit tenu compte d'un horaire hebdomadaire de 55 heures et d'une prime mensuelle de 900 fr., dans la mesure où la moyenne sur douze mois aboutissait à un montant inférieur.

14. Par courrier du 20 octobre 2006, la recourante a persisté dans les termes de ses précédentes écritures et maintenu que le gain assuré mensuel devrait être fixé à 6'031 fr. 90 et non à 5'477 fr.

15. Dans un courrier daté du 7 novembre 2006, l'intimée a confirmé son calcul, tout en précisant que, selon la jurisprudence, le but de l'assurance-chômage est d'offrir une protection pour une activité normale du travailleur, et non d'allouer une indemnisation pour des pertes de gain issues d'une suractivité; le paiement des heures de pause n'entrait dans le calcul du gain assuré déterminant que s'il était soumis à cotisation, était convenu contractuellement et versé régulièrement. Or, en l'espèce, un accord entre l'employeur et la recourante au sujet de l'indemnisation d'une heure journalière de pause faisait manifestement défaut. Cette indemnité n'a d'ailleurs plus été versée après que la recourante a été victime d'un accident, ce qui démontre qu'elle ne faisait pas partie du gain assuré.

16. Le Tribunal de céans a communiqué à la recourante une copie de la dernière écriture de l'intimée en date du 8 novembre 2006. 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).

   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 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.

2. Interjeté dans la forme et le délai prévu par la loi, devant le Tribunal compétent, le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA).

3. a) Le litige porte sur le montant du gain assuré qui sert de base au calcul de l'indemnité journalière de chômage.

   b) Dans la décision querellée, l'intimée a fixé le gain assuré à 3'600 fr. par mois. Au cours de la présente procédure, suite à l'audition de l'employeur, elle a admis que le gain assuré était supérieur à ce montant, d'une part parce que l'horaire de travail hebdomadaire à prendre en considération était de 50 heures - et non de 42 heures comme convenu initialement dans le contrat de travail -, d'autre part parce que le salaire horaire s'élevait à 21 fr. 43. L'intimée a également accepté que soit prise en compte une prime mensuelle moyenne de 800 fr. Le gain assuré ainsi calculé s'élève à 5'447 fr.

   c) La recourante maintient pour sa part que le gain assuré doit tenir compte d'un horaire de travail hebdomadaire de 55 heures dans la mesure où elle était rémunérée aussi pour la pause journalière d'une heure et que, par ailleurs, sa prime mensuelle se montait à 900 fr. par mois et non à 800 fr. Elle en tire la conclusion que le gain assuré devrait ainsi s'élever à 6'031.90 fr.

4. a) D'après l'art. 22 al. 1 LACI, l'indemnité journalière pleine et entière s'élève à 80 % du gain assuré (à 70 % pour les personnes visées à l'art. 22 al. 2 LACI). Est réputé gain assuré, le salaire déterminant au sens de la législation sur l'assurance vieillesse et survivants (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 de telles allocations ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail (art. 23 al. 1 LACI, 1ère phrase).

   b) Selon la jurisprudence, le salaire pris en compte comme gain assuré se rapproche de la notion de salaire déterminant au sens de la LAVS (cf. art. 5 al. 2), mais ne recouvre pas exactement celui-ci, ce qui ressort d'ailleurs du terme «normalement» contenu dans le texte légal de l'art. 23 al. 1 LACI (ATFA non publié du 26 juin 2006, C 139/05, consid. 4.1).

   Certains montants perçus par le salarié, certes soumis à cotisations, n'entrent pas dans la fixation du gain assuré. Il en va ainsi de la rémunération des heures supplémentaires, de l'indemnité de vacances à certaines conditions, des gains accessoires ou encore des indemnités de frais (ATFA non publié du 26 juin 2006, C 139/05, consid. 4.1). L'assurance-chômage n'a en effet pas pour vocation d'indemniser les pertes d'activités qui dépassent l'horaire normal de travail.

   En revanche, 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 plaire et que l'employé ne peut en déduire aucun droit en justice (ATFA non publié du 26 juin 2006, C 139/05, consid. 4.1; ATF 122 V 363 consid. 3 et les références).

c) Par heures supplémentaires exclues du gain assuré, il y a lieu de comprendre non seulement le travail supplémentaire (Überzeit) au sens des articles 12 et 13 de la loi fédérale sur le travail (LTr), mais également les heures accomplies en sus de l'horaire habituel (Überstunde; ATF 129 V 105, consid. 3; ATFA non publié du 19 novembre 2002, C 108/02, consid. 2).

5. Le calcul du gain assuré ne peut en principe porter que sur le montant du gain sur lequel des cotisations ont été prélevées, eu égard au principe de la primauté de la période de cotisation.

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'alinéa 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'alinéa 1er.

Par ailleurs, quand l'assuré est partie à un rapport de travail et qu'il ne touche pas de salaire parce qu'il est malade ou victime d'un accident, est déterminant le salaire que l'assuré aurait normalement obtenu (art. 39 OACI en corrélation avec l'art. 13 al. 2 let. c LACI; ATFA non publié du 7 novembre 2006, C 336/05, consid. 4.1).

6. a) En l'espèce, l'assurée a été engagée à partir du 1er août 2003 pour effectuer un travail de chauffeur-livreur à concurrence de 42 heures par semaine pour un salaire mensuel de 3'600 fr. Il ressort des pièces produites (fiches de salaire et relevés mensuels des heures d'activité), complétées par les explications fournies par l'employeur lors de l'audience du 29 juin 2006, que la recourante a été affectée à l'activité de magasinière, de nuit, à partir du mois de mars 2004, son horaire de travail étant de 17h30 à 5h du matin. Bien qu'un nouveau contrat de travail écrit n'ait pas été conclu, il y a lieu d'admettre qu'à partir du mois de mars 2004, les parties ont convenu d'une modification des conditions de travail, notamment de l'horaire de travail hebdomadaire, qui est passé à 57.5 heures par semaine (11.5 x 5), en lieu et place des 42 heures convenues initialement.

b) S'agissant d'une modification durable de l'horaire de travail, et donc du contrat de travail, les heures effectuées au-delà de 42 heures n'étaient pas des heures accomplies en sus de l'horaire habituel, et donc pas des heures supplémentaires. Ce point n'est du reste plus contesté par la caisse, qui admet désormais que l'horaire habituel n'était pas celui stipulé dans le contrat initial.

c) L'intimée est toutefois d'avis que l'horaire de travail habituel à prendre en considération dans le calcul du gain assuré ne saurait excéder 50 heures par semaine, à savoir la durée de travail maximale selon la loi sur le travail.

Le point de vue de la caisse mérite d'être suivi. En l'absence de convention collective applicable, il apparaît qu'en l'espèce, la durée maximale de travail dans l'entreprise est de 50 heures par semaine, en application de l'art. 9 al. 1 let. b LTr. Partant, conformément à la jurisprudence, le gain assuré ne saurait tenir compte des heures accomplies au-delà de ce seuil, peu importe que la recourante ait eu droit à une pause ou non. En effet, comme le relève le Tribunal fédéral des assurances, une indemnisation du travail supplémentaire irait à l'encontre du but fondamental de la loi qui est de couvrir uniquement l'activité normale et usuelle du travailleur et non le manque à gagner résultant de la perte d'heures supplémentaires (ATFA non publié du 30 mars 2004, C 99/03, consid. 4.3). D'ailleurs, le fait de tenir compte du travail supplémentaire dans le calcul du gain assuré aurait des répercussions aussi sous l'angle de l'art. 16 al. 1 let. i LACI. Cette disposition autorise en effet l'assuré à refuser un travail qui lui procure une rémunération inférieure à l'indemnité de chômage. Or, la prise en compte du travail supplémentaire conduirait à des indemnités de chômage plus élevées, ce qui aurait pour conséquence qu'il serait très difficile de trouver un travail qui, effectué selon un horaire normal, puisse encore être qualifié de convenable au sens de la disposition précitée (ATF 116 V 281, pp. 283-284).

d) Pour ces motifs, conformément à la jurisprudence, les heures de travail effectuées en sus de l'horaire maximum de 50 heures doivent être considérées comme du travail supplémentaire du point de vue de l'assurance-chômage. Le salaire horaire étant en l'occurrence de 21 fr. 43 (cf. détermination de l'intimée du 14 septembre 2006), le salaire mensuel maximum est de 4'650 fr. 30 (10h/j x 21 fr. 43 x 21.7 jours).

7. a) En ce qui concerne la gratification versée mensuellement en compensation du "bon travail de nuit", elle doit aussi être prise en compte dans le calcul du gain assuré, en raison notamment de son caractère durable et régulier, car cette prime faisait partie de la rémunération "normale", suite au changement d'activité et de conditions de travail, en mars 2004. Cette solution est conforme à la jurisprudence, ce que l'intimée admet à juste titre, de sorte qu'elle ne donne pas lieu à discussion.

b) Quant au montant de la gratification, il ressort des fiches de salaire que l'assurée a touché une prime de 900 fr. de mars 2004 à août 2004 et d'octobre 2004 à janvier 2005. La prime s'est élevée à 450 fr. au mois de septembre 2004 et à 600 fr. en février 2005. La recourante n'a pas touché de prime entre mars et juillet 2005, période pendant laquelle elle a obtenu des indemnités-journalières de la CNA suite à l'accident dont elle a été victime.

c) Le Tribunal observe que, dans la mesure où le montant de la prime mensuelle a effectivement subi des variations, il se justifie d'opérer une moyenne. Quant à la période de mars 2005 à juin 2005, pendant laquelle l'assurée était en incapacité de travail et touchait des indemnités journalières de la CNA, le gain assuré doit être déterminé en se référant au salaire qu'elle aurait normalement obtenu (art. 39 OACI et 13 al. 2 let. c LACI) et comprend donc aussi la prime moyenne. Toutefois, cette période ne pourra pas servir de base de calcul pour déterminer le montant de la prime moyenne, dans la mesure où celle-ci n'a pas été perçue.

d) Si l'on prend comme référence les six derniers mois précédant le début de la perte de gain à prendre en considération (art. 37 al. 3 OACI), à savoir la période de septembre 2004 à février 2005, dans la mesure où les quatre mois d'incapacité de travail précédant l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation ne sont pas utiles, on aboutit à une prime moyenne de 775 fr. (4'650 fr. / 6). Si on prend en considération les douze derniers mois précédant l'incapacité de travail, soit de mars 2004 à février 2005, on aboutit à une prime moyenne de 837 fr. 50 par mois (10'050 fr. : 12).

e) En l'espèce, le calcul de la prime moyenne sur une période de douze mois est plus favorable à l'assurée. Il convient donc de retenir une prime moyenne de 837 fr. 50 par mois.

8. Au vu de ce qui précède, le gain mensuel assuré s'élève à 4'650 fr. 30 + 837 fr. 50, soit 5'487 fr. 80, en lieu et place des 3'600 fr. retenus par l'intimée dans la décision querellée.

En conséquence, le recours est partiellement admis et la cause renvoyée à l'intimée pour le calcul des indemnités journalières sur la base d'un gain mensuel assuré arrondi de 5'488 fr.

La recourante obtenant partiellement gain de cause, une indemnité de 1'500 fr. lui est octroyée à titre de dépens.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement au sens des considérants.

3. Annule les décisions de l'intimée du 31 janvier 2006 et du 10 août 2005 en tant qu'elles fixent le gain assuré à 3'600 fr.

4. Fixe le gain mensuel assuré à 5'488 fr.

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

6. Condamne l'intimée à verser à la recourante une indemnité de 1'500 fr. à titre de dépens.

7. 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); 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 :

Janine BOFFI — Karine STECK

La secrétaire-juriste : Verena PEDRAZZINI RIZZI

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