

BGer C_5/2006 vom 28. März 2006

Bundesgericht, 2006-03-28, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_C_5_2006

FR: TF C_5/2006 du 28 mars 2006

IT: TF C_5/2006 del 28 marzo 2006

Erwägungen

E. 1

A teneur de l' art. 23 LACI , première phrase, 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 de telles allocations ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail.

Par salaire normalement obtenu au sens de l' art. 23 al. 1 LACI , il faut entendre la rémunération touchée effectivement par l'assuré (ATF 123 V 72 consid. 3; Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, p. 115 sv., ch. 302). 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 et que s'il n'a jamais fait l'objet d'une contestation (ATF 128 V 190 consid. 3a/aa; DTA 2001 n° 27 p. 228 consid. 4c, 1999 n° 7 p. 27, 1995 n° 15 p. 79).

E. 2

Les premiers juges constatent que l'assurée n'a pas pu prouver qu'elle avait réellement reçu le salaire mensuel allégué de 5'000 fr. depuis janvier 2004. Elle n'a pas été en mesure de produire un relevé bancaire ou postal, se contentant d'alléguer que le salaire était versé de main à main. Les témoins entendus en procédure cantonale sont certes venus confirmer que le salaire était versé selon ce procédé, comme il était souvent d'usage dans la restauration. Il a également été établi que l'intéressée touchait un salaire dans les mêmes circonstances que les autres employés. Aucune déclaration n'a pu en revanche être faite sur le montant du salaire.

Les juges cantonaux s'étonnent, par ailleurs, de ce que l'épouse du patron d'un établissement ait reçu un salaire important, alors que l'établissement rencontrait des difficultés financières. Pour le reste, les premiers juges estiment que les explications fournies par l'intéressée pour tenter de démontrer la réalité d'un salaire de 5'000 fr. étaient peu convaincantes. Aussi bien le tribunal retient-il qu'il n'a pas été établi au degré de la vraisemblance prépondérante que ce salaire ait effectivement été payé depuis janvier 2004, ce d'autant moins que l'épouse était rémunérée sur la base d'une activité de 60 pour cent au cours des années 2000 à 2003.

A partir de là, les premiers juges ont considéré que la méthode appliquée par la caisse ne pouvait pas non plus être retenue, car elle ne reposait selon eux sur aucune base légale et devait, partant, être considérée comme arbitraire. Il convenait, bien plutôt, de prendre en considération le salaire minimum prévu par l'accord salarial genevois applicable dans le

secteur de l'hôtellerie-restauration en 2004, soit 3'820 fr.

E. 3

Avec les premiers juges on doit admettre que l'intimée n'a pas établi, au degré de vraisemblance requis, le versement d'une rémunération mensuelle de 5'000 fr. Pour autant, la conclusion qu'en tire la juridiction cantonale ne peut pas être confirmée. Ou bien l'assuré établit la réalité d'un salaire soumis à cotisations et ce salaire est pris en compte au titre de gain assuré. Ou bien il n'y parvient pas et le revenu allégué ne peut pas être pris en considération dans le calcul du gain assuré. Comme on l'a vu, le salaire assuré repose sur la notion de revenu effectif. Il n'y a pas de place pour une solution médiane, qui consisterait, en l'absence d'éléments suffisamment probants, à retenir un salaire hypothétique ou fictif en fonction des salaires usuels d'une branche en particulier ou de données statistiques.

E. 4

On peut certes se demander si la caisse était fondée à retenir un gain assuré de 5'000 fr. pour chacun des mois de janvier et février 2004. Dans la négative, cela conduirait à modifier le calcul de la caisse au détriment de l'intimée et à retenir uniquement comme base de calcul un gain mensuel de 2'100 fr. Le tribunal y renoncera, tout en relevant que le calcul de la caisse est en définitive très favorable à l'intimée.

Le jugement attaqué doit dès lors être annulé sans qu'il y ait besoin de recueillir les témoignages requis par l'intimée. En effet, dans sa réponse au recours, l'intimée reconnaît que les personnes dont elle demande l'audition (deux serveurs et deux employés de cuisine) n'ont pu voir ce qu'elle gagnait et qu'aucun témoin ne peut certifier le montant du salaire qu'elle a reçu.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.