

# **GE\_GERICHTE ATAS/231/2016 vom 17. März 2016**

GE Cour de justice, 2016-03-17, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_231\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_231_2016)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/231/2016 du 17 mars 2016

IT: GE\_GERICHTE ATAS/231/2016 del 17 marzo 2016

## **Erwägungen**

### **E. 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 1er janvier 2011, la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des

A/1311/2015 - 7/14 - 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 (LACI - RS 837.0). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

### **E. 2**

La LPGA, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, est applicable à la présente procédure.

### **E. 3**

Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 à 60 LPGA).

### **E. 4**

Le litige porte sur le droit du recourant à des indemnités de chômage dès le 1er mai 2014, plus particulièrement sur le point de savoir s'il a exercé une activité soumise à cotisation dans le délai-cadre de cotisation et sur la détermination du gain assuré.

### **E. 5**

En vertu de l'art. 8 al. 1er LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a), s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (let. b), s'il est domicilié en Suisse (let. c), s'il a achevé sa scolarité obligatoire, s'il n'a pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touche pas de rente de vieillesse de l'AVS (let. d), s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (let. e), s'il est apte au placement (let. f) et s'il satisfait aux exigences du contrôle (let. g). Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 215 consid. 2).

### **E. 6**

L'art. 13 al. 1er LACI dispose que celui qui, dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet (art. 9 al. 3), a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation remplit les conditions relatives à la période de cotisation. Selon l'alinéa deuxième de cette disposition, compte également comme période de cotisation le temps durant lequel l'assuré exerce une activité en qualité de travailleur sans avoir atteint l'âge à partir duquel il est tenu de payer les cotisations AVS (let. a), sert dans l'armée, dans le service civil ou dans la protection civile conformément au droit suisse ou accomplit un cours obligatoire d'économie familiale qui a lieu pendant toute la journée et durant au moins trois semaines

sans discontinuer (let. b), est partie à un rapport de travail, mais ne touche pas de salaire parce qu'il est malade (art. 3 LPGGA) ou victime d'un accident (art. 4 LPGGA) et, partant, ne paie pas de cotisations (let. c), ou a interrompu son travail pour cause de maternité (art. 5 LPGGA) dans la mesure où ces absences sont prescrites par les dispositions de protection des travailleurs ou sont conformes aux clauses des conventions collectives de travail (let. d). L'art. 14 al. 1er LACI prévoit que sont libérées des conditions relatives à la période de cotisation les personnes qui, dans les limites du délai-cadre (art. 9 al. 3) et pendant plus de douze mois au total, n'étaient pas parties à un rapport de travail et, partant, n'ont pu remplir les conditions relatives à la période de cotisation, pour l'un des motifs suivants : formation scolaire, reconversion ou perfectionnement

A/1311/2015 - 8/14 - professionnel, à la condition qu'elles aient été domiciliées en Suisse pendant dix ans au moins (let. a) ; maladie (art. 3 LPGGA), accident (art. 4 LPGGA) ou maternité (art. 5 LPGGA), à la condition qu'elles aient été domiciliées en Suisse pendant la période correspondante (let. b) ; séjour dans un établissement suisse de détention ou d'éducation au travail, ou dans une institution suisse de même nature (let. c).

#### **E. 7**

Le montant de l'indemnité journalière est fonction du gain assuré (cf. art. 22 LACI). Aux termes de l'art. 23 al. 1<sup>ère</sup> phrase 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. L'art. 37 al. 1 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (OACI - RS 837.02) dispose que le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation (art. 11) qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation. 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).

#### **E. 8**

S'agissant des conditions relatives à la période de cotisation et de l'exercice d'une activité soumise à cotisation au sens de l'art. 13 al. 1 LACI, seul est déterminant le fait que l'assuré ait exercé une telle activité, et non pas de savoir si les cotisations ont été réellement versées à la caisse de compensation (ATF 113 V 352). En vue de prévenir les abus qui pourraient advenir en cas d'accord fictif entre l'employeur et un travailleur au sujet du salaire que le premier s'engage contractuellement à verser au second, la jurisprudence considère que la réalisation des conditions relatives à la période de cotisation présuppose en principe qu'un salaire soit réellement versé au travailleur (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 279/00 du 9 mai 2001 consid. 4c in DTA 2001 p. 225; arrêt du Tribunal fédéral C 174/05 du 26 juillet 2006 consid. 1.2). Dans un arrêt du 12 septembre 2005, le Tribunal fédéral a cependant eu l'occasion de préciser cette jurisprudence, en ce sens que la seule condition du droit à l'indemnité de chômage est, en principe, que l'assuré ait exercé une activité soumise à cotisation pendant la période minimale de cotisation, la preuve qu'un salaire a bel et bien

été payé demeurant seulement un indice important de la preuve de l'exercice effectif d'une activité salariée (ATF 131 V 444 consid. 3.3). Cette relativisation de l'exigence de la preuve d'un salaire effectivement versé a par la suite été confirmée dans de nombreux arrêts (cf.

A/1311/2015 - 9/14 - notamment arrêts du Tribunal fédéral des assurances C 183/06 du 16 juillet 2007 consid. 3; C 289/06 du 10 mai 2007 consid. 3; C 92/06 du 11 avril 2007; C 267/05 du 19 décembre 2006 consid. 2.2.1; C 284/05 du 25 avril 2006 consid. 2.5). Ainsi, lorsque l'assuré ne parvient pas à prouver qu'il a effectivement perçu un salaire, notamment en l'absence de virement périodique d'une rémunération sur un compte bancaire ou postal à son nom, le droit à l'indemnité de chômage ne pourra lui être nié en application de l'art. 8 al. 1 let. e et 13 LACI que s'il est établi qu'il a totalement renoncé à la rémunération pour le travail effectué, ce qui doit être admis avec retenue (ATF 131 V 444 consid. 3.3 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 183/06 du 16 juillet 2007 consid. 3). Les périodes où un travailleur n'a pas perçu son salaire en raison de l'insolvabilité de son employeur comptent en principe comme périodes de cotisation (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 20 ad art. 13). En revanche, l'absence de preuve d'un salaire versé devra être prise en considération dans la fixation du gain assuré (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 284/05 du 25 avril 2006 consid. 2.5). On pourrait certes penser que les exigences de preuve concernant l'exercice effectif d'une activité soumise à cotisation sont les mêmes que celles applicables à la détermination du gain assuré. Tel n'est toutefois pas le cas. Sous l'angle de l'application de l'art. 23 LACI, ou bien l'assuré établit la réalité d'un salaire soumis à cotisations et ce salaire est pris en compte au titre du 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 (Boris RUBIN, op. cit., n. 22 ad art. 13). 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 70 consid. 3). Dans un cas concernant l'épouse d'un restaurateur ayant travaillé au service de son mari, lequel avait annoncé à l'AVS qu'elle percevait un revenu mensuel de CHF 5'000.- alors que la comptabilité du restaurant affichait un solde négatif et que le versement effectif de ce salaire ne pouvait être prouvé, le Tribunal fédéral a confirmé que le gain assuré devait être calculé sur les six derniers mois de salaire réellement perçus, et que si un assuré ne parvient pas à établir la réalité du salaire 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 (DTA 2006 p. 226 consid. 3). Par ailleurs, lorsqu'un travailleur renonce au versement du salaire convenu afin de soutenir une entreprise récemment créée et que sa rémunération n'est en fin de compte pas versée en raison de l'insolvabilité de cette entreprise, ce revenu ne peut être pris en compte dans le gain assuré. Dans le cas contraire, l'indemnité de chômage servirait à couvrir le risque de l'entrepreneur, ce qui est contraire à son but et par conséquent abusif (Barbara KUPFER BUCHER, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzentschädigung, 4ème éd., Zurich 2013, p. 129).

A/1311/2015 - 10/14 - Il ne se justifie de s'écarter de la règle selon laquelle le gain assuré se fonde sur le salaire effectivement perçu que dans les cas où un abus sous forme de convention portant sur un salaire fictif peut être pratiquement exclu. Des raisons liées à la systématique de la loi imposent que les exceptions ne soient admises que de manière restrictive lors de la détermination du gain assuré (ATF 128 V 189 consid. 3a/aa). Ainsi, le salaire contractuel n'est déterminant que si les parties respectent sur ce point les clauses

contractuelles. Afin d'éviter des accords abusifs, un salaire contractuellement prévu ne sera pris en considération que s'il a réellement été perçu par le travailleur durant une période prolongée, sans faire l'objet de contestations (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 155/06 du 3 août 2007 consid. 3.2). Le Tribunal fédéral a ainsi admis que le salaire contractuel – et non le salaire effectivement réalisé – était déterminant dans le cas d'un assuré partie à de longs rapports de service, dont le salaire n'avait jamais été contesté et avait cessé d'être versé en dernier lieu uniquement en raison de difficultés de trésorerie de l'employeur (DTA 1995 p. 79 consid. 2c).

#### **E. 9**

Le juge ne doit considérer un fait comme prouvé que lorsqu'il est convaincu de sa réalité. Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables. Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 261/05 du 23 janvier 2007 consid. 4.1 et les références). Par ailleurs, dans le domaine des assurances sociales notamment, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire. Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 35/04 du 15 février 2006 consid. 3).

#### **E. 10**

En l'espèce, il apparaît incontestable que le recourant a bien exercé une activité soumise à cotisation pour l'employeur jusqu'à fin avril 2014 et qu'il n'a pas renoncé à obtenir la rétribution afférente à cette activité. Cela est notamment démontré par les démarches entreprises devant le Tribunal des prud'hommes. L'acquiescement de l'employeur aux conclusions du recourant doit également être considéré comme la preuve que l'activité était censée être rémunérée, quand bien même il n'a pas honoré ses engagements.

A/1311/2015 - 11/14 - Ces éléments suffisent à admettre que les conditions relatives à la période de cotisation sont réalisées. L'intimée ne semble du reste plus le contester dans sa réponse du 8 juillet 2015. Elle soutient cependant désormais que le gain assuré ne peut être déterminé avec suffisamment de précision, ce qui ne permettrait pas selon elle de reconnaître à l'intéressé un droit à l'indemnité. Il est vrai que le montant exact de la rémunération versée ne peut être établi avec certitude dans le cas d'espèce, sans qu'un quelconque manquement puisse être reproché sur ce point au recourant, qui a produit toutes les pièces qu'il était en mesure de se procurer. Les salaires mentionnés sur les bulletins de paie ne concordent de plus pas exactement avec le montant communiqué aux autorités fiscales – ce qui s'explique peut-être par le fait que certaines indemnités contractuelles ne sont pas imposables. En effet, l'addition des montants ressortant des bulletins de paie pour

2013 aboutit à un total brut de CHF 83'818.49, légèrement supérieur aux CHF 78'953.- indiqués dans le certificat de salaire et la déclaration d'impôt. En outre, les versements sur le compte du recourant par son employeur sont largement inférieurs aux montants mentionnés sur les fiches de salaire. Si le fait que le recourant se soit régulièrement acquitté de ses factures en espèces, comme le démontrent les récépissés produits, peut également être retenu comme un indice que certains montants lui ont été remis en liquide par son employeur, cet élément ne suffit cependant pas à reconstituer avec exactitude la rétribution qui lui a été versée. La Cour de céans considère cependant que l'on se trouve ici dans un cas similaire à ceux visés par la jurisprudence, où il convient de s'écarter du revenu effectivement perçu pour tenir compte du salaire contractuel. En effet, on peut exclure avec une quasi-certitude un abus dans la situation du recourant. D'une part, il n'a aucun lien de parenté avec l'employeur. Il n'avait pas non plus la qualité d'organe de l'entreprise et n'y exerçait pas une position dirigeante. S'il ne s'agit pas là de critères absolus pour exclure tout risque d'abus sous forme de salaire fictif, il n'en demeure pas moins que c'est souvent dans de telles situations que le Tribunal fédéral a réaffirmé que seuls les salaires réellement perçus étaient en principe déterminants pour le calcul du gain assuré (cf. à titre d'exemples arrêts du Tribunal fédéral 8C\_913/2011 du 10 avril 2012 et 8C\_840/2010 du 14 janvier 2011 ; arrêts du Tribunal fédéral des assurances C 155/06 du 3 août 2007 et C 182/04 du 2 février 2005). D'autre part, le recourant a travaillé plus de treize ans pour l'employeur avant de solliciter des indemnités de chômage. D'après la jurisprudence, il s'agit là de longs rapports de travail. L'analyse de son compte individuel AVS révèle qu'il a effectivement perçu des revenus réguliers durant cette période, dont le montant est très proche du revenu contractuel. Force est ainsi d'admettre que la condition liée au versement prolongé du salaire contractuel est également réalisée et qu'il y a lieu de faire abstraction du revenu réellement perçu et de fixer le gain assuré en fonction du revenu contractuel. La situation est analogue à celle qui a donné lieu à la

A/1311/2015 - 12/14 - jurisprudence citée, dans laquelle l'employeur, après avoir payé le salaire contractuel pendant une longue période, rencontre des problèmes financiers et ne le verse plus régulièrement ou complètement. On ajoutera encore que l'obligation de réduire le dommage est un principe qui s'applique dans le domaine des assurances sociales (ATF 123 V 230 consid. 3c). Il permet d'exiger d'un employé la continuation des relations contractuelles malgré des rapports de travail tendus ou des désaccords sur le montant du salaire. En revanche, on ne saurait exiger de l'assuré qu'il conserve son emploi, lorsque les manquements d'un employeur à ses obligations contractuelles atteignent un degré de gravité justifiant une résiliation immédiate au sens de l'art. 337 du code des obligations (CO – RS 220) (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 185/04 du

## **E. 12**

Eu égard à ce qui précède, le recours est admis. Le recourant, qui n'est pas représenté, n'a pas droit à des dépens (art. 61 let. g LPGA). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

A/1311/2015 - 14/14 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme :

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