

GE_GERICHTE ATAS/369/2023 vom 25. Mai 2023

GE Cour de justice, 2023-05-25, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_369_2023

FR: GE_GERICHTE ATAS/369/2023 du 25 mai 2023

IT: GE_GERICHTE ATAS/369/2023 del 25 maggio 2023

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), 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 (LACI - RS 837.0). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

E. 2

La modification du 21 juin 2019 de la LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2021. Le recours ayant été interjeté après cette date, il est soumis au nouveau droit (art. 82a LPGA a contrario).

E. 3

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

E. 4

Le litige porte sur le montant du gain assuré, en particulier sur la manière dont les commissions doivent être prises en considération dans son calcul.

E. 5

Aux termes de l'art. 22 al. 1 1ère phr. LACI, l'indemnité journalière pleine et entière s'élève à 80% du gain assuré.

E. 5.1

L'art. 23 al. 1 LACI définit le gain assuré comme 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 montant maximum du gain assuré (art. 18 LPGA) correspond à celui de l'assurance-accidents obligatoire. Le gain n'est pas réputé assuré lorsqu'il n'atteint pas un montant minimum. Le Conseil fédéral détermine la période de référence et fixe le montant minimum. Le salaire pris en compte se rapproche de la notion de salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS - RS 831.10) mais ne se recouvre pas exactement avec celui-ci, ce qui ressort de la formulation « normalement » du texte légal (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 8 ad art. 23 LACI).

E. 5.2

L'art. 37 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (OACI - RS 837.02) précise que le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (al. 1). 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

A/3126/2022 - 7/13 - (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. À ce jour, l'assuré doit avoir cotisé douze mois au moins pendant le délai-cadre applicable à la période de cotisation (al. 3).

E. 5.3

Pour déterminer si un élément de rémunération doit être inclus dans le gain assuré, seul est décisif le fait que cette rémunération se rapporte à la période en cause (arrêt du Tribunal fédéral 8C_757/2011 du 21 décembre 2011 consid. 3.4). Le Tribunal fédéral a rappelé qu'en matière de cotisations à l'AVS, un gain est réputé réalisé au moment auquel naît la prétention en paiement, en d'autres termes dès que la créance pour la prestation fournie est née, et pas seulement lors du règlement de cette créance. Il convient d'appliquer cette jurisprudence également en cas de gain intermédiaire, de sorte que la rémunération doit être imputée à la période durant laquelle la prestation rémunératoire a été fournie (ATF 122 V 367 consid. 5). Ce n'est ainsi pas le moment de l'encaissement qui est déterminant (arrêt du Tribunal fédéral 8C_358/2007 du 26 mai 2008 consid. 5.1). Il s'agit du principe de la survenance. En matière de commissions ou de provisions, aussi bien pour la détermination du gain intermédiaire que du gain assuré, on applique également la règle selon laquelle un revenu est réputé avoir été réalisé au moment où l'assuré a fourni la prestation de travail rémunératoire, et non pas au moment de l'encaissement. Cette règle vaut aussi lorsque la rémunération consiste en une prime annuelle versée régulièrement à tous les employés sans être prévue par le contrat, et dont le montant peut varier considérablement. Il est correct de la prendre en considération au prorata de la période de référence (arrêt du Tribunal fédéral des assurances 8C_472/2010 du 21 octobre 2010 consid. 5.2). Les gratifications, allocations de renchérissement et primes de fidélité et de rendement doivent ainsi être imputées proportionnellement sur les autres mois de l'année pendant laquelle l'assuré a travaillé, de la même manière qu'un treizième salaire (arrêt du Tribunal fédéral 8C_148/2019 du 4 juillet 2019 consid. 5.2). Le Tribunal fédéral des assurances a fait une exception à ce principe dans le cas d'une prime de l'employeur servant à la fois à compenser le renchérissement non perçu pendant plusieurs années, à remercier le travailleur pour ses services et à le dédommager pour la perte de salaire due à une réduction de son taux d'occupation. Il n'était dans ce cas pas possible de rattacher l'allocation à une durée d'activité déterminée, de telle sorte qu'elle devait être prise en compte pour la période durant laquelle elle avait été perçue (référence citée dans l'arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 179/06 du 15 novembre 2006 consid. 4). Statuant sur le gain assuré d'un courtier, le Tribunal fédéral a admis que l'on ne saurait se fonder sur les dates de paiement des commissions, car cela reviendrait à faire dépendre son montant des échéances de paiement du prix de vente convenu entre les parties au contrat principal, de retards éventuels intervenus dans ce paiement, ou encore de difficultés d'encaissement. Ce procédé serait source d'inégalités de traitement

A/3126/2022 - 8/13 - entre les assurés. 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, alors même qu'elles ne se rattachent à aucune activité depuis le début du chômage (arrêt du Tribunal fédéral 8C_358/2007 du 26 mai 2008 consid. 5.2). Ce système peut certes apparaître relativement compliqué quand il s'agit de commissions versées régulièrement, dans la mesure où il implique des calculs rectificatifs successifs de l'indemnité journalière. Il présente toutefois l'avantage de garantir l'égalité de traitement entre les assurés, en ce sens que le montant des indemnités compensatoires ne dépend pas des échéances de paiement convenues entre les parties. En outre, il est de nature à prévenir des abus en empêchant que les intéressés spéculent sur le moment du paiement des commissions en fonction, par exemple, de périodes où l'assuré n'était pas encore ou n'était plus au chômage (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 179/06 du 15 novembre 2006 consid. 4).

E. 6

Le règlement d'entreprise du 1er juillet 2020 de l'ancien employeur prévoit notamment que les conseillers reçoivent, en sus du salaire de base, une commission sur les ventes réalisées (ch. 8.1). Le taux de la commission est de 20% du montant encaissé hors taxes (ch. 8.2). Les mandats de courtage encaissés font également l'objet d'une commission, laquelle se monte à 50% du montant encaissé hors taxes (ch. 8.3). Les commissions prises en compte dans un salaire sont comptabilisées du 21 du mois précédent au 20 du mois concerné par la fiche de salaire (ch. 8.4). Le règlement prévoit encore aux ch. 9.1 et 9.2 que pour les conseillers, une prime mensuelle de CHF 1'000.- est versée, à bien plaisir. Le contrat de travail peut prévoir des conditions différentes. Dans tous les cas, cette prime n'est versée que si le conseiller a réalisé au moins une vente dans le mois.

E. 7

L'art. 11a al. 1 LACI dispose que la perte de travail n'est pas prise en considération tant que des prestations volontaires versées par l'employeur couvrent la perte de revenu résultant de la résiliation des rapports de travail. Aux termes de l'art. 10a OACI, sont réputées prestations volontaires de l'employeur les prestations allouées en cas de résiliation de rapports de travail régis par le droit privé ou par le droit public qui ne constituent pas des prétentions de salaire ou d'indemnités selon l'art. 11 al. 3 LACI. L'art. 11 al. 3 LACI ne vise que les prétentions dues pour la période pendant laquelle l'assuré est au chômage et les autres conditions du droit à l'indemnité de chômage sont réalisées, ce qui exclut les prétentions de salaire arriéré et les indemnités dues pour la durée des rapports de travail effectifs (ATF 139 V 384 consid. 5.4.1). Par prestations volontaires, il faut comprendre dans un sens large les indemnités de départ qui excèdent ce à quoi la loi donne droit à la fin du contrat de travail. Ces prestations peuvent reposer sur un contrat (RUBIN, op. cit., n. 5 ad art. 11a LACI).

A/3126/2022 - 9/13 -

E. 8

En l'espèce, l'intimée a établi le gain assuré en ajoutant au salaire contractuel de base les commissions découlant des contrats de courtage conclus par l'intermédiaire du recourant durant la période de référence. Cette manière de procéder est conforme à la jurisprudence citée ci-dessus. Elle correspond également aux informations données par l'ancien employeur sur le paiement des différentes commissions. En effet, par courriels du 16 et du

20 août 2021, l'ancien employeur a exposé à l'intimée que le contrat de courtage garantissait et déterminait la commission et que le contrat de vente ne constituait qu'une simple étape. Il est vrai que le règlement d'entreprise prévoit le versement d'une commission en cas de vente. Cela ne signifie toutefois pas que cette étape correspond à la prestation de travail la plus importante, même si c'est bien la vente qui génère les revenus les plus significatifs. En toute hypothèse, il paraît impossible de déterminer au degré de la vraisemblance prépondérante à quel moment cette prestation a été fournie, comme cela ressort des courriers de l'ancien employeur du 26 juillet et du 5 août 2021. Le recourant ne peut être suivi lorsqu'il affirme, de manière au demeurant péremptoire, que le travail doit être considéré comme réalisé dans le mois qui précède la vente. Certaines des commissions versées plus d'un mois après la fin des rapports de travail suffisent d'ailleurs à invalider cette allégation. Le recourant a du reste admis dans ses déterminations du 23 août 2022 que le travail relatif aux différentes ventes est difficile à dater et à quantifier. Il y a également exposé que le contrat de vente est établi par l'ancien employeur – ce qui correspond aux explications données par ce dernier le 5 août précédent, et étaye la conception selon laquelle la vente en tant que telle n'est pas l'élément caractéristique et prépondérant de la prestation de travail, et partant n'a pas à être considérée comme la prestation rémunératoire. Compte tenu de ces éléments, on doit confirmer dans son principe l'intégration au gain assuré des commissions correspondant à des contrats de courtage conclus pendant la période de référence.

E. 9

Reste à vérifier les calculs de l'intimée.

E. 9.1

Les commissions versées durant l'année qui précède l'inscription au chômage se sont élevées en tout à CHF 41'522.80 selon les fiches de salaire (soit CHF 8'827.80 en octobre 2020, CHF 225.- en novembre 2020, CHF 1'665.- en janvier 2021, CHF 225.- en février 2021, CHF 10'755.- en mars 2021, CHF 8'900.- en avril 2021, CHF 3'475.- en mai 2021 et CHF 7'450.- en juin 2021). L'ancien employeur a encore versé des commissions de CHF 8'956.25 en juillet 2021 et CHF 7'510.- en septembre 2021. L'ancien employeur a indiqué dans ses tableaux du 23 septembre 2021 et du 7 mars 2022 les dates de signature des commissions de courtage comme suit, étant précisé que les commissions versées avec les salaires avant octobre 2020 sont toutes liées à des contrats de courtage conclus en dehors de la période de référence courant de juillet 2020 à juin 2021.

A/3126/2022 - 10/13 - Décompte de salaire Commission Signature du contrat de courtage

Octobre 2020 CHF 6'850.- Juillet 2020

CHF 475.-

Juillet 2020

CHF 1'068.92 Février 2020

CHF 225.-

Septembre 2020

CHF 208.90 Octobre 2020 Novembre 2020 CHF 225.-

Septembre 2020 Janvier 2021

CHF 225.-

Décembre 2020

CHF 1'440.- Octobre 2017 Mars 2021

CHF 7'740.- Février 2021

CHF 2'565.- Juillet 2020

CHF 450.-

Février 2021 Avril 2021

CHF 8'550.- Octobre 2020

CHF 225.-

Mars 2021

CHF 125.-

Novembre 2020 Mai 2021

CHF 1'000.- Décembre 2020

CHF 1'000.- Mars 2020

CHF 1'000.- Février 2021

CHF 475.-

Février 2021 Juin 2021

CHF 2'070.- Mars 2019

CHF 4'680.- Août 2020

CHF 225.-

Mars 2019

CHF 475.-

Août 2020

Juillet 2021

CHF 4'406.25 Mars 2020

CHF 3'600.- Janvier 2021

CHF 950.-

Mars 2020 Août 2021

CHF 1'000.- Janvier 2021 Septembre 2021 CHF 4'000.- Mandat externe

CHF 3'510.- Décembre 2018 Dans sa décision sur opposition, l'intimée a repris les commissions communiquées par l'ancien employeur correspondant aux contrats de courtage signés durant la période de référence, soit CHF 1'440.- pour le contrat d'octobre 2017 ; CHF 3'510.- pour le contrat de décembre 2018 ; CHF 225.- et CHF 2'070.- pour les contrats de mars 2019 ; CHF 1'068.92 pour le contrat de février 2020 ; CHF 950.-, CHF 1'000.- et CHF 4'406.25 pour les contrats de mars 2020. Elle a ajouté les indemnités en cas

de réduction de l'horaire de travail à 100% de CHF 953.25 en novembre 2020, CHF 1'666.75 en décembre 2020, CHF 1'753.13 en janvier 2021, et CHF 1'627.75 en février 2021. L'intimée a en revanche omis la commission de CHF 125.- afférente à un contrat signé en novembre 2020. On notera que si le recourant allègue que les dates de courtage mentionnées par l'ancien employeur sont erronées, il n'amène aucun élément concret qui justifierait que l'on s'en écarte. L'animosité entre l'ancien employeur et le recourant ne suffit pas à mettre en doute les renseignements donnés par le premier à l'intimée dans le cadre de son obligation légale de collaborer, ancrée à l'art. 28 al. 1 LPGA. De plus, dans la mesure où le recourant admet ne pas avoir accès aux données des différents contrats, on comprend mal comment il peut

A/3126/2022 - 11/13 - affirmer que les indications fournies à ce sujet par son ancien employeur seraient erronées. Par ailleurs, contrairement à ce qu'il affirme dans son écriture du 23 septembre 2022, l'intimée a bien pris en compte – dans la mesure temporelle délimitée par la signature des contrats de courtage – les commissions versées après la fin des rapports de travail. Quant au courriel que le recourant a produit, dont il infère qu'il démontrerait le caractère erroné des dates communiquées pour la signature des contrats de courtage, il n'a pas la portée qu'il lui prête. Il ne ressort en effet pas de ce courriel, dont on ignore d'ailleurs qui en est le destinataire, que le contrat de courtage aurait déjà été conclu lors de sa rédaction. S'agissant de la liste des commissions que le recourant a transmise à l'intimée en août 2021, s'élevant selon lui à un revenu de CHF 68'736.-, soit CHF 11'456.- par mois, la réalité des chiffres qui y sont avancés n'est étayée par aucune autre pièce. Partant, s'agissant des commissions, la chambre de céans s'en tiendra aux montants retenus par l'intimée sur la base des tableaux établis par l'ancien employeur, en y ajoutant toutefois la commission manquante de CHF 125.- de novembre 2020.

E. 9.2

Reste enfin à examiner si le montant de CHF 6'000.- versé pour solde de tout compte doit être intégré au gain assuré. L'ancien employeur soutient qu'il s'agirait d'une prestation de sortie volontaire. Or, aucun élément ne permet de le confirmer. En premier lieu, ni le règlement ni le contrat de travail ne donnent droit à une telle prestation. Selon l'expérience générale de la vie, on peut douter qu'un employeur, dont les relations avec son ancien employé sont empreintes d'animosité, lui consente des libéralités importantes sans y être tenu contractuellement. De plus, ce versement est intervenu à l'issue d'une conciliation avec le recourant, faisant suite à ses demandes de règlement de montants dus à raison des rapports de travail. En effet, celui-ci, par son conseil, avait réclamé par courrier du 17 août 2021 à l'ancien employeur le paiement de plusieurs commissions, ou compléments de commissions qu'il estimait injustement partagées avec d'autres courtiers. Il avait également exigé la somme de CHF 3'000.-, correspondant à une prime qui lui avait été versée en mars 2020, et que l'ancien employeur avait ensuite unilatéralement déduite du salaire versé en juin 2020. Les fiches de salaire corroborent ce grief. Si l'accord stipulant le versement du montant de CHF 6'000.- n'indique pas les postes qu'il est censé couvrir – ce qui serait d'ailleurs superfétatoire dans le cadre d'un règlement pour solde de tout compte – on ne saurait pour autant exclure qu'il s'agisse d'éléments de rémunération en lien avec les rapports de travail. Il paraît en particulier hautement vraisemblable que le montant de CHF 6'000.- était en partie destiné à compenser le salaire non versé à hauteur de CHF 3'000.- en juin 2020 par l'ancien employeur, qui avait ainsi décidé de se rembourser la prime versée quelques mois plus tôt. Dans la mesure où cette prime n'apparaît pas indue

A/3126/2022 - 12/13 - au vu du règlement, celui-ci ne semblait pas fondé à en obtenir la restitution par compensation avec le salaire dû. S'agissant de l'imputation temporelle de cette prime, dans la mesure où le règlement prévoit le versement d'une prime mensuelle de CHF 1'000.-, quand bien même il ne s'agit à première vue pas d'une prétention pouvant faire l'objet d'une action en justice, on peut admettre que le montant de CHF 3'000.- fait partie de la rémunération pendant la période de référence et doit être intégré dans le gain assuré. Pour le surplus, dès lors qu'on ne peut établir avec certitude les autres montants, et en particulier les commissions que le solde de CHF 3'000.- du versement pour solde de tout compte est censé couvrir, on ne saurait l'intégrer dans le gain assuré. On peut rappeler ici que selon la jurisprudence cantonale, une indemnité versée pour solde de tout compte, dont l'assuré n'a pas démontré qu'elle correspondait à des commissions ou à une prestation de travail rémunératoire pendant la période de référence, ne peut être incluse dans le gain assuré (arrêt 2017 / 725 de la cour des assurances sociales du Tribunal cantonal vaudois du 23 octobre 2017 consid. 6b/bb).

E. 9.3

Au vu des éléments qui précèdent, la décision sur opposition doit être réformée en ce sens que le gain assuré sur douze mois doit être augmenté de CHF 125.- et CHF 3'000.-, ce qui le porte à CHF 90'528.68, arrondis à CHF 90'529.-. Cela correspond à un gain assuré de CHF 7'544.05 par mois. On précisera encore que c'est à juste titre que l'intimée a retenu le gain assuré réalisé sur les douze derniers mois, dont le montant est plus élevé que celui perçu durant les six mois précédant la résiliation des rapports de travail.

E. 10

Compte tenu de ces éléments, le recours est très partiellement admis.

E. 11

Le recourant n'étant pas représenté, il n'a pas droit à des dépens (art. 61 let. g LPG).

E. 12

Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. fbis LPG a contrario).

A/3126/2022 - 13/13 - 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.