

# GE\_GERICHTE A/1278/2015 vom 17. März 2016

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

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_1278\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_1278_2015)

FR: GE\_GERICHTE A/1278/2015 du 17 mars 2016

IT: GE\_GERICHTE A/1278/2015 del 17 marzo 2016

## Erwägungen

### E. 3

ème Chambre En la cause Monsieur A\_\_\_\_\_, domicilié à GENÈVE recourant contre CAISSE DE CHOMAGE SYNA, sise route des Acacias 18, GENÈVE intimée EN FAIT

1. Monsieur A\_\_\_\_\_ (ci-après l'assuré), né en 1980, s'est annoncé auprès de la Caisse de chômage Syna (ci-après la caisse) le 1<sup>er</sup> avril 2014. Il a requis le versement d'indemnités de chômage dès le 1<sup>er</sup> mai 2014, en indiquant avoir été licencié pour le 30 avril 2014. A l'appui de sa demande, l'assuré a produit : - ses bulletins de salaire de 2013, dont il ressortait que son revenu brut s'était élevé à CHF 4'560.71 en janvier, CHF 5'432.94 en février, CHF 5'647.29 en mars, CHF 5'734.59 en avril, CHF 6'247.88 en mai, CHF 5'000.95 en juin, CHF 6'247.88 en juillet, CHF 5'346.- en août, CHF 5'404.29 en septembre, CHF 6'219.69 en octobre, CHF 5'690.49 en novembre et CHF 9'416.11 en décembre; - le contrat de travail signé avec Monsieur B\_\_\_\_\_ (ci-après l'employeur) pour une activité de maçon-carreleur à 100 % rémunérée CHF/h. 30.-, salaire auquel s'ajoutait un 13<sup>ème</sup> salaire, et précisant que le contrat était soumis à la convention collective de travail nationale; - une lettre de l'employeur du 31 janvier 2014 résiliant les rapports de travail pour le 30 avril 2014 pour raisons économiques; - une attestation de l'employeur du 6 avril 2014, mentionnant que les rapports de travail avaient débuté le 1<sup>er</sup> janvier 2001 et que le dernier salaire mensuel de l'assuré s'était élevé à CHF 6'370.90 ; figurait sur ce document l'annotation manuscrite suivante « selon l'assuré, a commencé le 01/01/2005 » .

2. Le 9 avril 2014, la caisse a invité l'assuré à l'informer de ses démarches devant les Prud'hommes et à produire une copie de son certificat de salaire d'avril 2014 et des justificatifs bancaires attestant du versement des salaires de mars 2013 à avril 2014.

3. Le 14 avril 2014, l'assuré a répondu à la caisse que son employeur l'avait payé en espèces dès mars 2013. Il a produit quatre certificats de salaire. Selon ces documents, sa rémunération brute s'est élevée à CHF 6'280.75 en janvier 2014, CHF 6'099.75 en février 2014, CHF 6'370.90 en mars 2014 et CHF 6'643.75 en avril 2014.

4. Le 15 avril 2014, la caisse a informé l'assuré que les documents à sa disposition ne lui permettaient pas de statuer sur son droit à l'indemnité. Elle a encore requis de l'assuré, concernant les années 2012 et 2013, la production de ses déclarations fiscales, de ses certificats de salaire, de ses certificats de prévoyance professionnelle, ainsi que les quittances originales de ses douze derniers salaires, accompagnées d'un extrait du livre de comptes à réclamer à l'employeur, des justificatifs bancaires attestant du versement des salaires de mai 2013 à avril 2014, les preuves de l'affiliation de l'assuré aux assurances sociales, tous les documents déposés devant la juridiction des prud'hommes, ainsi qu'une preuve du versement des salaires ressortant de la comptabilité de l'employeur.

5. Le 22 avril 2014, la caisse a obtenu de l'assuré ses certificats de salaire 2012 et 2013, faisant état de revenus bruts de CHF 63'353.- et CHF

64'961.-, ainsi que la requête de conciliation déposée devant les prud'hommes en date du 11 avril 2014, concluant au versement d'un montant net de CHF 4'028.20 et d'un montant brut de CHF 24'053.52, correspondant au solde des salaires dû pour 2013 et 2014, aux salaires de février à avril 2014, aux vacances et au 13 ème salaire. 6. Le 23 avril 2014, l'assuré a expliqué ne pouvoir produire le moindre certificat de prévoyance professionnelle, son employeur ne les lui ayant jamais remis, pas plus que des quittances de salaire. Son employeur le payait en espèces et ne lui avait jamais fait signer de document. Il n'arrivait pas à le joindre pour obtenir la preuve de son affiliation aux différentes assurances sociales. Pour le surplus, il produisait : - ses décomptes bancaires de mai à juillet 2012 et de novembre 2012 à février 2013, dont il ressortait que l'employeur lui avait versé : CHF 5'000.- en mai 2012, CHF 5'000.- en juin 2012, CHF 3'000.- en juillet 2012, CHF 4'800.- en novembre 2012, CHF 5'500.- en décembre 2012, CHF 2'700.- en janvier 2013 et CHF 4'000.- en février 2013 ; - sa déclaration fiscale 2012, indiquant un revenu de CHF 63'353.-. 7. Selon l'extrait de compte individuel AVS que la caisse s'est procuré le 25 avril 2014, l'assuré a réalisé entre 2005 et 2011 auprès de l'employeur un revenu qui a oscillé entre CHF 41'238.- et CHF 61'187.- (CHF 61'187.- en 2011). Jusqu'en 2010, l'assuré a également perçu des revenus versés annuellement par diverses caisses de compensation du gros œuvre et du second œuvre, allant de CHF 4'244.- à CHF 5'910.-. 8. Le 9 mai 2014, la caisse a requis de l'employeur la copie des certificats de prévoyance professionnelle 2012 et 2013, les quittances de salaires accompagnées d'un extrait de son livre de compte attestant de la sortie des salaires, les justificatifs bancaires attestant du versement des salaires de mai 2012 à avril 2014 et la preuve de l'affiliation de l'assuré aux assurances sociales. 9. Le 12 mai 2014, la caisse a invité l'assuré à produire sa déclaration fiscale 2013 ainsi que ses certificats de salaire 2012 et 2013 et à lui confirmer la date à compter de laquelle son salaire lui avait été versé en espèces. 10. Du procès-verbal de l'audience de conciliation tenue devant le Tribunal des prud'hommes en date du 13 mai 2014, il ressort que, devant cette juridiction, l'employeur s'est engagé à verser à l'assuré, pour solde de tout compte, un montant de CHF 24'053.50 bruts et de CHF 4'028.20 nets, en quatre acomptes de CHF 5'000.- bruts versés mensuellement dès le 31 mai 2014, puis de CHF 4'053.50 le 30 septembre 2014 et CHF 4'028.20 nets le 31 octobre 2014. 11. Le 3 juin 2014, la caisse a derechef requis de l'employeur la production des pièces réclamées dans son courrier du 12 mai 2014. 12. Le 11 juillet 2014, la caisse a invité l'Office cantonal de l'emploi (OCE) à intervenir auprès de l'employeur afin d'obtenir les pièces en question. 13. Par courriel du 16 septembre 2014, l'OCE lui a répondu que l'employeur avait quitté le territoire genevois pour s'établir à l'étranger ; son adresse était inconnue et il était impossible de récupérer les documents requis. 14. L'assuré a alors exigé de la caisse une décision formelle sur son droit aux indemnités. 15. Par décision du 17 octobre 2014, la caisse a nié à l'assuré tout droit à l'indemnité, motif pris du fait que le montant du salaire versé durant le délai-cadre de cotisation - du 1 er mai 2012 au 30 avril 2014 - ne pouvait être déterminé au degré de vraisemblance prépondérante, que l'assuré n'avait pas démontré que son salaire lui avait été versé en espèces et qu'il fallait dès lors considérer que la preuve de la réalité d'un salaire soumis à cotisation n'avait pas été apportée. Les montants versés sur le compte bancaire de l'assuré ne correspondaient pas à ceux figurant sur les fiches de salaire reçues par la caisse. De plus, selon la requête de conciliation devant les prud'hommes, l'assuré avait réclamé à son employeur un solde pour 2013 et 2014, les salaires impayés durant le

préavis, le 13<sup>ème</sup> salaire et son solde de vacances.![endif]>![if> 16. Par courriel du 31 octobre 2014, l'OCE a informé la caisse qu'il se proposait de sanctionner l'employeur de l'assuré pour violation de son devoir d'information. ![endif]>![if> 17. Le 3 novembre 2014, l'assuré s'est opposé à la décision de la caisse, à laquelle il a reproché de n'avoir pas tenu compte du fait que son employeur avait entièrement acquiescé à sa demande et avait admis l'existence d'un revenu mensuel de CHF 6'000.-. Il a allégué que son salaire avait été versé régulièrement et en totalité jusqu'en mars 2013. ![endif]>![if> 18. Le 10 novembre 2014, la caisse, se référant à la transaction intervenue devant les Prud'hommes entre l'employeur et l'assuré a demandé à celui-ci d'attester de la réception des acomptes dus selon ladite transaction.![endif]>![if> 19. Le 24 novembre 2014, l'assuré a transmis à la caisse une quittance signée par ses soins, attestant du versement par son employeur de la somme de CHF 19'000.-. ![endif]>![if> 20. Par décision du 17 mars 2015, la caisse a rejeté l'opposition. ![endif]>![if> La caisse a retenu que les montants versés sur le compte de l'assuré ne correspondaient pas à ceux des fiches de salaire qui lui avaient été transmises. De plus, selon la requête de conciliation devant les prud'hommes, l'assuré avait réclamé à son employeur des montants pour 2013 et 2014, les salaires impayés durant le préavis, le 13<sup>ème</sup> salaire et son solde de vacances. Il en découlait que le montant du salaire versé n'était pas déterminable. Quant à la quittance transmise le 24 novembre 2014, non datée, elle ne précisait pas à quoi correspondaient les CHF 19'000.- versés ; qui plus est, ce montant ne correspondait pas aux acomptes prévus dans la transaction. 21. Par écriture du 20 avril 2015, l'assuré a interjeté recours auprès de la Cour de céans en concluant, préalablement à l'ouverture d'enquêtes, à ce qu'il soit constaté qu'il avait exercé une activité soumise à cotisation dans les 24 mois précédant son inscription et à ce qu'un droit à l'indemnité de chômage lui soit reconnu dès le 1<sup>er</sup> mai 2014. ![endif]>![if> Le recourant allègue notamment que l'intimée aurait dû se subroger à lui pour faire valoir ses prétentions de salaire dans la procédure devant les prud'hommes. Il explique que son revenu était indispensable pour couvrir les besoins essentiels de sa famille. Ses dépenses incompressibles, dont un loyer de CHF 1'558.- et des primes d'assurance-maladie de CHF 853.80, représentaient un total de CHF 2'412.-, dont il estime que la couverture constitue un indice confirmant son activité salariée. Si l'employeur ne lui a pas donné de quittances de salaire en raison de leurs relations de confiance, le paiement des factures courantes et les versements sur son compte bancaire ressortent des décomptes produits. Le recourant a produit ses décomptes de salaire de janvier 2012 à avril 2014, ses décomptes bancaires de janvier 2012 à août 2014 et ses bordereaux d'impôts pour 2012 et 2013, ainsi que, notamment : - un extrait de compte de janvier 2012 à août 2014, démontrant le versement par l'employeur de montants de CHF 4'788.30 en février 2012, CHF 4'000.- en avril 2012, CHF 5'000.- en mai 2012, CHF 5'000.- en juin 2012, CHF 3'000.- en juillet 2012, CHF 4'800.- en novembre 2012, CHF 5'500.- en décembre 2012, CHF 2'700.- en janvier 2013, CHF 4'000.- en février 2013, CHF 4'652.55 en avril 2013, CHF 2'500.- en août 2013, mais aussi des dépôts par l'assuré de CHF 4'800.- en février 2012, CHF 1'000.- en septembre 2012, CHF 500.- en janvier 2013, CHF 1'200.- en mars 2013, CHF 1'300.- en mai 2013, CHF 400.- en mai 2013, CHF 800.- en juillet 2013, CHF 1'000.- en novembre 2013, CHF 1'400.- en décembre 2013, CHF 2'800.- en janvier 2014 ; CHF 2'000.- en février 2014, CHF 500.- en avril 2014 et CHF 2'000.- en juin 2014;![endif]>![if> - son bordereau de taxation pour 2013 retenant un revenu de CHF 64'961.-; ![endif]>![if> - divers récépissés de paiements.![endif]>![if> 22. Le 19 mai 2015, l'intimée a persisté dans ses conclusions.![endif]>![if> 23. A la demande de la chambre de céans, le recourant

a encore produit par courrier du 2 juin 2015 sa déclaration d'impôt 2014 et la quittance de paiement de son ancien employeur, attestant du versement de CHF 19'000.-. Il a précisé que son avis de taxation pour 2014 ne lui avait pas encore été notifié.!

L'intimée, constatant que la déclaration fiscale n'était ni datée, ni signée, a demandé à l'administration fiscale cantonale (AFC) confirmation de son enregistrement, qu'elle a obtenue en date du 23 juin 2015 et communiquée à la Cour de céans. Aux termes de ce document, l'assuré a déclaré un revenu de CHF 19'000.- en 2014.!

Dans sa réponse du 3 juillet 2015, l'intimée a conclu au rejet du recours. Elle ne conteste pas l'exercice effectif d'une activité soumise à cotisation, nonobstant l'absence de versement de charges sociales, mais rappelle que la détermination du gain assuré doit se fonder exclusivement sur les salaires effectivement versés. Or, les montants que l'assuré prétend avoir reçus n'ont pu être prouvés : l'attestation de l'employeur mentionnait pour avril 2014 un salaire de CHF 6'370.90, alors que la fiche de salaire indiquait CHF 6'211.75 ( sic ) ; ces sommes n'ont d'ailleurs pas été versées, puisque le recourant a dû initier une procédure prud'homale. Quant à la quittance portant sur CHF 19'000.-, elle ne correspond pas aux décomptes de salaires et ne mentionne aucune charge sociale, de sorte qu'il ne peut en être tenu compte. Par ailleurs, les montants indiqués dans les bulletins de salaire mensuels 2012 et 2013 ne sont pas identiques à ceux figurant dans les certificats de salaire annuels et dans les avis de taxation. Aucun certificat de prévoyance professionnelle, aucune quittance du versement du salaire en espèces, aucun extrait de livre de compte de l'employeur n'a pu être produit, pas plus que la preuve de l'affiliation du recourant aux différentes assurances sociales. 26. Le 6 juillet 2015, le recourant a adressé à l'intimée son certificat de salaire 2014, que son employeur avait daté du 1<sup>er</sup> avril 2014 et dans lequel il mentionnait un revenu de CHF 19'000.-.!

Invité à produire tout autre document utile, le recourant, dans ses déterminations du 23 juillet 2015, a allégué avoir fourni toutes les informations et documents nécessaires à l'examen de sa prétention. Il rappelle que son employeur a été condamné pour violation de son devoir d'informer et demande que soit appliquée la pratique administrative, selon laquelle le plus petit montant est retenu pour déterminer le gain assuré en cas de divergence entre les chiffres ressortant des certificats de salaire, des extraits de livre de compte et une déclaration d'impôt. 28. Une audience de comparution personnelle s'est tenue en date du 3 septembre 2015.!

Le recourant a expliqué que son père et lui ont tous deux travaillé pour l'employeur, qui leur avait versé leurs salaires sur leurs comptes bancaires jusqu'en février 2013, date à compter de laquelle il avait rencontré de grandes difficultés et les avait payés en espèces, en fonction des rentrées d'argent, parfois seulement en partie. Le recourant a indiqué que son employeur ne s'était finalement pas conformé à la transaction judiciaire et ne lui avait versé que CHF 10'000.- en lieu et place des CHF 19'000.- convenus. L'intimée a pour sa part souligné qu'aucune cotisation sociale n'a été versée depuis 2012. Elle ne dispose que d'un certificat de salaire à l'attention de l'administration fiscale et d'une quittance de CHF 19'000.- pour 2014, ainsi que de huit mouvements bancaires durant le délai de cotisation, soit CHF 5'000.- en mai 2012, CHF 3'000.- en juin 2012, CHF 4'800.- en octobre 2012, CHF 5'500.- en novembre 2012, CHF 2'700.- en décembre 2012, et CHF 4'000.- en janvier 2013, CHF 4'652.55 en mars et CHF 2'500.- en juillet 2013. 29. Le même jour, la chambre de céans a imparti à l'employeur un délai au 1<sup>er</sup> octobre 2015 pour lui indiquer le nom de la fiduciaire chargée de la tenue de ses comptes et produire les certificats de prévoyance professionnelle de 2012 à 2014, les livres de compte de son entreprise de 2012 à 2014, ainsi que tout document pouvant démontrer le

versement de salaires au recourant durant ces années. 30. Le 29 octobre 2015, le recourant a produit son avis de taxation 2014, retenant un revenu de CHF 19'000.-.

31. Par courrier du 6 octobre 2015, la chambre de céans a invité l'intimée à se déterminer sur la base du dossier à sa disposition et à procéder au calcul du gain assuré.

32. Par écriture du 9 novembre 2015, l'intimée a indiqué ne pouvoir se fonder sur l'attestation de l'employeur et les fiches de salaires pour déterminer le gain assuré, puisque les montants divergent.

Elle ajoute que les déclarations fiscales ne donnent pas non plus d'indications suffisamment probantes, puisque le recourant a déclaré un revenu de CHF 19'000.- alors qu'il a admis en audience n'avoir reçu que CHF 10'000.-. Aucun versement n'a été attesté durant les six derniers mois d'activité et le libellé des sommes versées sur le compte bancaire ne permet pas d'en avoir le détail ; il s'agit le plus souvent de versements ronds, inférieurs aux salaires indiqués dans les fiches de salaire.

33. Copie de cette écriture a été transmise au recourant et la cause gardée à juger.

**EN DROIT**

**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 1 er janvier 2011, 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 (loi sur l'assurance-chômage, LACI - RS 837.0).

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

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

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

**4.** Le litige porte sur le droit du recourant à des indemnités de chômage dès le 1 er 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.

**5.** En vertu de l'art. 8 al. 1 er 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).

**6.** L'art. 13 al. 1 er 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 LPGA) ou victime d'un accident (art. 4 LPGA) et, partant, ne paie pas de cotisations (let. c), ou a interrompu son travail pour cause de maternité (art. 5 LPGA) 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. 1 er 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 professionnel, à la condition qu'elles aient été domiciliées en Suisse pendant dix ans au moins (let. a) ; maladie (art. 3 LPG), accident (art. 4 LPG) ou maternité (art. 5 LPG), 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). 7. Le montant de l'indemnité journalière est fonction du gain assuré (cf. art. 22 LACI).

!endif>!  
Aux termes de l'art. 23 al. 1 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). 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 ).

!endif>!  
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. 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 des 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 Arbeitslosen-versicherung und Insolvenzsenschädigung, 4<sup>ème</sup> éd., Zurich 2013, p. 129). 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). 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).

10. En l'espèce, le recourant indique avoir commencé à travailler pour l'employeur en juin 2005 – et non en 2001, comme l'indiquent l'attestation de l'employeur et le contrat de travail. L'analyse de son décompte AVS confirme que des revenus réalisés auprès de cet employeur ont été déclarés de 2005 à 2011. Selon ses allégations, l'employeur l'aurait payé en espèces dès mars 2013, parfois seulement partiellement, en raison de difficultés financières rencontrées depuis lors. Le recourant a d'ailleurs attiré son employeur en justice afin d'obtenir le versement des salaires en souffrance et ce dernier a fait droit à ses conclusions. Il paraît ainsi établi que le recourant a bien exercé dès 2005 une activité soumise à cotisation. L'intimée ne le conteste d'ailleurs plus, mais invoque l'impossibilité de déterminer le gain assuré. Malgré la collaboration du recourant à l'instruction, il est en effet impossible de déterminer avec certitude quels sont les montants qui lui ont été réellement versés à titre de salaires. Les sommes virées sur son compte bancaire sont en effet largement inférieures à celles qui ressortent de ses bulletins de salaires et le règlement régulier des factures du recourant ne suffit pas non plus à établir quel revenu il a réalisé. 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 près de neuf 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 perçu des revenus réguliers durant cette période, dont le montant est très proche du revenu contractuel. En effet, le dernier revenu annoncé était de CHF 61'187.- en 2011, alors que pour 2013, le salaire annuel s'élève selon les décomptes à CHF 65'602.82 et le revenu déclaré aux autorités fiscales à CHF 64'961.-. 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 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 12 avril 2005 consid. 3.2). Or, selon la jurisprudence, si l'employeur refuse malgré une mise en demeure claire de payer le salaire dû, le travailleur peut résilier le contrat avec effet immédiat (arrêt du Tribunal fédéral 4C.2/2003 du 25 mars 2003 consid. 4.3). Dans ces circonstances, ne pas reconnaître le droit à l'indemnité de chômage du recourant au motif que le salaire effectivement versé dans l'année précédant sa demande ne peut être établi avec certitude, alors que son gain assuré aurait été aisément déterminable s'il avait exercé son droit aux prestations en résiliant son contrat de travail au premier défaut de paiement de l'employeur, reviendrait à sanctionner le recourant alors même qu'il a consenti d'importants sacrifices pour éviter d'émerger à l'assurance-chômage. 11. Reste à déterminer le salaire contractuel. > Le recourant était actif dans le secteur de la construction, qui fait l'objet d'une convention collective de travail de force obligatoire, soit la convention nationale du secteur principal de la construction (CN) dont la teneur peut être consultée en ligne à l'adresse suivante :

<https://www.ge.ch/cct/EnVigueur/dati/cct/L29.asp?toc=1>. Selon l'art. 24 al. 2 de cette convention, le total des heures annuelles de travail déterminant s'élève à 2112. L'art. 50 CN précise au sujet du 13<sup>ème</sup> salaire qu'il correspond à 8.3% du salaire déterminant versé durant l'année. Le salaire contractuel du recourant s'élève ainsi à CHF 68'618.90, soit 2112 heures à CHF 30.- (CHF 63'360.-) et un 13<sup>ème</sup> salaire (CHF 5'258.90). L'analyse du compte individuel AVS du recourant révèle que les revenus réellement perçus par lui ont été inférieurs, puisque sa rétribution en 2011 n'a été que de CHF 61'187.-. Selon le chiffre B148 du Bulletin LACI IC publié par le Secrétariat d'État à l'économie dans sa version d'octobre 2012, pour les personnes qui occupent une position comparable à celle d'un employeur, lorsque le salaire a été perçu en espèces, une déclaration d'impôt accompagnée de certificats de salaire obtenus auprès de l'administration fiscale, des quittances de salaire ou extraits de livre de compte fournis par une fiduciaire corroborés par un extrait de compte individuel AVS peuvent être acceptés à titre de preuve du versement du salaire. Si les montants figurant sur les documents divergent, le plus petit est déterminant pour le gain assuré. Il convient d'appliquer cette directive par analogie ici : c'est ainsi le plus faible montant, soit celui de CHF 61'187.- qui a été soumis à cotisation en 2011, qui sera pris en compte à titre de gain assuré. 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). 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.