

## VD\_FINDINFO ACH 41/22 - 28/2023 vom 2. März 2023

VD Tribunal cantonal, 2023-03-02, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_ACH\\_41\\_22\\_-\\_28\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_ACH_41_22_-_28_2023)

FR: VD\_FINDINFO ACH 41/22 - 28/2023 du 2 mars 2023

IT: VD\_FINDINFO ACH 41/22 - 28/2023 del 2 marzo 2023

### Regeste

GAIN ASSURÉ, INDEMNITÉ DE CHÔMAGE, CALCUL, ABUS DE DROIT, EMPLOYEUR, POSITION ANALOGUE, SALAIRE, ADMISSION DE LA DEMANDE | 23 al. 1 LACI, 37 al. 1 OACI, 37 al. 2 OACI, 37 OACI

### Erwägungen

#### E. 0

fr. en décembre 2020, janvier, février et mars 2021 ; - 5'508 fr. 27 en avril 2021 (4'927 fr. 70 net selon les extraits) ; - 3'353 fr. 45 en mai et juin 2021 (3'000 fr. net selon les extraits). B. Par acte du 1 er mars 2022, N. \_\_\_\_\_, toujours représenté par CENO Sàrl, a formé recours à l'encontre de la décision sur opposition du 31 janvier 2022, par-devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal. Il a évoqué la spécificité de son dossier, ainsi que des « éléments pertinents et factuels » dont la Caisse n'avait pas tenu compte. Par courrier du 4 mars 2022, la juge instructrice a informé le recourant que son acte ne répondait pas aux exigences légales d'un recours, s'agissant des moyens et conclusions, et lui a accordé un délai pour y remédier. Par mémoire du 16 mars 2022, le recourant a complété son acte de recours et conclu, avec suite de frais et dépens, à la réforme de la décision en ce sens que son droit à l'indemnité de chômage, dès le 1 er juillet 2021, était calculé sur les montants suivants : 3'000 fr. de mai 2019 à juillet 2020, excepté 4'250 fr. pour décembre 2019 ; 6'000 fr. d'août 2020 à mai 2021, excepté 10'250 fr. pour décembre 2020 ; et 9'000 fr. pour le mois de juin 2021. Il a exposé qu'il avait été précédemment employé par S. \_\_\_\_\_ SA du 1 er septembre 2016 au 31 décembre 2017. Il avait subi un grave accident du travail le 9 novembre 2016, à la suite duquel il avait perçu des indemnités de l'assurance-accidents et avait été licencié. Il avait ensuite pu recommencer à travailler pour son ancien employeur, à 50 % dès le 1 er mai 2019, puis à 100 % dès le 1 er août 2020. En raison de la pandémie de COVID-19, S. \_\_\_\_\_ SA avait pris du retard dans les paiements de son salaire, ce qu'il avait accepté car il était persuadé de la viabilité de la société. Après plusieurs mois de retard, il avait reçu ses salaires dus jusqu'à la date de la fin des rapports de travail. Les déclarations de S. \_\_\_\_\_ SA à la Caisse de compensation [...] ([...]), aux autres institutions sociales, et les certificats de salaire avaient été établis sur la base des fiches de salaire mensuelles. S. \_\_\_\_\_ SA s'était acquittée des cotisations sur « l'ensemble des salaires payés et à payer ». Il ne comprenait toujours pas le calcul effectué par la Caisse, qui aurait dû se référer aux fiches de salaire, alors qu'elle avait extrapolé un salaire brut inexplicé et qui ne correspondait pas à la réalité économique. Il n'y avait pas de différence entre les montants déclarés fiscalement et la réalité, puisque les certificats de salaire et les déclarations à la Caisse de compensation étaient identiques. La décision entreprise ne traitait pas la question du retard de paiement des salaires en raison de la pandémie de COVID-19. L'assuré a produit un onglet de pièces numérotées sous bordereau

à l'appui de son recours, notamment de la perception des arriérés de salaires, soldés le 22 décembre 2021. Il a produit son certificat de salaire pour l'année 2019, faisant état d'un salaire brut de 25'250 fr. pour les mois de mai à décembre, correspondant à un salaire net de 21'452 francs, ainsi que les fiches de salaire correspondantes. Son certificat de salaire pour l'année 2020, complète, indiquait un salaire brut de 55'250 fr. et net de 46'141 fr., correspondant aux fiches de salaire jointes. Son certificat de salaire pour 2021, pour les mois de janvier à juin, indiquait un salaire brut de 39'540 fr. et net de 32'760 fr., correspondant aux fiches de salaire idoines. Il a également transmis ses extraits de compte bancaire détaillés pour les années 2019, 2020 et 2021, ainsi qu'un tableau récapitulatif des salaires reçus durant ces années, avec des décalages dans le temps. Le tableau mettait en évidence un trop perçu par le recourant de 1'926 fr. 20, qu'il allait rembourser à S. \_\_\_\_\_ SA. Il a également produit les déclarations de salaire de son employeur à la Caisse AVS, pour les mois de mai à décembre 2019 (déclaration du 30 janvier 2020, indiquant 25'250 fr. pour le recourant), et pour janvier à août 2021 (déclaration du 31 janvier 2022, indiquant 39'540 fr. pour le recourant). Par réponse du 10 juin 2022 (date du timbre postal), la Caisse a proposé le rejet du recours sans suite de frais et dépens, et maintenu sa position. Elle a constaté que le recourant n'avait pas contesté sa position dirigeante au sein de S. \_\_\_\_\_ SA, en tout cas jusqu'au 29 août 2019. Elle a en outre produit le dossier de la cause et renvoyé pour le surplus à sa décision sur opposition. Par réplique du 5 juillet 2022, le recourant a maintenu ses arguments et sollicité son audition, afin de s'exprimer sur les pièces produites, ainsi que sur « l'état de fait du cas d'espèce et les conclusions qui doivent en découler ». Les parties ne se sont pas déterminées plus avant.

**E n d r o i t :**

### **E. 1**

a) La LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) est, sauf dérogation expresse, applicable en matière d'assurance-chômage (art. 1 al. 1 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0]). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte peuvent faire l'objet d'un recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 56 al. 1 LPGA ; 100 al. 3 LACI, 128 al. 1 et 119 al. 1 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]), dans les trente jours suivant leur notification (art. 60 al. 1 LPGA). b) En l'occurrence, déposé en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

### **E. 2**

Le présent litige porte sur le montant du gain assuré, et partant sur le montant de l'indemnité journalière, applicables au délai-cadre d'indemnisation ouvert en faveur du recourant du 1<sup>er</sup> juillet 2021 au 31 mars 2023.

### **E. 3**

a) Aux termes de l'art. 23 al. 1, première 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. b) Par salaire normalement obtenu au sens de l'art. 23 al. 1 LACI, il faut entendre la rémunération touchée effectivement par la personne assurée au cours de la période de référence. 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 ou pas totalement 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, sans faire l'objet de contestations et si l'on peut pratiquement écarter toute possibilité d'abus résultant d'un accord fictif. De tels abus sont possibles avant tout lorsque la personne assurée est le conjoint de son ancien employeur ou lorsqu'elle a occupé une position assimilable à celle d'un employeur et dans les cas où l'employeur n'a pas versé la totalité du salaire en raison de difficultés économiques. La personne assurée supporte le fardeau de la preuve à l'égard du salaire exact versé ; le défaut de preuve n'entraîne pas la négation du droit à l'indemnité, mais doit être pris en considération dans le calcul du gain assuré (ATF 131 V 444 consid. 3.2 ; TF 8C\_913/2011 du 10 avril 2012 consid. 3.1 ; 8C\_840/2010 du 14 janvier 2011 consid. 2.2 ss ; 8C\_20/2007 du 17 janvier 2008 consid. 2.1 ; C 155/06 du 3 août 2007 consid. 3.2 ; Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Zurich 2014, n° 3, 12, 13 et 15 ad. art. 23). Lorsqu'une personne assurée a uniquement le statut d'employé (et non celui de personne occupant une position assimilable à celle d'un employeur), que son salaire est fixé par contrat mais qu'il n'a pas été entièrement versé, une certaine marge de manœuvre est laissée aux caisses de chômage pour tenir compte du comportement classique de certains assurés qui veulent aider leur employeur en difficulté (TF 8C\_743/2008 du 9 février 2009 consid. 3 ; 8C\_20/2007 consid. 2.1 précité et les références ; Rubin, op. cit., n° 15 ad. art. 23) . Le Tribunal fédéral des assurances a relevé, à l'égard d'un assuré engagé dans une société à responsabilité limitée (Sàrl) en tant qu'associé occupant une fonction dirigeante, que ses déclarations à propos du versement et du montant du salaire devaient être appréciées avec toute la prudence nécessaire (TFA C 316/99 du 5 juin 2001). Il n'y pas d'activité soumise à cotisation en l'absence de preuves de la rémunération du travailleur, telles que des extraits bancaires ou postaux ou des quittances de salaire. La déclaration d'impôts et le formulaire de salaire signé par l'assuré et destiné à l'AVS ou à l'autorité fiscale ne constituent pas des preuves suffisantes du versement du salaire (TFA C 127/02 du 28 février 2003 consid. 2.2 ; C 199/04 du 15 avril 2005 consid. 2.2). Des bulletins de salaire sur lesquels figure la signature de l'assuré et la mention « reçu en cash » ne suffisent pas non plus à établir que le salaire a effectivement été versé à l'assuré (TFA C 353/05 du 4 octobre 2006 consid. 3). Le gain assuré prétendu ne sera pas non plus reconnu en faveur d'un assuré qui n'a pas réellement perçu de salaire de sa propre société, mais dont les montants ont simplement été comptabilisés comme créances envers la société. Le fait que les cotisations aux assurances sociales aient été décomptées correctement et versées à la caisse de compensation n'y change rien (TFA C 112/02 du 23 juillet 2002 consid. 1 et les références). Le Tribunal fédéral des assurances a précisé que le versement de contributions aux assurances sociales sur un montant plus élevé que celui retenu par la Caisse de chômage n'était pas de nature à remettre en cause la possibilité d'un abus, dans le cas d'une sommelière engagée dans l'établissement qu'elle exploitait avec son époux (TFA C 182/04 du 2 février 2005 consid. 3). Dans un arrêt concernant une salariée qui était actionnaire de la société qui l'employait et qui avait accepté la compensation d'une partie

de sa créance de salaire avec la créance que la société possédait contre son époux, directeur de la société, le Tribunal fédéral a retenu qu'elle ne pouvait pas faire valoir ce montant au titre de gain assuré pour le calcul des indemnités de chômage. Cela reviendrait à transférer sur l'assurance-chômage le risque entrepreneurial, et le risque d'abus n'était pas exclu, de sorte qu'il n'était pas possible de se fier à l'accord passé entre employeur et employé (TF 8C\_13/2014 du 6 mai 2014). Les moyens de preuve pour attester du paiement effectif du salaire prétendu sont en principe des extraits bancaires ou postaux, ou des quittances de salaire. A défaut de telles pièces, le versement du salaire n'est pas réputé prouvé au degré de vraisemblance prépondérante (TFA C 35/04 du 15 février 2006 consid. 6.2 ; TFA C 30/04 du 24 septembre 2004 consid. 3.1; TFA C 127/02 précité consid. 2.2). c) Le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (art. 37 al. 1 OACI). 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'art. 37 al. 1 OACI (art. 37 al. 2 OACI). 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 (art. 37 al. 3 OACI).

### E. 3.3

de la décision sur opposition et pp. 245 à 248 du dossier). d) Dans le cadre de la procédure judiciaire, le recourant a produit les extraits détaillés de son compte bancaire (pièces 14 et 15 du bordereau accompagnant le recours), permettant de retracer les versements de salaire comme suit :

Mois	Montant brut dû selon les fiches de salaire	Montant net dû selon les fiches de salaire	Montant reçu sur le compte bancaire (avec un libellé mentionnant le mois concerné)	Date du versement
août.19	3000	2538.05	2538.05	16.09.2019
sept.19	3000	2538.05	2538.05	07.10.2019
oct.19	3000	2538.05	2538.05	01.11.2019
nov.19	3000	2538.05	2538.05	24.01.2020
déc.19	4250	3685	3685	11.03.2020
janv.20	3000	2529.65	2529.65	23.03.2020
févr.20	3000	2529.65	2529.65	14.04.2020
mars.20	3000	2529.65	2529.65	22.06.2020
avr.20	3000	2529.65	2529.65	08.07.2020
mai.20	3000	2529.65	2529.65	03.08.2020
juin.20	3000	2504.75	2529.65	14.09.2020
juil.20	3000	2504.75	2479.85	08.10.2020
août.20	6000	4927.7	2500	02.12.2020
sept.20	6000	4927.7	1500	07.01.2021
oct.20	6000	4927.7	3927.7	06.04.2021
nov.20	6000	4927.7	4927.7	07.06.2021
déc.20	10250	8773.25	3000	25.06.2021
janv.21	6000	4926.2	5217.8	27.08.2021
févr.21	6000	4926.2	2000	03.09.2021
mars.21	6000	4926.2	4926.2	30.09.2021
avr.21	6000	4926.2	3926.2	18.10.2021
mai.21	6000	4926.2	1926.2	22.10.2021
juin.21	9000	7640	2640	23.11.2021
juil.21	500	2500	2500	17.12.2021
août.21	2000	2000	2000	22.12.2021
TOTAL	92250	94176.2	Trop perçu	1926.2

e) A la lumière du tableau qui précède, il appert que le recourant a finalement prouvé, au moyen de ses extraits bancaires, qu'il avait effectivement perçu l'intégralité de ses salaires contractuels pour la période déterminante. Le montant perçu en trop correspond précisément à ce qu'il a admis avoir reçu en trop, et qu'il allait restituer. Les versements concernés ayant tous eu lieu avant la reddition de la décision sur opposition du 31 janvier 2022, ils font partie de l'état de fait déterminant, même s'ils ont été transmis à l'autorité de recours seulement (ATF 144 V 210 consid. 4.3.1). Certes, les versements ont systématiquement été réalisés en retard, ce retard variant de deux mois et demi à sept mois environ. Toutefois le recourant a expliqué qu'il avait toléré ces retards car son employeur

était en difficulté et car il était convaincu de la viabilité de la société, malgré la période de pandémie. Cela correspond au comportement décrit au consid. 3b supra, qui justifie selon la jurisprudence l'application d'une certaine marge de manœuvre de la part de la caisse de chômage. Quoiqu'il en soit, l'employeur s'est finalement acquitté des montants dus, élément sur lequel l'intimée ne s'est pas prononcée, en particulier dans sa réponse au recours. Malgré les retards de paiement, la rémunération due en contrepartie de la prestation de travail fournie durant la période déterminante pour le calcul du gain assuré a bel et bien été perçue. Le recourant a ainsi effectivement touché la rémunération qui était prévue dans son contrat de travail avec S. \_\_\_\_\_ SA, ce qu'il a prouvé à satisfaction de droit. Par conséquent, un salaire fictif, qui ne serait en réalité pas payé, est de facto exclu. Le salaire contractuel correspond ainsi au salaire perçu effectivement, bien qu'en retard, et il est déterminant pour le montant du gain assuré. Il se justifie en effet d'en tenir compte, en application du principe de survenance, à savoir qu'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 (ATF 122 V 367 consid. 5b ; TF 8C\_472/2010 du 21 octobre 2010 consid. 5.2 ; TFA C 161/04 du 29 juillet 2005 consid. 3.1.2 et Bulletin LACI IC [Indemnité de chômage] du Secrétariat d'Etat à l'économie [SECO], C2). Il serait en effet injuste, en l'espèce, de péjorer la situation financière du recourant du point de vue de ses indemnités de chômage, en raison du retard de paiement de son salaire par la société qui l'employait, sous le seul prétexte qu'il avait occupé, dans le passé, une position dirigeante dans cette dernière.

f) Dès lors, il y a lieu de calculer le gain assuré du recourant selon son salaire contractuel brut, en répartissant le treizième salaire selon le principe de la survenance (cf. références ci-avant). La Cour de céans disposant de tous les éléments nécessaires, elle est en mesure de procéder à ce calcul, comme suit :

Date de début	Date de fin	Salaire	Moyenne
1 <sup>er</sup> janvier 2021	30 juin 2021	6 x 6'000	(6/12 x 6'000) = 39'000 / 6 = 6'500
1 <sup>er</sup> juillet 2020	30 juin 2021	3'000 + (11 x 6'000)	(1/12 x 3'000) + (11/12 x 6'000) = 74'750 / 12 = 6'229.167

Le salaire mensuel moyen le plus élevé est ainsi celui qui ressort des six derniers mois de salaire, et correspond à un gain assuré mensuel de 6'500 francs. Il s'agira pour l'intimée de tenir compte de ce gain assuré afin de calculer l'indemnité journalière correspondante et de rectifier les décomptes d'indemnités du recourant. Les pièces en mains de la Cour ne permettent en effet pas, en l'état, d'arrêter également le montant de l'indemnité journalière.

#### **E. 4**

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 ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 144 V 427 consid. 3.2 ; 139 V 176 consid. 5.3 et les références citées).

#### **E. 5**

a) En l'occurrence, il n'est pas contesté que le recourant a travaillé pour S. \_\_\_\_\_ SA du 1<sup>er</sup> mai 2019 au 30 juin 2021, et la Caisse a reconnu l'existence d'une période de cotisation suffisante (art. 13 LACI). Le contrat de travail a été résilié pour le 30 juin 2021, si bien que la perte de gain du recourant a commencé le 1<sup>er</sup> juillet 2021. La période de référence pour

le calcul du gain assuré s'étend par conséquent sur les six ou douze mois précédant cette date, soit du 1<sup>er</sup> janvier au 30 juin 2021, ou du 1<sup>er</sup> juillet 2020 au 30 juin 2021 (art. 37 al. 1 et 2 OACI). b) Le salaire prévu contractuellement pour cette période s'élevait à 3'000 fr. brut par mois, treizième salaire en sus, pour le mois de juillet 2020, et 6'000 fr. brut par mois, treizième salaire en sus, dès le mois d'août 2020. Constatant que le recourant avait occupé une position dirigeante au sein de S. \_\_\_\_\_ SA jusqu'au 29 août 2019, ce qui constituait une situation typique de potentiel d'abus, la Caisse a exigé de sa part la preuve du versement effectif du salaire invoqué comme gain assuré. Les extraits bancaires fournis par le recourant dans un premier temps, couvrant les mois de septembre 2019 à juin 2021, n'établissaient pas la perception effective du salaire allégué, de sorte que l'intimée a rendu la décision du 17 août 2021, arrêtant un montant de gain assuré inférieur, à savoir 2'179 francs. Les extraits bancaires ou postaux constituent en effet les moyens de preuve privilégiés pour le paiement effectif du salaire, les autres documents produits tels que les déclarations fiscales ou les cotisations sociales déclarées par l'employeur n'étant pas suffisants à cet égard pour exclure un risque d'abus (consid. 3b supra). Il s'agit donc d'examiner essentiellement les relevés bancaires du recourant. c) Dans le cadre de son opposition, le recourant a allégué la réception de salaires après la fin des rapports de travail, qui lui avaient été versés en retard en raison de difficultés financières subies par S. \_\_\_\_\_ SA, liées à la pandémie de COVID-19. Dans la mesure où il s'est prévalu d'une adaptation du régime applicable en raison de ladite pandémie, il convient de préciser d'emblée que les règles relatives au calcul du gain assuré n'ont pas été modifiées durant cette période. Le recourant a indiqué dans son courrier du 22 novembre 2021 que les salaires encore en souffrance, à hauteur de 5'000 fr., seraient soldés prochainement. Bien qu'il ait listé des versements, il n'en a pas fourni la preuve à l'intimée. Cette dernière a alors rendu la décision sur opposition litigieuse, maintenant le calcul effectué initialement, consistant apparemment à convertir en salaires bruts les montants versés sur le compte bancaire du recourant durant la période déterminante. Elle n'a pas détaillé ce calcul de conversion, malgré les demandes du recourant, et la Cour de céans constate que le dossier de la cause ne permet pas de le comprendre. L'intimée semble en outre avoir tenu compte de montants nets erronés, puisqu'elle a par exemple indiqué qu'aucun salaire n'était parvenu sur le compte du recourant en décembre 2020, janvier, février et mars 2021, alors que cela avait été le cas et qu'elle disposait des pièces correspondantes (cf. ch.

## **E. 6**

Le dossier est complet et permet à la Cour de céans de statuer en pleine connaissance de cause, de sorte qu'il y a lieu de renoncer à la mesure d'instruction requise par le recourant, soit son audition, par appréciation anticipée des preuves (ATF 144 II 427 consid. 3.1.3 ; 140 I 285 consid. 6.3.1 ; 134 I 140 consid. 5.3 et les références).

## **E. 7**

a) En définitive, le recours doit être admis et la décision sur opposition attaquée réformée, s'agissant du montant du gain assuré dès le 1<sup>er</sup> juillet 2021, qui s'élève à 6'500 francs. b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la loi spéciale ne le prévoyant pas (art. 61 let. f bis LPGA). Le recourant obtient gain de cause grâce à l'assistance d'un mandataire professionnel de sorte qu'il peut prétendre à une indemnité de dépens à charge de l'intimée, qu'il convient de fixer à 1'500 fr., débours et TVA compris, compte tenu de l'importance et la complexité du litige (art. 61 let. g LPGA et art. 10 et 11 TFJDA [tarif des frais judiciaires et des dépens en matière administrative du 28 avril 2015 ;

BLV 173.36.5.1]).

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