Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Cour des assurances sociales
du Tribunal fédéral

Cause
{T 7}
C 5/06

Arrêt du 28 mars 2006
IVe Chambre

Composition
MM. et Mme les Juges Ursprung, Président, Widmer et Frésard. Greffier : M. Berthoud

Parties
Caisse Cantonale Genevoise de Chômage, rue de Montbrillant 40, 1201 Genève, recourante,

contre

A._____, intimée,

Instance précédente
Tribunal cantonal des assurances sociales, Genève

(Jugement du 25 octobre 2005)

Faits:
A.
B._____ exploitait à Plan-les-Ouates un restaurant à l'enseigne « L._____ ». L'exploitation de l'établissement a cessé à fin septembre 2004 en raison du non-renouvellement du bail par le propriétaire des locaux.

A._____, épouse du prénommé, a travaillé dans l'établissement comme sous-directrice au service de son mari. Le 29 juillet 2004, celui-ci a résilié les rapports de travail de l'épouse, avec effet au 30 septembre 2004. Selon les formules de salaire établies par l'employeur à l'intention de l'AVS, A._____ a perçu une rémunération mensuelle de 2'100 fr. du 1er janvier au 31 décembre 2003, puis de 5'000 fr. du 1er janvier au 30 septembre 2004. Il était indiqué que le taux d'occupation était partiel en 2003 et plein en 2004.

A._____ s'est annoncée à l'assurance-chômage. Un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur à partir du 1er octobre 2004.

Par décision du 13 décembre 2004, la Caisse cantonale genevoise de chômage a fixé à 3'067 fr. le montant du gain assuré dès le 1er octobre 2004. Elle a considéré que les comptes de l'entreprise démontraient que durant l'exercice 2003 l'employeur avait réalisé un bénéfice d'exploitation. En revanche, le compte caisse, bien qu'excédentaire en janvier et février 2004, présentait un solde négatif à partir du 1er mars 2004. La caisse estimait que l'assurée n'avait pu établir la perception d'un salaire mensuel de 5'000 fr. pour la période du 1er mars 2004 au 30 septembre 2004. Aussi bien a-t-elle calculé une moyenne des six derniers mois de salaires selon elle réellement perçus, soit 4 x 2'100 fr. (8'400 fr.) pour septembre à décembre 2003 et 2 x 5'000 fr. (10'000 fr.) pour janvier et février 2004. Il en résultait un total de 18'400 fr. sur une période de six mois, soit 3'067 fr. par mois.

L'assurée a formé une opposition, que la caisse a rejetée par une nouvelle décision, du 6 juin 2005.
B.
A._____ a recouru contre cette décision devant le Tribunal cantonal des assurances sociales du canton de Genève.

Par jugement du 25 octobre 2005, celui-ci a partiellement admis le recours. Il a annulé la décision attaquée et constaté que le gain assuré devait être fixé à 3'820 fr.
C.
La Caisse cantonale genevoise de chômage interjette un recours de droit administratif dans lequel elle conclut à l'annulation du jugement cantonal et au rétablissement de sa décision du 13 décembre 2004 (recte : 6 juin 2005).

L'intimée conclut au rejet du recours, avec suite de dépens; elle requiert l'audition de divers témoins. Le Secrétariat d'Etat à l'économie a renoncé à se déterminer.

Considérant en droit:
1.
A teneur de l'art. 23 LACI, première phrase, est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence, y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement, dans la mesure où de telles allocations ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail.

Par salaire normalement obtenu au sens de l'art. 23 al. 1 LACI, il faut entendre la rémunération touchée effectivement par l'assuré (ATF 123 V 72 consid. 3; Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, p. 115 sv., ch. 302). Le salaire contractuel n'est déterminant que si les parties respectent sur ce point les clauses contractuelles. Il s'agit en effet d'éviter des accords abusifs selon lesquels les parties conviendraient d'un salaire fictif qui, en réalité, ne serait pas perçu par le travailleur : un salaire contractuellement prévu ne sera dès lors pris en considération que s'il a réellement été perçu par le travailleur durant une période prolongée et que s'il n'a jamais fait l'objet d'une contestation (ATF 128 V 190 consid. 3a/aa; DTA 2001 n°27 p. 228 consid. 4c, 1999 n°7 p. 27, 1995 n°15 p. 79).
2.
Les premiers juges constatent que l'assurée n'a pas pu prouver qu'elle avait réellement reçu le salaire mensuel allégué de 5'000 fr. depuis janvier 2004. Elle n'a pas été en mesure de produire un relevé bancaire ou postal, se contentant d'alléguer que le salaire était versé de main à main. Les témoins entendus en procédure cantonale sont certes venus confirmer que le salaire était versé selon ce procédé, comme il était souvent d'usage dans la restauration. Il a également été établi que l'intéressée touchait un salaire dans les mêmes circonstances que les autres employés. Aucune déclaration n'a pu en revanche être faite sur le montant du salaire.

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

A partir de là, les premiers juges ont considéré que la méthode appliquée par la caisse ne pouvait pas non plus être retenue, car elle ne reposait selon eux sur aucune base légale et devait, partant, être considérée comme arbitraire. Il convenait, bien plutôt, de prendre en considération le salaire minimum prévu par l'accord salarial genevois applicable dans le secteur de l'hôtellerie-restauration en 2004, soit 3'820 fr.
3.
Avec les premiers juges on doit admettre que l'intimée n'a pas établi, au degré de vraisemblance requis, le versement d'une rémunération mensuelle de 5'000 fr. Pour autant, la conclusion qu'en tire la juridiction cantonale ne peut pas être confirmée. Ou bien l'assuré établit la réalité d'un salaire soumis à cotisations et ce salaire est pris en compte au titre de gain assuré. Ou bien il n'y parvient pas et le revenu allégué ne peut pas être pris en

considération dans le calcul du gain assuré. Comme on l'a vu, le salaire assuré repose sur la notion de revenu effectif. Il n'y a pas de place pour une solution médiane, qui consisterait, en l'absence d'éléments suffisamment probants, à retenir un salaire hypothétique ou fictif en fonction des salaires usuels d'une branche en particulier ou de données statistiques.
4.
On peut certes se demander si la caisse était fondée à retenir un gain assuré de 5'000 fr. pour chacun des mois de janvier et février 2004. Dans la négative, cela conduirait à modifier le calcul de la caisse au détriment de l'intimée et à retenir uniquement comme base de calcul un gain mensuel de 2'100 fr. Le tribunal y renoncera, tout en relevant que le calcul de la caisse est en définitive très favorable à l'intimée.

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

Par ces motifs, le Tribunal fédéral des assurances prononce:
1.
Le recours est admis et le jugement du Tribunal cantonal des assurances sociales du canton de Genève du 25 octobre 2005 est annulé.
2.
Il n'est pas perçu de frais de justice.
3.
Le présent arrêt sera communiqué aux parties, au Tribunal cantonal des assurances sociales du canton de Genève, à l'Office cantonal de l'emploi, Groupe réclamations, et au Secrétariat d'Etat à l'économie.
Lucerne, le 28 mars 2006
Au nom du Tribunal fédéral des assurances

Le Président de la IVe Chambre: Le Greffier: