



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 1654, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00
tribunalcantonal@fr.ch
www.fr.ch/tc

605 2018 222

Arrêt du 14 mars 2019

1^e Cour des assurances sociales

Composition

Président : Marc Boivin
Juges : Daniela Kiener, Marc Sugnaux
Greffier-rapporteur : Philippe Tena

Parties

A. _____, recourant, représenté par Me Cédric Flotron, avocat
contre
SYNA CAISSE DE CHÔMAGE, autorité intimée

Objet

Assurance-chômage; objet de la contestation; gain assuré
Recours du 14 septembre 2018 contre la décision sur opposition du
20 juillet 2018

considérant en fait

A. A. _____, né en 1964, domicilié à B. _____, travaillait en tant qu'ingénieur pétrolier auprès de la société C. _____ Sàrl. Les rapports de travail ont été résiliés le 30 octobre 2017 pour le 31 décembre 2017.

L'assuré et son épouse étaient propriétaires de toutes les parts sociales de cette société et y occupaient les fonctions d'associés gérants, avec pouvoir de signature individuelle, le premier ayant la position d'associé-président et la seconde de directrice.

Par décision du 28 mai 2018, le Président du Tribunal civil de D. _____ a prononcé la faillite de C. _____ Sàrl. Le 20 août 2018, la Présidente de ce même tribunal a suspendu la procédure de faillite faute d'actif. La société a été radiée du registre du commerce le 3 décembre 2018.

B. Le 28 février 2018, l'assuré s'est inscrit en tant que demandeur d'emploi auprès de l'assurance-chômage et a fait valoir son droit à l'indemnité.

Par décision du 24 avril 2018, SYNA Caisse de chômage (ci-après: SYNA) lui a nié le droit à l'indemnité de chômage.

Le 20 juillet 2018, SYNA a partiellement admis l'opposition déposée par l'assuré et lui a reconnu le droit à l'indemnité journalière depuis le 15 juin 2018. Dans cette dernière décision, il est indiqué que le gain assuré a été fixé à CHF 4'900.-, pour une indemnisation à 80% sans jour d'attente.

C. Le 14 septembre 2018, l'assuré, représenté par Me Cédric Flotron, avocat, interjette recours devant le Tribunal cantonal concluant, avec suite de frais et dépens, à ce que le montant de ses indemnités journalières soit fondé sur un gain assuré de CHF 7'500.-, sans jour d'attente.

A l'appui de ses conclusions, le recourant affirme avoir perçu un salaire brut de CHF 90'000.-, soit CHF 7'500.- mensuellement, au cours de l'année 2017. Il se plaint également de ce que la décision contestée soit insuffisamment motivée, le calcul du gain assuré n'étant pas explicité.

Dans ses observations du 20 octobre 2018, SYNA propose le rejet du recours.

Elle estime d'abord que le recours devrait être déclaré comme sans objet dès lors que le gain assuré ne fait pas partie de l'objet de la contestation mais n'est indiqué qu'à titre indicatif. Cela étant, elle ne s'oppose pas à ce que le Tribunal cantonal étende la procédure à la problématique du gain assuré. A cet égard, elle indique que même si un salaire de CHF 7'500.- est attesté par différents éléments au dossier, ce montant n'a pas été perçu par l'assuré dans sa totalité mais qu'il manque un montant de CHF 31'195.10. Enfin, s'il devait être retenu un gain assuré supérieur à CHF 5'000.-, elle précise que le nombre de jours d'attente est de cinq, contre zéro pour un montant inférieur.

Le recourant n'a pas donné suite au courrier l'invitant à déposer des contre-observations.

Autant qu'utiles à la solution du litige, il sera fait état des arguments développés par les parties à l'appui de leurs conclusions respectives dans les considérants en droit du présent arrêt.

en droit

1.

1.1. En procédure juridictionnelle administrative, ne peuvent être examinés et jugés, en principe, que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée préalablement, d'une manière qui la lie sous la forme d'une décision. Dans cette mesure, la décision détermine l'objet de la contestation qui peut être déféré en justice par la voie d'un recours (cf. ATF 134 V 418 consid. 5.2.1; 125 V 413 consid. 1a et les arrêts cités).

En l'espèce, le dispositif de la décision du 24 avril 2018 n'a trait qu'au rejet de toute indemnisation. Pour sa part, le dispositif de la décision sur opposition du 20 juillet 2018 est limité à la problématique du droit aux indemnités journalières. Même si l'autorité intimée se prononce sur le gain assuré dans ses considérants, l'objet de la contestation est limité à la problématique du droit aux indemnités journalières. Or, celui-ci n'est pas contesté de sorte que le recours devrait être d'emblée considéré comme irrecevable.

1.2. Toutefois, la procédure juridictionnelle administrative peut être étendue, pour des motifs d'économie de procédure, à une question en état d'être jugée qui excède l'objet de la contestation, c'est-à-dire le rapport juridique visé par la décision, lorsque cette question est si étroitement liée à l'objet initial du litige que l'on peut parler d'un état de fait commun, et à la condition que l'administration se soit exprimée à son sujet dans un acte de procédure au moins (ATF 130 V 503; 122 V 36 consid. 2a et les références).

En l'occurrence, dans ses observations du 20 octobre 2018, l'autorité intimée indique ne pas voir *"d'inconvénients, par souci d'économie, à ce que [la Cour] étende la procédure à la question de la détermination du gain assuré, du nombre d'indemnités journalières maximales auxquelles [l'assuré] a droit et au délai d'attente"*. L'on constate, en outre, qu'elle s'était déjà expressément prononcée sur cette problématique par courriel adressé au recourant le 31 juillet 2018 (dossier SYNA, p. 55). L'autorité intimée a donc détaillé et motivé ainsi le calcul du gain assuré à plusieurs reprises. Il est peu vraisemblable qu'une nouvelle procédure ait pour conséquence un autre calcul du gain assuré. Déclarer le recours sans objet n'aurait donc pour seul effet que de prolonger la procédure.

Pour des motifs d'économie de procédure, la procédure de recours peut donc être étendue à la problématique du montant du gain assuré, celle-ci étant, au demeurant, manifestement liée à la question du droit à l'indemnité journalière tranchée dans la décision contestée.

1.3. Les autres conditions de recevabilité du recours sont également remplies. Il a été interjeté en temps utile et dans les formes légales auprès de l'autorité judiciaire compétente à raison du lieu ainsi que de la matière. Le recourant, dûment représenté, est en outre directement atteint par la décision querellée et a dès lors un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit, cas échéant, annulée ou modifiée.

2.

2.1. Selon l'art. 8 al. 1 de la loi du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI; RS 837.0), l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a).

L'art. 22 al. 1 1^e phrase LACI prescrit en outre que l'indemnité journalière pleine et entière s'élève à 80% du gain assuré.

2.2. Selon l'art. 23 al. 1 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 (première phrase). Le Conseil fédéral détermine la période de référence et fixe le montant minimum (quatrième phrase).

Est déterminant, en règle générale, le salaire convenu contractuellement pour autant que l'assuré l'ait effectivement touché. La preuve de la perception effective du salaire est déterminante pour établir l'existence d'une période de cotisation et pour fixer le gain assuré. Sans elle, le calcul du gain assuré ne serait pas possible (cf. Bulletin LACI Indemnité de chômage [IC] Marché du travail/Assurance-chômage, C2, dans sa version en vigueur depuis janvier 2018).

Le salaire pris en considération comme gain assuré se rapproche de la notion de salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 de la loi du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS; RS 831.10), mais ne se recouvre pas exactement avec celui-ci, comme cela ressort du terme "normalement" utilisé à l'art. 23 al. 1 LACI (arrêt TF 8C_479/2014 du 3 juillet 2015 consid. 3.2). Par ce terme, il faut entendre la rémunération touchée effectivement par l'assuré. Le salaire contractuel n'est donc déterminant que si les parties respectent sur ce point les clauses contractuelles. Un salaire contractuellement prévu mais non intégralement touché ne sera pris en considération que s'il a réellement été perçu par le travailleur durant une période prolongée et qu'il n'a jamais fait l'objet d'une contestation et - que lorsqu'on peut pratiquement écarter toute possibilité d'abus résultant d'un accord fictif entre un employeur et un travailleur au sujet du salaire que le premier s'engage à verser au second et qui, en réalité, ne serait pas ou pas totalement perçu par le travailleur. Sous l'angle de l'application de l'art. 23 al. 1 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. Il n'y a pas de solution médiane (cf. RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n° 12ss ad art. 23 LACI).

2.3. Il existe un potentiel d'abus essentiellement dans les entreprises familiales, dans celles où l'assuré 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 (cf. RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n° 3 ad art. 23 LACI).

De jurisprudence constante, un travailleur qui jouit d'une situation professionnelle comparable à celle d'un employeur n'a pas droit à l'indemnité de chômage lorsque, bien que licencié formellement par une entreprise, il continue de fixer les décisions de l'employeur ou à influencer celles-ci de manière déterminante (voir ATF 123 V 234; arrêt TF 8C_776/2011 du 14 novembre 2012 consid. 3.2 et les références citées). Le Tribunal fédéral se montre particulièrement

rigoureux, considérant qu'aussi longtemps qu'une personne ayant occupé une fonction dirigeante maintient des liens avec sa société, la perte de travail qu'elle subit est réputée incontrôlable et la possibilité subsiste d'en poursuivre le but social. Ainsi, ce n'est pas seulement l'abus avéré que la loi et la jurisprudence entendent sanctionner, mais déjà le risque d'abus que représente le versement d'indemnités à des personnes pouvant conserver une influence sur la perte de travail qu'elles subissent (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb; arrêt TF 8C_1004/2010 du 29 juin 2011 consid. 5.2).

Lorsqu'il s'agit de déterminer quelle est la possibilité effective d'un dirigeant d'influencer le processus de décision de l'entreprise, il convient de prendre en compte les rapports internes existant dans l'entreprise. On établira l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes (DTA 1996/1997 no 41 p. 227 s. consid. 1b et 2; SVR 1997 ALV no 101 p. 311 consid. 5c). La seule exception à ce principe concerne les membres des conseils d'administration car ils disposent ex lege (art. 716 à 716b CO) d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI (DTA 1996/1997 no 41 p. 226 consid. 1b et les références). Pour les membres du conseil d'administration, le droit aux prestations peut dès lors être exclu sans qu'il soit nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'ils exercent au sein de la société (ATF 122 V 270 consid. 3; DTA 2004 no 21 p. 196 consid. 3.2, C 113/03). Il en va de même, dans une société à responsabilité limitée, des associés, respectivement des associés-gérants lorsqu'il en a été désigné, lesquels occupent collectivement une position comparable à celle du conseil d'administration d'une société anonyme (arrêts C 37/02 du 22 novembre 2002 consid. 4 et C 71/01 du 30 août 2001).

3.

Dans le droit des assurances sociales, la règle du degré de vraisemblance prépondérante est généralement appliquée. Dans ce domaine, 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. 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 (ATF 126 V 353 consid. 5b; 125 V 193 consid. 2 et les références citées; arrêt TF 8C_704/2007 du 9 avril 2008 consid. 2; ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3). 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 (ATF 126 V 319 consid. 5a).

Si, malgré les moyens mis en œuvre d'office par le juge pour établir la vérité du fait allégué par une partie, conformément au principe inquisitoire, ou par les parties selon le principe de leur obligation de collaborer, la preuve de ce fait ne peut être rapportée avec une vraisemblance prépondérante pour emporter la conviction du tribunal, c'est à la partie qui entendait en déduire un droit d'en supporter les conséquences (DTA 1996-1997 n°17 consid. 2a; 1991 n°11 et 100 consid. 1b; 1990 n°12 consid. 1b et les arrêts cités; ATF 115 V 113 consid. 3d/bb). Dans cette mesure, en droit des assurances sociales, le fardeau de la preuve n'est pas subjectif, mais objectif (RCC 1984 p. 128 consid. 1b).

4.

Est litigieux, le montant des indemnités journalières.

Le principe du droit à celles-ci, nié dans un premier temps par la Caisse, ne l'est plus, dès lors que la société du recourant a été liquidée.

4.1. A l'appui de ses conclusions, le recourant affirme avoir perçu un salaire d'un montant de CHF 7'500.- pour la période de janvier à décembre 2017. Il soutient, dès lors, que l'autorité intimée aurait dû se baser sur ce montant, et non sur CHF 4'900.-, pour déterminer son gain assuré.

Cette thèse est d'abord étayée par les déclarations de son ancien employeur, C._____ Sàrl. Ainsi, l'attestation de l'employeur et les deux tableaux récapitulatif des salaires attestent d'un salaire mensuel de CHF 7'500.- (dossier SYNA, p. 92 et 131). Pour sa part, le contrat de travail signé le 8 mai 2011 indique que le recourant *"touche un salaire mensuel brut de Fr. 7'500.-, payé douze fois par an en début de mois"* (dossier SYNA, p. 127). De même, l'extrait de compte individuel AVS fait état de revenus annuels de CHF 90'000.-, tant pour l'année 2016 que pour l'année 2017 (dossier SYNA, p. 109). En outre, dans un document intitulé *"Déclaration des salaires versés par l'employeur à son personnel"*, la Caisse E._____ indique que le montant des cotisations 2017 a été fixé sur la base d'un salaire de CHF 90'000.- (dossier SYNA, p. 106). Enfin, un certificat de salaire daté du 26 février 2018, adressé à l'administration fiscale, fait état d'un salaire de CHF 90'000.- (dossier SYNA, p. 93).

La Cour souligne d'emblée que les affirmations de l'employeur doivent être prises en compte avec prudence. En effet, jusqu'à sa mise en faillite, l'assuré et son épouse possédaient le contrôle de l'entreprise, en particulier de par la détention des parts sociales et leur position d'associé gérant avec pouvoir de signature individuelle. Que cela soit l'entreprise ou le couple, les déclarations provenaient *de facto* du même émetteur.

Cependant, de tels reproches ne peuvent pas être faits à tous les documents figurant au dossier. En particulier, on constate que le recourant a cotisé sur la base d'un salaire de CHF 90'000.-, montant qu'il a également déclaré à l'administration fiscale. Mis en lien avec les déclarations du couple et son entreprise, ces différents documents confirment, de manière concordante, que le revenu du recourant se montait à CHF 90'000.- annuellement, soit CHF 7'500.- mensuellement.

4.2. L'autorité intimée s'en écarte pourtant pour se baser sur un gain assuré de CHF 4'900.-. En cela, elle se réfère à un document interne à l'assurance intitulé *"calcul perception salaire 2017"*. A ses dires, selon ce document, *"on voit bien que pour les mois de janvier 2017, d'août à décembre 2017, il n'a pas perçu l'entier de ses salaires. Selon ce document, les montants des salaires effectivement versés sont en net. Toujours selon ce document, il manque le montant de CHF 31'195.10 en net qui correspond à la somme de salaire non perçue. Ce montant ne peut ainsi entrer dans le calcul du gain assuré. Ce dernier étant calculé sur les montants bruts, la Caisse a adapté les montants nets en bruts et selon le tableau du gain assuré figurant dans son dossier"* (dossier SYNA, p. 3). Ce document interne correspond à un résumé des extraits comptables de la société C._____ Sàrl (dossier SYNA, p. 94).

Dans un courrier du 26 juin 2018, F._____ SA, l'*"organe comptable de la société C._____ Sàrl"*, explique les motifs pour lesquels le montant de CHF 90'000.- n'apparaît pas dans le compte salaire. Il précise que les salaires *"ont été payés (1021) par le débit du compte de la société"* mais que, *"faute de liquidités, essentiellement depuis le mois d'août 2017, une partie des salaires ont dû être portés en compte-courant Associés (2040); ce qui équivaut à un règlement au comptant desdits salaires"*. Il indique que l'*"intégralité des salaires, tant payés par transferts bancaires que par le biais du compte-courant 'Associé' ont été déclarés auprès des assurances sociales et*

l'intégralité des cotisations AVS/AC/LPP/maladie/accident dûment acquittées. L'intégralité de ces salaires sont compris dans le certificat de salaire et feront l'objet d'une imposition fiscale" (dossier SYNA, pièce 83).

La lecture de l'extrait de compte de la société C. _____ Sàrl (dossier SYNA, p. 94) confirme que le total des montants virés aux comptes 1021 (CHF 51'718.20) et 2040 (CHF 31'195.10) est de CHF 82'913.30. On le rappelle, il s'agit du montant net reçu par le recourant. Le montant brut s'approche donc des CHF 90'000.- que ce dernier déclare. L'assuré semble donc effectivement s'être vu octroyer un salaire de CHF 90'000.-.

Mais ce montant a été comptabilisé dans deux comptes différents. Selon le plan comptable de référence, le compte 1021 est un compte d'actif (circulants) et le compte 2040 un compte passif (à court terme). Or, une écriture sur un compte de passif n'équivaut pas à un versement, mais à une dette de la société envers le recourant. Contrairement aux affirmations de F. _____ SA, le fait de porter le montant en compte-courant Associés (2040) n'équivaut donc pas à un règlement au comptant des salaires, mais à la création d'une créance en faveur du recourant.

Il ressort de ce qui précède que, si le recourant a formellement bénéficié d'un revenu global de CHF 90'000.-, seule une partie ne lui a toutefois été réellement versée. Cette partie correspond aux CHF 4'900.- mensuels retenus par l'autorité intimée (environ CHF 58'800.-). Le solde d'environ CHF 31'200.- lui a été reconnu sous forme d'une créance.

Le recourant, faut-il le préciser ici, n'a produit aucun compte bancaire personnel susceptible d'attester que le salaire dont il se prévaut a bien été versé.

4.3. Reste à déterminer si ce dernier montant doit être considéré comme *"obtenu normalement"* au sens de l'art. 23 al. 1 LACI, soit qu'il corresponde à la rémunération touchée effectivement par l'assuré.

Par décision du 28 mai 2018, la Présidente du Tribunal civil de D. _____ a prononcé la faillite de C. _____ Sàrl. A cette occasion, elle a constaté que *"la société n'a plus d'actif social, ou à tout le moins que celui-ci ne permet aucunement de couvrir toutes les dettes sociales"* et que *"la société n'a plus d'activité depuis juin 2017"* (dossier SYNA, p. 87). Le 20 août 2018, la procédure de faillite a été suspendue faute d'actif et la société radiée du registre du commerce le 3 décembre 2018. Dans ces circonstances, la faillite de C. _____ Sàrl ayant été prononcée, puis suspendue faute d'actifs, la société ayant ensuite été radiée du registre du commerce, le montant d'environ CHF 31'200.- ne sera finalement pas versé au recourant. Il ne le prétend, par ailleurs, pas, indiquant même qu'*"une partie des salaires n'ont pas pu être payés"* (dossier SYNA, p. 104).

L'on ne peut, dès lors, pas considérer que l'assuré a effectivement perçu un salaire de CHF 90'000.-, étant rappelé qu'il n'a pu le prouver en produisant ses décomptes bancaires personnels.

Dans ce contexte, il convient de rappeler que le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de statuer sur une problématique semblable. Dans cette affaire, l'époux n'avait pas versé de salaire à son épouse. Selon les juges, ce comportement devait être considéré comme une renonciation implicite aux salaires, présomption qui n'était pas modifiée par l'inscription des revendications salariales dans la faillite de l'époux. Le Tribunal soulignait que la question de savoir si l'intention subjective était de contourner la loi était sans importance. Le facteur décisif était le risque d'abus, lequel

existait objectivement dans les cas de travail d'un conjoint dans l'entreprise de l'autre (cf. arrêt TF C 180/01 du 5 juin 2002).

Au vu de l'ensemble de ce qui précède, c'est à juste titre que l'autorité intimée n'a pas tenu compte d'un montant de CHF 90'000.- dans le cadre du calcul du gain assuré, mais s'est fondé sur le montant effectivement reçu par le recourant en 2017, lequel correspond à environ CHF 58'800.-.

5.

Dans la mesure où cette problématique ne faisait pas partie de l'objet de la contestation, l'absence de motivation sur le calcul du montant du gain assuré ne saurait constituer une violation du droit d'être entendu du recourant.

6.

Partant, le recours, mal fondé, doit être rejeté et la décision sur opposition du 20 juillet 2018 confirmée.

Selon le principe de la gratuité de la procédure valant en la matière, il n'est pas perçu de frais de justice.

Compte tenu de l'issue du recours, il n'est pas octroyé de dépens.

la Cour arrête :

- I. Le recours est rejeté.
- II. Il n'est pas perçu de frais de justice ni octroyé d'indemnité de partie.
- III. Notification.

Un recours en matière de droit public peut être déposé auprès du Tribunal fédéral contre le présent jugement dans un délai de 30 jours dès sa notification. Ce délai ne peut pas être prolongé. Le mémoire de recours sera adressé, en trois exemplaires, au Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne. Il doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve et être signé. Les motifs doivent exposer succinctement en quoi le jugement attaqué viole le droit. Les moyens de preuve en possession du (de la) recourant(e) doivent être joints au mémoire de même qu'une copie du jugement, avec l'enveloppe qui le contenait. La procédure devant le Tribunal fédéral n'est en principe pas gratuite.

Fribourg, le 14 mars 2019/pte

Le Président :

Le Greffier-rapporteur :