RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/104/2004 **ATAS/711/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

5ème Chambre

du 8 septembre 2004

En la cause

Monsieur F_____ recourant

contre

CAISSE CANTONALE DE CHOMAGE, rue de Montbrillant 40, case postale 2293, 1211 Genève 2 intimée

Siégeant : Mme Maya CRAMER, Présidente, Mme Juliana BALDE et Mme Karine STECK, juges.

EN FAIT

1. Monsieur F_____ était engagé par X_____SA depuis le 1er juillet 2001. Il a été également administrateur de cette société, avec signature collective à deux, dès la fondation de celle-ci en date du 26 juin 2001, jusqu'au 8 juillet 2003.

2. Dès 1er juillet 2002, il a bénéficié d'un congé non rémunéré dans cette entreprise.

3. Le 14 février 2003, il a subi un accident lors duquel il s'est déchiré le ligament du genou droit. Il a dû être opéré pour cette lésion le 1er avril 2003. Selon le certificat médical du 12 novembre 2003 du Dr A_____, il a été en incapacité totale de travailler pour les suites de cet accident jusqu'au 30 juin 2003.

4. L'employeur a résilié le contrat de travail pour le 31 juillet 2003, par lettre du 26 mai 2003.

5. Le 24 juillet 2003, la faillite d'X_____ SA a été prononcée.

6. Aucun salaire n'a été versé à l'intéressé en 2003.

7. Il s'est inscrit à l'Office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) le 1er septembre 2003.

8. En date du 29 septembre 2003, l'assuré a mentionné dans sa demande de prestations de chômage avoir bénéficié d'un congé non payé du 1er juillet 2002 au 31 juillet 2003.

9. Dans l'attestation de l'employeur à l'attention de l'assurance-chômage du 16 septembre 2003, Madame FR_____, ancienne administratrice d'X_____ SA, a également indiqué que l'intéressé avait bénéficié d'un congé non payé pendant la période susmentionnée. Dans sa lettre de la même date, remise à l'assuré pour transmission à la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse), elle a précisé que ce dernier aurait souhaité que le contrat de travail reprît effet le 1er mars 2003, mais que le volume des activités commerciales de la société avait été insuffisant pour offrir du travail à son collaborateur. Celui-ci était resté à la disposition de la société et avait mis tout en œuvre pour que les activités commerciales reprennent. Cependant, « Il n'avait jamais été question de payer Monsieur F_____ durant ce temps d'attente, ni pendant le délai de congé.». Elle a enfin ajouté que ce dernier « …a montré un engagement responsable vis-à-vis de la société dans laquelle il croyait sans toucher une quelconque rémunération ».

10. Par décision du 17 octobre 2003, la caisse a refusé la demande de l'assuré, au motif qu'il n'avait travaillé durant le délai-cadre du 1er septembre 2001 au 31 août 2003 que pendant 10 mois, au lieu des 12 mois requis, et qu'il ne pouvait bénéficier

d'aucun motif de libération pour ne pas avoir cotisé pendant une plus longue période. Ce faisant, la caisse a considéré que l'assuré avait pris un congé non rémunéré du 1er juillet 2002 au 31 juillet 2003.

11. Par acte du 30 octobre 2003, l'assuré fait opposition à cette décision, en concluant à son annulation et à l'octroi d'indemnités journalières de chômage. Il conteste que son congé non payé ait pris fin le 31 juillet 2003 et allègue que son retour était prévu pour le 1er mars 2003. Il justifie l'inscription tardive à l'assurance-chômage, après son licenciement avec effet au 31 juillet 2003, par le fait qu'il espérait trouver un emploi durant les mois de juillet et août 2003. Ses démarches étaient malheureusement restées infructueuses. Il rappelle enfin que son employeur devait lui donner un préavis de résiliation de deux mois, et qu'il avait été accidenté pendant environ deux mois et demi au total.

12. Par décision du 19 décembre 2003, la caisse a rejeté l'opposition de l'assuré. Sa décision est notamment motivée par le fait que l'assuré, au retour de son congé non payé en date du 1er mars 2003, n'était plus partie au rapport de travail le liant à la société, dans la mesure où celle-ci n'avait plus versé de salaire à l'assuré depuis le 1er juillet 2002 et ne pouvait plus faire face à cette charge en raison de difficultés financières. Dès lors, la caisse a refusé de faire bénéficier l'assuré d'une libération de cotiser.

13. Le 17 janvier 2004, l'assuré a interjeté recours contre cette décision, en concluant à son annulation et à l'octroi de prestations de chômage. Il a expliqué en substance qu'il n'avait pas pu reprendre son activité au sein de la société en raison de son accident du 14 février 2003, tout en rappelant que son contrat de travail avait été alors toujours en vigueur. Il a par ailleurs relevé qu'il aurait pu prétendre à deux mois de salaire pour juin et juillet 2003, mais que ceux-ci n'avaient pas pu lui être versés en raison de la faillite de la société.

14. Invitée à se déterminer sur le recours et à transmettre le dossier, la caisse s'est contentée d'envoyer les pièces ayant fondé sa décision sur opposition dont est recours.

15. A la demande du Tribunal de céans, le recourant lui a communiqué le 13 avril 2004, avec pièce à l'appui, qu'il avait convenu avec l'assurance-accident obligatoire de son employeur une prolongation individuelle de ce contrat jusqu'au 28 février 2003. Il n'avait toutefois pas bénéficié d'indemnités journalières pendant son incapacité de travail ni de l'assurance-accident obligatoire de l'entreprise ni de son assurance-accident facultative.

16. Entendu en comparution personnelle en date du 5 mai 2004, le recourant a déclaré ignorer s'il avait droit au salaire pour la période du 1er mars 2003 jusqu'à son licenciement. Il n'avait pas produit de créance de salaire dans la faillite de son employeur. S'il n'avait pas repris le travail dès le 1er mars 2003, cela tenait

uniquement au fait qu'il avait été à ce moment accidenté. Il a admis qu'il y avait eu de ce fait un prolongement de son congé non rémunéré jusqu'à son licenciement. Il avait été actionnaire de la société à raison de 6 à 7 % du capital-actions et avait également revêtu la fonction d'administrateur de celle-ci. Toutefois, il ne s'était pas beaucoup occupé de la gestion de la société, dès lors qu'il avait été plutôt chargé de la direction et de la stratégie. L'activité d'administrateur n'avait pas été rémunérée. Après le 1er mars 2003, il avait essayé de trouver des clients pour la société, mais dans la mesure où il avait été très limité dans ses déplacements à cause de son accident, il n'avait pas pu travailler beaucoup. Son rôle dans la société avait été important au niveau stratégique et celui de la clientèle. Son retour avait été dès lors attendu avec beaucoup d'impatience et il avait déjà eu des réunions en février 2003 avec les responsables de la société en vue de son retour.

La caisse a mis en doute que la fin du congé sabbatique ait été effectivement prévue pour le 28 février 2003, en l'absence de tout document probant.

17. L'ancienne administratrice d'X_____ SA, Madame FR_____, qui a été entendue en tant que témoin lors de son audition en date du 27 mai 2004, a déclaré que le directeur de la société aurait souhaité que le recourant revînt travailler le 1er janvier 2003 déjà. Dans la mesure où cela n'avait pas convenu à ce dernier, la date du retour avait été fixée au 1er mars 2003. Dès le début de l'année 2003, la société avait toutefois rencontré des difficultés financières, de sorte que cela l'avait arrangée de ne pas devoir payer le salaire du recourant. Celui-ci n'avait pas réclamé son salaire, dès lors que la société avait été un peu son « bébé ».

18. A la demande du Tribunal de céans, le recourant a justifié du paiement effectif du salaire convenu pour la période d'août 2001 à juin 2002, sauf pour les mois d'avril et mai 2002. Au sujet de ces deux mois, il a expliqué que, en raison d'un problème de liquidités, il avait été convenu avec son employeur que les salaires y afférant lui fussent versés avec celui du mois de juin 2002. Cependant, à la fin de ce mois, les associés de la société dont il avait également fait partie, s'étaient engagés à octroyer chacun un prêt de 20'000 fr. à la société. Le recourant avait compensé cette somme avec les salaires encore dus, de sorte que le montant de 11'083 fr. 80 qui lui a été viré en juin 2002 correspondait en fait aux salaires pour les trois derniers mois moins le prêt de 20'000 fr. Celui-ci apparaissait par ailleurs dans le bilan au 30 juin 2002 de la société et le recourant a également produit une créance correspondant à cette somme dans la faillite de celle-ci. Enfin, de l'extrait de son compte individuel AVS, il ressortait que la somme des salaires bruts soumis à cotisation s'élevait pour les six premiers mois de l'année 2002 à 49'777 fr., soit 3'110 fr. pour janvier et cinq fois 9'333 fr. 35 pour février à juin 2002.

19. Dans sa détermination du 16 août 2004, l'intimée a persisté dans ses conclusions. Elle estime qu'il n'est pas établi que le recourant aurait recommencé le travail le 1er mars 2003 et relève que le recourant n'a pas non plus justifié d'une période de

cotisation portant sur l'ensemble des mois de septembre 2001 à juin 2002, dès lors qu'il n'avait pas réellement perçu le salaire pendant avril et mai 2002, étant donné qu'il avait accordé un prêt de 20'000 fr. à la société et l'avait compensé avec le salaire dû. Par ailleurs, recourant n'a pu établir avoir été rémunéré de mars à juillet 2003, dans la mesure où il avait visiblement renoncé à son salaire.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

   Statuant sur un recours de droit public, le Tribunal fédéral a, dans un arrêt du 1er juillet 2004, confirmé que la disposition transitoire constituait la solution la plus rationnelle et était conforme, de surcroît, au droit fédéral (arrêt 1P. 183/2004).

   Egalement saisi de la question de l'inconstitutionnalité du Tribunal cantonal des assurances sociales, il a déclaré que la création de ce tribunal ne pouvait être remise en cause, vu la force dérogatoire du droit fédéral, soit en l'occurrence l'art. 57 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA).

   Il convient dès lors d'admettre la compétence du Tribunal de céans pour connaître des contestations relatives à l'assurance-chômage, conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 8 LOJ.

2. Interjeté dans les délai et forme prévus par la loi, le recours doit être déclaré recevable (art. 60 et 61 LPGA, par renvoi de l'art. 1 al. 1 de loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982, LACI, et art. 89B de la loi genevoise sur la procédure administrative du 12 septembre 1985, LPA).

3. Aux termes de l'art. 8 al. 1 let. e LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage, s'il remplit notamment les conditions relatives à la période de cotisations ou en est libéré. La période de cotisations commence à courir deux ans avant le premier jour

où toutes les conditions dont dépend le droit à l'indemnité sont réunies (art. 9 al. 3 LACI). Pendant ce délai, l'assuré doit avoir exercé durant 12 mois au moins une activité soumise à cotisation, selon l'art. 13 al. 1 LACI. Cela présuppose que l'assuré ait effectivement exercé une activité soumise à cotisation, mais non que l'employeur ait réellement transféré à la caisse de compensation la cotisation du salarié (ATF 113 V 352). Le salaire contractuellement prévu n'est toutefois pris en considération que s'il a été réellement perçu par le travailleur durant une période prolongée et qu'il n'a jamais fait l'objet d'une contestation (DTA 1995 n° 15 p. 79 ss). Cette exigence a notamment pour but de prévenir les abus qui pourraient résulter en cas d'accord fictif entre un employeur et un travailleur au sujet du salaire, notamment lorsque l'employeur et l'employé ne forment en réalité qu'une seule et même personne (ATFA non publié du 31 août 2001, cause C 354/00, consid. 2c).

L'art. 13 al. 2 let. c LACI dispose que le temps durant lequel l'assuré est partie à un rapport de travail, mais ne touche pas de salaire parce qu'il est malade ou victime d'un accident et partant ne paie pas de cotisations, compte également comme période de cotisations.

4. En l'occurrence, l'assuré s'est inscrit au chômage le 1er septembre 2003. Par conséquent, le délai-cadre de cotisations court du 1er septembre 2001 au 31 août 2003.

a) Se pose en premier lieu la question de savoir si le recourant a effectivement touché son salaire pendant toute la période du 1er juillet 2001 au 30 juin 2002. Seuls sont à égard litigieux les mois d'avril et mai 2002.

Il résulte des pièces du dossier que la société a régulièrement versé le salaire au recourant depuis le début du contrat. Ce salaire n'a jamais non plus fait l'objet d'une contestation entre les parties à ce contrat. Il n'a dès lors rien de fictif et il n'y a aucune raison de supposer qu'il ne serait pas dû pendant la période pendant laquelle le recourant a travaillé pour la société. Celui-ci a par ailleurs rendu vraisemblable avoir compensé un prêt de 20'000 fr. accordé à la société avec le salaire dû pour les mois d'avril et mai 2002. De surcroît, l'intégralité des salaires a été déclarée à l'AVS, sans la déduction du montant de ce prêt, ce qui constitue un indice supplémentaire pour le versement effectif du salaire et l'engagement réel de l'employeur. Par conséquent, le Tribunal de céans admettra que le recourant a exercé une activité soumise à cotisation au sens de la loi pendant 10 mois du 1er septembre 2001 au 30 juin 2002.

b) Se pose dès lors la question de savoir si le recourant peut bénéficier de l'application de l'art. 13 al. 2 let. c LACI, à savoir si, après le 1er juillet 2002, il était partie à un rapport de travail et n'a pas touché de salaire en raison de son incapacité de travail.

En premier lieu, il convient de relever que même si un employé bénéficie d'un congé non payé, il reste néanmoins partie à un contrat de travail. Les effets de celui-ci sont uniquement suspendus dans ce cas. Le contrat ne peut prendre fin que par une résiliation en bonne et due forme par une des parties ou d'un commun accord.

Doit-on admettre pour autant que le recourant n'a pas touché son salaire en raison de son incapacité de travail ? De la lettre que l'ancienne administratrice de la société a adressée le 16 septembre 2003 à la caisse de chômage, ainsi que de son témoignage devant le Tribunal de céans, il résulte clairement qu'il était convenu au départ entre les parties au contrat de travail que le recourant recommence à travailler dès le 1er mars 2003. Un indice supplémentaire réside dans le fait que le contrat d'assurance perte de gain en cas d'accident facultatif conclu par le recourant pendant son congé non payé prenait également fin à cette date. Certes, la société et le recourant ont indiqué à la caisse que le dernier avait bénéficié d'un congé non payé jusqu'en juillet 2003. Cependant, dans la mesure où, d'une part, ce dernier était en incapacité de travail et, d'autre part, avait renoncé à réclamer les salaires dus, ces indications doivent être interprétées dans le sens que l'employé n'avait pas perçu son salaire pendant cette période. Ainsi, il appert que si le recourant n'a pas recommencé à travailler à la date prévue, cela tient uniquement au fait qu'il a subi un accident en février 2003, comme cela est clairement ressorti des enquêtes.

Dès lors, il y a lieu de le mettre au bénéfice de la libération du paiement des cotisations prévue l'art. 13 al. 2 LACI, il sorte que la condition relative à la période de cotisation est remplie.

5. Au vu de ce qui précède, le recours sera admis et la décision dont est recours annulée.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté par Monsieur F_____ contre la décision sur opposition du 19 décembre 2003 de la Caisse cantonale genevoise de chômage ;

Au fond :

1. L'admet ;
2. Annule la décision dont est recours ;
3. Met le recourant au bénéfice des prestations de chômage dès le 1er septembre 2003 ;
4. Dit que la procédure est gratuite ;
5. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par plis recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière:	La Présidente :
Yaël BENZ	Maya CRAMER

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'au secrétariat d'Etat à l'économie par le greffe