RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/168/2006 **ATAS/699/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 4

du 2 août 2006

En la cause

Madame A_____	recourante
contre	
OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Groupe réclamations, route de Meyrin 49, case postale 288, 1211 Genève 28	intimé

Siégeant : Juliana BALDE, Présidente ; Karine STECK et Valérie MONTANI, Juges

EN FAIT

1. Madame A_____ s'est inscrite le 16 juillet 2003 à l'Office cantonal de l'emploi (ci-après OCE) et un délai cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur du 16 juillet 2003 au 15 juillet 2005.

2. L'intéressée a indiqué avoir travaillé du 15 mai 2002 au 15 juillet 2003 auprès de la société X_____ SA, en qualité d'assistante de direction. Elle a été licenciée par l'employeur le 29 mai 2003 avec effet au 15 juillet 2003 en raison d'une situation économique compromise de l'entreprise.

3. Selon l'extrait du Registre du commerce (RC), l'époux de la recourante, Monsieur M_____, était inscrit comme directeur de la société X_____ SA, avec signature individuelle. La société a été dissoute par suite de faillite prononcée par le Tribunal de première instance le 26 mai 2003.

4. Dès le 1er octobre 2003, l'intéressée a été engagée par la société Y_____ SA. Par courrier du 1er février 2004, l'entreprise a résilié le contrat de travail avec effet au 15 février 2004, pour des raisons économiques. Le 1er juillet 2004, l'intéressée a repris le contrôle de son chômage.

5. L'OCE a procédé à des enquêtes. Lors de son audition le 11 janvier 2005, l'intéressée a déclaré que les deux sociétés pour lesquelles elle avait travaillé n'avaient rien en commun. Les salaires de 4'000 fr. mensuels qu'elle avait perçu de X_____ SA lui avaient été versés de la main à la main par son mari et avaient été déclarés à l'administration fiscale. L'intéressée a précisé qu'une procédure dirigée contre Y_____ SA était pendante devant le Tribunal des prud'hommes.

6. Après avoir constaté que les cotisations AVS n'avaient jamais été payées par les employeurs de l'intéressée, que les contrats de travail et les salaires versés par les deux entreprises présentaient les mêmes caractéristiques, la caisse de chômage a soumis le cas de l'intéressée à la section assurance-chômage (ci-après la SACH) en date du 17 mars 2005, pour examen.

7. Par jugement du 18 janvier 2005, le Tribunal des prud'hommes a condamné la société Y_____ SA à payer à Madame A_____ la somme de 10'000 fr., plus intérêts, à titre de salaires sous déduction de la somme de 4'840 fr. 30 due à la caisse de chômage SYNA.

8. Dans son rapport d'enquêtes du 27 janvier 2005, l'inspecteur de l'OCE a indiqué que l'administrateur de la société X_____ SA était un parent par alliance de l'intéressée et que le directeur était son mari. Les fiches de salaires mentionnent que le salaire est viré sur un compte bancaire auprès de la Banque cantonale de Genève,

alors que l'intéressée prétend les avoir reçu de la main à la main. Aussi bien le contrat de travail que la lettre de licenciement de X_____ SA ont été signés par le mari de l'intéressée. S'agissant de la société Y_____ SA, l'inspecteur a entendu l'administrateur; ce dernier a déclaré que la société n'avait pas de bureaux et qu'elle est domiciliée à son adresse privée. Il a reconnu avoir signé le contrat de travail du 20 août 2003 et la lettre de congé du 1er février 2004 concernant Madame A_____, mais a déclaré qu'en réalité, cette dernière n'avait jamais travaillé dans la société. Il a expliqué qu'il avait signé lesdits documents dans un café, devant l'insistance de Monsieur M_____, sous l'emprise et l'émotion d'un jour de liesse. Interrogée, l'administration fiscale a confirmé que les impôts à la source qui auraient été prélevés sur les salaires par les deux sociétés ne lui avaient pas été rétrocédés. S'agissant des cotisations AVS, une vérification était en cours auprès de la caisse cantonale genevoise de compensation.

9. Par décision du 10 juin 2005, la SACH a nié le droit à l'indemnité de chômage de l'intéressée, rétroactivement au 16 juillet 2003, au motif notamment que l'attestation du premier employeur, établie par Monsieur M_____, précisait qu'elle avait travaillé du 15 mai 2002 au 15 juillet 2003, alors que la société avait été dissoute le 16 mai 2003, par suite de faillite. De surcroît, l'intéressée n'avait pas apporté la preuve du versement des salaires.

10. L'intéressée, représentée par son conseil, a formé opposition le 14 juillet 2005, alléguent qu'il n'y avait rien de surprenant que le salaire lui ait été remis de la main à la main, dès lors que le directeur de la société X_____ SA était son mari. Quant au fait que les impôts mentionnés sur ses fiches de salaire n'avaient jamais été rétrocédé à l'administration fiscale, il s'agissait d'un dysfonctionnement évident de la société qui ne saurait toutefois lui être imputé. Elle concluait à l'octroi d'indemnités de chômage dès le 16 juillet 2003.

11. Par décision du 7 décembre 2005, l'OCE a rejeté l'opposition, au motif que l'intéressée n'avait pas apporté la preuve du versement effectif des salaires pour l'activité qu'elle avait exercée au sein de la société X_____ SA. Il a relevé en outre que quoi qu'il en soit, l'intéressée ne pouvait pas justifier de plus de douze mois d'activité soumise à cotisations, dès lors qu'elle avait débuté son activité le 15 mai 2002 et que selon l'attestation de l'employeur, le salaire ne lui aurait été versé que jusqu'au mois d'avril 2003.

12. Par acte daté du 16 janvier 2006, posté le 17, l'intéressée a interjeté recours devant le Tribunal de céans. Elle fait valoir qu'elle a travaillé pour les sociétés X_____ SA et Y_____ SA. Le salaire de 4'000 fr. par mois lui avait été versé de la main à la main par son époux, directeur de la première société. De plus, en tant qu'employée de la société X_____ SA, elle a assuré son travail au-delà de la faillite du 16 mai 2003, car elle a dû faire le lien avec l'Office des faillites, au vu de l'état de santé de son mari qui était alors hospitalisé. S'agissant

des similitudes relevées par l'OCE quant aux contrats de travail et aux fiches de salaire, elle relève que l'actionnaire majoritaire de la deuxième société avait demandé à son mari un exemple du contrat de travail et d'une fiche de salaire. Elle maintient que les deux sociétés n'avaient rien en commun, puisque la composition du conseil d'administration n'était pas la même.

13. Dans sa réponse du 13 février 2006, l'OCE constate que la recourante n'apporte aucune preuve du versement de ses salaires, de sorte que l'exercice d'une activité soumise à cotisation ne peut être reconnue. Il conclut au rejet du recours.

14. Dans sa réplique du 29 mars 2006, la recourante allègue que la décision prise a été influence par des témoignages fallacieux, dont celui de l'administrateur de la société Y_____ SA. Elle produit en annexe deux décisions de la Caisse cantonale genevoise de compensation du 21 février 2006, réclamant à son mari, en sa qualité d'ancien directeur, le paiement de 25'000 fr. de cotisations paritaires et 2'000 fr. de contributions d'allocations familiales, à titre de réparation du dommage subi suite à la faillite de la société X_____ SA.

15. Le Tribunal de céans a entendu les parties lors d'une audience de comparution personnelle qui s'est tenue le 21 juin 2006. La recourante a expliqué que toutes les pièces comptables, notamment les mouvements bancaires prouvant le fait qu'un salaire ou qu'une partie du salaire lui avait été versé avaient été remis à la comptable, mais qu'ils ont été ensuite saisis par l'Office des faillites. Elle a déclaré que le numéro du compte bancaire mentionné sur les fiches de salaires était son compte personnel. Lorsqu'elle recevait son salaire de la main à la main, elle le portait parfois en compte, ou effectuais ses paiements. Elle n'était pas en mesure de produire des extraits de son compte bancaire prouvant le versement de 4'000 fr, par mois durant la période considérée. Elle a exposé qu'il s'agissait de son premier emploi en Suisse et, du fait que son mari était le directeur de la société et aussi du manque d'expérience, elle avait accepté le paiement du salaire de la main à la main. Elle avait fait preuve de compréhension, car la société commençait ses activités, et percevait parfois des acomptes de salaire. La recourante a relevé que le rapport d'enquête de l'OCE était fondé sur le faux témoignage de l'administrateur de la société Y_____ SA, qui est en mauvais termes avec son mari. Elle a rappelé qu'elle avait gagné le procès intenté contre cette société, qui a été condamnée à lui payer les salaires relatifs à ses quatre mois d'activité.

    L'OCE a confirmé que selon l'enquête effectuée par ses services, aussi bien l'impôt à la source que les charges sociales relatifs aux salaires de la recourante n'avaient pas été versés aux autorités compétentes. Il a exposé que sa décision est fondée sur le fait que la recourante ne comptait pas douze mois de "salaires" et qu'elle n'avait pas pu apporter la preuve du versement desdits salaires. S'agissant des déclarations de l'administrateur de Y_____ SA, l'OCE relève qu'il ne s'agit pas à

proprement parler d'un témoignage et qu'au surplus, il ne l'a pas pris essentiellement en compte.

16. Un délai au 10 juillet 2006 a été imparti à la recourante pour produire toutes pièces utiles.

17. Par courrier du 7 juillet 2006, la recourante a informé le Tribunal de céans qu'elle n'avait pas pu retrouver les documents comptables et que son mari avait été sommé de payer les charges sociales.

18. Ce courrier a été communiqué à l'OCE le 12 juillet 2006 et la cause gardée à juger.

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.

2. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 8 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la loin fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI).

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

3. La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 230 consid. 1.1; 335 consid. 1.2; ATF 129 V 4 consid. 1.2; ATF 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références). Les règles de procédure quant à elles s'appliquent sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360

consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b). La LPGA s'applique donc au cas d'espèce.

4. Compte tenu des suspensions du délai de recours du 18 décembre 2005 au 1er janvier 2006 inclus (art. 38 al. 4 let. c LPGA), le recours interjeté le 17 janvier 2006 dans la forme prescrite par la loi, est recevable (art. 56 et 60 LPGA; art. 89B LPA).

5. Le litige porte sur le droit de la recourante aux indemnités de chômage.

6. L'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il remplit les conditions prévues à l'art. 8 al. 1 LACI, notamment quant à la période de cotisation qui commence à courir deux ans plus tôt (cf. art. 9 al. 3 LACI).

   Selon l'art. 13 al. 1 LACI, celui qui, dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet (art. 9 al. 3 LACI) a exercé durant douze mois une activité soumise à cotisation remplit les conditions relatives à la période de cotisation.

   Par activité soumise à cotisation, il faut entendre toute activité de l'assuré, destinée à l'obtention d'un revenu soumis à cotisations pendant la durée d'un rapport de travail (GERHARDS, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz [AVIG], tome I, note 8 ad art. 13 LACI, p. 170). L'exercice effectif d'une activité salariée suffisamment contrôlable, comme exigence qui doit être satisfaite pour admettre que les conditions relatives à la période de cotisation sont remplies (ATF 113 V 352; DTA 1999 n° 18 p. 101 consid. 2a et la référence; Thomas NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], p. 64, ch. m. 161 et les notes n° 325 et 326), implique également qu'un salaire ait réellement été versé au travailleur. En conséquence, il n'y a pas d'activité soumise à cotisation en l'absence d'une rémunération versée à l'assuré (DTA 2001 n° 27 p. 225). La déclaration d'impôts et le formulaire de salaire signé par l'assuré et destiné à l'AVS ne constituent pas des preuves suffisantes du versement du salaire. A défaut de pièces justifiant le versement du salaire (extraits bancaires ou postaux, quittances de salaire), le versement du salaire n'est pas réputé prouvé au degré de vraisemblance prépondérante (DTA 2004 n° 10 p. 115). Outre qu'elle découle de l'interprétation de la loi, l'exigence d'un salaire effectif - pour admettre que les conditions relatives à la période de cotisation sont réunies - présente également l'avantage de prévenir les abus qui pourraient résulter en cas d'accord fictif entre un employeur et un travailleur au sujet du salaire que le premier s'engage contractuellement à verser au second. A cet égard, les principes jurisprudentiels développés à propos de l'art. 23 al. 1 LACI peuvent être transposés mutatis mutandis: un salaire contractuellement prévu ne sera dès lors pris en considération, sous l'angle de l'art. 13 al. 1 LACI, 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 (DTA 2001 n° 27 p. 228 consid. 4c, arrêt Z. du 9 mai 2001, C 279/00 ; arrêt A. du 31 août 2001, C 354/00, consid. 2c).

7. Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf disposition contraire 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 (ATF 126 V 360 ; 125 3V 195). 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 322). Par ailleurs, 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 les faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 195).

8. En l'espèce, la période de cotisations de la recourante s'étend du 16 juillet 2001 au 15 juillet 2003. Durant cette période, la recourante a déclaré avoir travaillé du 15 mai 2002 au 15 juillet 2003 et avoir perçu un salaire mensuel de 4'000 fr., versé de la main à la main par son mari, directeur de la société X_____ SA.

   Il ressort toutefois des pièces du dossier que la faillite de la société précitée a été prononcée par jugement du Tribunal de première instance le 16 mai 2003 et que le salaire n'aurait été versé que jusqu'en avril 2003 (cf. attestation de l'employeur du 29 juillet 2003, p. 4 OCE).

   S'agissant du salaire, la recourante a admis qu'il lui avait été versé, en tout ou en partie, par son mari, directeur de la société, de la main à la main. Elle n'a cependant pas été en mesure de produire des relevés de son compte bancaire prouvant la mise en compte de son salaire, ni aucune autre pièce. Qui plus est, les charges sociales et l'impôt à la source n'ont pas été acquittés, étant rappelé au demeurant que selon la jurisprudence, la déclaration d'impôts et le décompte de salaire destiné à l'AVS ne constituent pas des moyens de preuve suffisants (DTA 2004, p. 115; ATFA du 24 septembre 2004, cause C 30/04).

   Le Tribunal de céans constate que la recourante n'a pu prouver, au regard de la vraisemblance prépondérante, avoir effectivement perçu un salaire de 4'000 fr. par mois pendant douze mois durant le délai-cadre.

   Le recours, mal fondé, sera rejeté.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Statuant

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

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.

3. Dit que la procédure est gratuite.

4. 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).

Le greffier	La Présidente :
Walid BEN AMER	Juliana BALDE

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