RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1743/2004 **ATAS/668/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 4

du

17 août 2005

En la cause

Monsieur B_____, représenté par Maître CRAUSAZ Hervé	recourant
contre	
CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, rue de Montbrillant 40, case postale 2293, 1211 GENEVE 2	intimée

Siégeant : Mme Juliana BALDE, Présidente; Mmes Karine STECK et Doris WANGELER, Juges

EN FAIT

1. Monsieur B_____, né en septembre 1964, a été engagé par la société X_____ SARL (ci-après la société) en qualité de comptable à partir du 3 janvier 2001 pour un salaire mensuel brut de 5'790 fr., treize fois l'an, selon contrat de travail du 28 février 2001.

2. Par courrier du 10 décembre 2002, l'employeur a résilié le contrat pour le 31 janvier 2003 pour raisons économiques.

3. L'assuré s'est inscrit à l'office cantonal de l'emploi (ci-après OCE) le 9 janvier 2003 et a demandé à bénéficier des indemnités de chômage dès le 1er février 2003.

4. Les fiches de salaires produites font état d'un salaire mensuel brut de 5'800 fr., soit d'un salaire net de 5'058 fr. 90.

5. Par décision du 28 août 2003, la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la CCGC) a refusé le versement d'indemnité de chômage à l'assuré, au motif qu'il n'avait pas apporté la preuve du versement effectif d'un salaire permettant de retenir une période de cotisation de six mois.

6. En date du 29 septembre 2003, l'assuré a formé opposition à la décision précitée. Il a fait valoir en substance qu'il était associé de la société pour une part sociale d'un montant de 5'000 fr. qui lui avait en réalité été remise à titre fiduciaire par son père, lequel avait libéré l'ensemble du capital social. L'assuré n'était toutefois plus associé de ladite société, qui était à l'époque en liquidation, depuis la réunion des associés qui s'était tenue le 30 janvier 2003.

   Il a exposé par ailleurs qu'il n'avait pas perçu l'entier de son salaire au cours des années 2001 et 2002 en raison des difficultés financières rencontrées par son employeur et que les montants non perçus avaient été régulièrement inscrits au passif du bilan de la société. L'intégralité de ces créances salariales lui avait été versée suite à la vente des commerces.

7. La CCGC a alors réclamé à l'assuré les relevés de compte bancaire ou postal démontrant le versement du salaire de janvier 2002 à janvier 2003 ainsi que les justificatifs relatifs au solde des salaires dus versé en janvier 2003. Elle lui a également demandé la preuve des démarches entreprises auprès de la caisse de compensation AVS afin de payer les cotisations sociales sur le solde de salaire.

8. Par courrier du 5 janvier 2004, l'assuré a indiqué à la CCGC que les salaires et le solde de salaire versé en janvier 2003 avaient été payés en cash contre remise d'une quittance à l'employeur. Il a précisé ne pas être en mesure de produire de pièces comptables pouvant attester de ce fait et indiqué que ses diverses interventions auprès du comptable n'avaient pas abouti.

9. La CCGC s'est alors adressée directement à l'employeur, puis au comptable pour leur réclamer les pièces justificatives nécessaires.

10. En l'absence de réponse du comptable, celui-ci a été convoqué en qualité de témoin par devant la CCGC à laquelle il a déclaré avoir rendu l'intégralité des pièces comptables remises pour l'établissement du bilan à l'assuré en raison de la maladie de son père. Il a apporté le compte caisse, du 3 avril 2004, duquel il résulte que l'assuré aurait reçu un salaire mensuel net de 5'058 fr. 90 pour 2002.

11. Par décision sur opposition du 10 juillet 2004, la CCGC a rejeté la réclamation formée par l'assuré.

12. En date du 18 août 2004, l'assuré a recouru auprès du Tribunal cantonal des assurances sociales et a rappelé qu'il avait bel et bien touché son salaire comme cela ressort notamment de sa déclaration fiscale.

13. Dans sa réponse du 17 septembre 2004, l'intimée a rappelé que le recourant n'avait fourni aucune pièce permettant de prouver le versement effectif d'un salaire et qu'elle ne comprenait pas comment la société aurait pu lui verser en cash l'argent ne figurant pas dans la caisse, laquelle présentait un solde négatif jusqu'en novembre 2002. Elle a relevé par ailleurs qu'aucune créance salariale ne figurait dans les comptes de la société en faveur du recourant et que la déclaration aux impôts d'un revenu mensuel de 5'800 fr. ne constituait pas une preuve de la perception effective de ce salaire.

14. En date du 11 octobre 2004, le recourant a rappelé qu'il avait effectivement touché son salaire comme l'atteste la déclaration du comptable à l'intimée et que le solde des salaires lui avait été versé lors de la liquidation de la société.

15. Par courrier du 26 octobre 2004, l'intimée a persisté dans les termes de sa décision sur opposition.

16. Les parties ont été convoquées en comparution personnelle le 1er décembre 2004. Le recourant a confirmé que son 13ème salaire ne lui avait jamais été versé et qu'il n'avait pas perçu l'intégralité de son salaire en raison des difficultés financières de la société ; il a perçu 4'000 fr. par mois en 2001 et 4'200 fr. en 2002. Son père lui payait son salaire en cash, parfois en une seule fois, parfois en plusieurs versements. Le solde du salaire a figuré comme créance salariale dans le compte de la société et lui a été payé à la liquidation de la société. La créance salariale de 59'747 fr. 73 correspondait à la totalité des salaires impayés en 2001 et 2002. L'intimée a relevé que cette créance figurait dans un premier bilan au 31 décembre 2002 en tant que prêt et non pas comme créance salariale et que dans le second bilan remis par la fiduciaire, cette créance n'y figurait plus. Le recourant ne se souvenait plus des circonstances exactes de ce prêt.

17. Il ressort des attestations de salaires annuels établies par l'employeur transmises au Tribunal de céans par la Fédération des artisans et commerçants (FACO) le 14 décembre 2004 que le recourant a perçu un salaire de 40'000 fr. du 1er mars 2001 au 31 décembre 2001 et de 50'400 fr. pour l'année 2002.

18. Suite à l'audience de comparution personnelle, le recourant a transmis au Tribunal de céans les déclarations fiscales pour les années 1999 et 2003, les avis de taxation pour les années 2000 et 2002, le contrat de travail ainsi que les listes récapitulatives des salaires AVS versés en 2001 et 2002. Il a précisé qu'il déclarait aux autorités fiscales le salaire dû et non le salaire effectivement perçu, de sorte que dans le courant de l'année 2003, il n'avait pas déclaré les arriérés de salaires reçus. Le montant de la créance en arriéré de salaire avait été prélevé par son père sur le compte de la société auprès de la caisse Raiffeisen en janvier 2003 de sorte qu'une trace de ce prélèvement pourrait être trouvée par une demande d'apport de comptes.

19. Par courrier du 14 février 2005, la CCGC a relevé que les déclarations des salaires versés par l'employeur au recourant font état d'un salaire mensuel brut de 4'000 fr. pour 2001 et de 4'200 fr. pour 2002 et qu'aucun décompte ne fait référence à un éventuel versement d'arriérés de cotisations sociales en faveur de l'intéressé en 2003. Elle a également constaté que le salaire déclaré aux autorités fiscales était plus élevé que celui sur lequel il a cotisé à l'AVS et rappelé que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, les décomptes de salaire à l'AVS et les déclarations fiscales ne constituaient pas une preuve suffisante du versement effectif d'un salaire.

20. Une nouvelle comparution personnelle des parties a été convoquée le 25 mai 2005. Le recourant, qui s'était fait excuser, était représenté par son avocat lequel a indiqué que son client n'avait pu retrouver les attestations de salaire annuel produites avec sa déclaration d'impôt et que celles-ci avaient été demandées aux autorités fiscales. S'agissant de la créance salariale de 59'747 fr. 73 versée au recourant en janvier 2003, elle aurait été versée en cash par le liquidateur. La CCGC a quant à elle sollicité la production de documents probants quant à la perception des salaires en 2001 et 2002 comme les quittances de salaires signées par l'assuré ainsi que le compte bancaire de la société pour les années en cause. Un délai au 23 juin 2005 a été accordé au recourant pour déposer les documents requis.

21. Le 13 juin 2005, le recourant a produit les certificats de salaires pour les années 2001 et 2002 transmis par l'administration fiscale desquels il ressort que le salaire annuel brut était de 32'000 fr. pour 2001 et de 69'600 fr. pour 2002.

22. L'intimée a constaté que le recourant n'avait pas apporté la preuve du versement effectif d'un salaire en sa faveur et a persisté dans les termes de sa décision sur opposition du 16 juillet 2004.

23. La cause a été 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. 56 V 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 loi sur la partie générale 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. Interjeté dans les délai et forme prévus par la loi, le recours est recevable (art 56 et 60 LPGA).

4. Le litige porte sur le droit du recourant à des prestations de l'assurance-chômage. Il s'agit en particulier de déterminer s'il a exercé une activité soumise à cotisation durant six mois au moins dans les limites du délai-cadre.

5. Selon l'art. 13 al. 1 LACI (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 30 juin 2003 applicable en l'espèce), celui qui, dans les limites du délai-cadre (art. 9 al. 3 LACI) a exercé durant six mois au moins, une activité soumise à cotisation remplit les conditions relatives à la période de cotisation.

6. 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 consid. 5b, 125 V 195 consid. 2 et les références). 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 consid. 5a). 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 consid. 2 et les références).

8. En cours de procédure, le recourant a produit le contrat de travail qui le liait à la société X_____ SARL dès le 3 janvier 2001 et qui prévoyait un salaire mensuel brut de 5'790 fr., treize fois l'an, l'avis de taxation pour 2002 faisant état d'un revenu brut de 69'600 fr., la liste récapitulative des paiements de salaire pour 2001 de laquelle il ressort que le salaire du recourant était de 32'000 fr., une déclaration des salaires versés par l'employeur à l'attention de la caisse de compensation où apparaît un salaire pour le recourant de 40'000 fr. par la période du 1er mars 2001 à la fin 2001, copie des certificats de salaire pour les années 2001

et 2002 qui avaient été transmis à l'administration fiscale où figurent un salaire brut de 32'000 fr. pour 2001 et de 69'600 fr. pour 2002.

9. Dans le dossier de l'intimée figurent des décomptes de salaire pour les mois de janvier 2002 à décembre 2002 tous établis le 25 de chaque mois avec une mention « salaire payé en liquide » le 25 de chaque mois, un extrait du compte salaires de la société pour l'année 2002 où figure au débit une somme mensuelle de 5'058 fr. 90 en faveur du recourant, le bilan au 31 décembre 2002 où apparaît au passif une créance de 59'747 fr. 73 en faveur de celui-ci, le compte de pertes et profits au 31 décembre 2002 faisant état de charges salariales de 134'641 fr. 50. Interpellé par la CCGC, l'assuré a précisé que la créance figurant au passif du bilan correspondait à des prêts accordés à la société sur une base familiale.

10. Dans son opposition du 29 septembre 2003, le recourant a confirmé, qu'au cours des années 2001 et 2002, il n'avait pas perçu l'intégralité de son salaire en raison des difficultés économiques de la société ; il avait perçu 4'000 fr. par mois en 2001 et 4'200 fr. en 2002, le solde ayant été régulièrement inscrit comme créance personnelle salariale contre la société, créance qui lui avait été payée au début 2003 suite à la vente des commerces.

11. Lors de son audition du 6 avril 2004 par la CCGC, le comptable de la société a apporté le compte caisse daté du 3 avril 2004 de la société où il apparaît que le recourant aurait perçu la somme nette de 5'058 fr. 90 par mois ainsi que le bilan intermédiaire daté du 6 avril 2004 où figure une créance du recourant d'un montant de 30'344 fr. 92.

12. Il y a lieu de constater que les pièces versées au dossier par le recourant, les pièces contenues dans le dossier de l'intimée ou celles adressées par la FACO au Tribunal de céans ne permettent pas de prouver, ni même d'établir avec le degré de vraisemblance prépondérante exigée par la jurisprudence que le recourant a réellement et régulièrement perçu un salaire dans le délai-cadre. Celui-ci n'a en effet produit aucun document bancaire ou postal personnel attestant que la société lui a régulièrement versé un salaire. Les décomptes de salaire pour l'année 2002 adressés à l'intimée ont tous été établis le 25 de chaque mois et mentionnent le versement en liquide d'un salaire net de 5'058 fr. 90, de même que le compte caisse de la société, alors que le recourant a indiqué qu'il n'avait perçu en 2002 qu'un montant mensuel de 4'200 fr. Les montants déclarés à l'administration fiscale pour les années 2001 et 2002 ne correspondent pas à ceux annoncés à la FACO sur lesquels sont prélevées les cotisations sociales.

    Par ailleurs, la prétendue créance du recourant inscrite au passif du bilan de la société d'abord pour un montant de 59'747 fr. 73 puis pour un montant de 30'344 fr. 92 correspond, selon les déclarations du recourant, dans un premier temps à un

prêt accordé à la société, puis elle devient, en cours de procédure, une créance relative au solde des salaires dû. Il sied de relever à cet égard que la somme des salaires non versés n'équivaut ni au premier montant annoncé, ni à celui figurant sur la deuxième version du bilan. A cet égard, en présence de deux versions différentes et contradictoires, la préférence devrait être accordée à celle que l'intéressé avait donnée alors qu'il en ignorait les conséquences juridiques, les explications nouvelles pouvant être, consciemment ou non, le fruit de réflexions ultérieures (ATF 121 V 47 consid. 2a, 115 V 143 consid. 8c). En l'occurrence, la créance du recourant figurant au passif du bilan de la société correspondrait donc plutôt à un prêt qu'à une créance salariale.

La mise en parallèle des pièces figurant au dossier, qui ne constituent pas en tant que telles des preuves du versement effectif du salaire, ne permet pas de tirer des conclusions susceptibles de rendre probants, selon le degré de la vraisemblance prépondérante, l'exercice effectif d'une activité salariée suffisamment contrôlable et le fait que le salaire ait réellement été versé (arrêt Z. du 9 mai 2001, C 279/00).

Enfin les déclarations du comptable et les pièces fournies par celui-ci à l'intimée ne permettent pas non plus d'apporter la preuve ou à tout le moins de rendre vraisemblable le versement effectif d'un salaire régulier au recourant. En effet, le comptable a indiqué que la comptabilité était effectuée sur la base des documents remis par le client ou, en l'absence de pièces, sur ses indications. S'agissant du salaire du recourant, il indique que selon le compte salaires de la société, le recourant « aurait perçu » la somme nette de 5'058 fr. 90. Il n'a donc pas attesté de la réalité du versement du salaire au recourant.

13. Malgré les nombreuses occasions données au recourant de produire des pièces attestant du versement du salaire, comme des relevés de compte bancaire ou postal, des quittances de salaires signées par lui-même lors de la remise de son salaire ou des pièces relatives à des démarches entreprises auprès de la FACO pour le paiement de cotisations sociales sur le solde de salaire reçu, il n'a pas été en mesure d'apporter la preuve de la perception effective et régulière d'un salaire, ni du versement d'un arriéré de salaire et doit par conséquent supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 195 consid. 2 et les références).

Le recours, mal fondé, doit être 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. Reçoit le recours.

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 :

Pierre RIES — Juliana BALDE

La secrétaire-juriste :

Catherine VERNIER BESSON

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