

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2255/2005

ATAS/1014/2005

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 1

du 25 octobre 2005

En la cause

Madame S _____, domiciliée à Bernex

recourante

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Groupe réclamations, sis
route de Meyrin 49 à Genève

intimé

**Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mmes Isabelle DUBOIS et Valérie MONTANI, Juges**

EN FAIT

1. Madame S _____ s'est inscrite auprès de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après OCE) et un délai cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur dès le 1^{er} octobre 2004.

Elle a travaillé pour son époux qui exploitait l'Auberge X _____ jusqu'au 30 septembre 2004, à 60% dans un premier temps puis à 100% dès janvier 2004. Selon ses fiches de salaires, elle a réalisé un revenu mensuel de 2'100 fr. du 1^{er} janvier au 31 décembre 2003 et de 5'000 fr. du 1^{er} janvier au 30 septembre 2004.

2. Par décision du 13 décembre 2004, la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la Caisse) a, constatant que l'intéressée n'avait pu prouver avoir effectivement reçu un salaire de 5'000 fr. par mois dès janvier 2004, calculé le gain assuré sur une moyenne des six derniers mois de salaire réellement touchés, soit 4 x 2'100 fr. + 2 x 5'000 fr., et l'a ainsi fixé à 3'067 fr. Elle a considéré que compte tenu du fait qu'à partir du 1^{er} mars 2004, le solde du compte de l'entreprise « compte caisse » présentait un solde négatif d'une part et d'autre part que le relevé de compte de la Banque Raiffeisen pour l'année 2004 produit par l'assurée était le relevé d'un compte privé, la preuve du versement effectif d'un salaire de 5'000 fr. n'avait pas été établie ce dès mars 2004.
3. L'assurée a contesté le 26 janvier 2005 ladite décision. Elle explique que son époux a reçu un héritage en date du 8 avril 2003 d'un montant de 80'000 fr. qui avait été placé sur le compte ouvert à son nom auprès de la Banque Raiffeisen. C'est cet argent qui avait servi à son époux à couvrir les charges salariales et les factures des fournisseurs jusqu'à la liquidation du compte le 7 avril 2004.
4. Par décision du 6 juin 2005, la Caisse a rejeté l'opposition. Elle a rappelé qu'il n'avait pas été établi à satisfaction de droit que l'intéressée avait effectivement reçu un salaire mensuel de 5'000 fr. de mars à septembre 2004, raison pour laquelle elle avait retenu la période allant de septembre 2003 à février 2004 comme période de cotisation.
5. L'intéressée a interjeté recours le 27 juin 2005 contre ladite décision :

« mon mari et moi avons tous deux la signature sur le compte de notre conjoint. Mon mari n'a dans un premier temps pas voulu injecter l'argent provenant de son héritage (80'000 fr.) dans son entreprise du fait que les finances de celle-ci étaient encore saines. Cet argent a été versé sur le compte commun à la Banque Raiffeisen. Lorsque l'Auberge s'est retrouvée dans de grandes difficultés, mon mari a tenu à verser l'entièreté des salaires à la date usuelle à tout son personnel, y compris moi-même, jusqu'à ce qu'il liquide l'affaire. Il a utilisé à cet effet les recettes du restaurant, car il y en avait encore, et les a complétés par des prélèvements sur son compte de la

Raiffeisen. Les salaires ont de tout temps, depuis 22 ans, été versés de main à main, comme il est encore de coutume dans le restaurant ».

Elle a souhaité que soient entendus trois de ses collègues de travail.

6. Invitée à se déterminer, la Caisse a persisté dans les termes de sa décision sur opposition.
7. Monsieur C _____ et Madame D _____, ex-employés de l'Auberge, ont été entendus le 4 octobre 2005 par le Tribunal de céans. Monsieur E _____ s'est excusé, étant en déplacement à l'étranger. L'assurée a renoncé à son audition.

Les deux témoins ont travaillé à l'Auberge X _____ comme serveur, le premier de 1998 à 2004, la seconde de mai 1996 à fin 2002. Ils ont tous deux confirmé que le salaire était versé de main à main, que le patron appelait chaque employé à tour de rôle dans son bureau pour lui donner son enveloppe à la fin du mois, que l'intéressée était également appelée de la sorte. Ils ont également confirmé qu'à leur connaissance le versement du salaire de main à main était usuel dans la restauration. Monsieur C _____ a déclaré qu'il recevait un salaire mensuel de 4'800 fr., Madame D _____ de 3'300 fr. net pour un plein temps et de 2'200 fr. brut pour un mi-temps. Les deux témoins ont affirmé que l'intéressée travaillait comme serveuse.

8. Sur quoi 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 1^{er} 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'art. 56 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 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. Le recours, interjeté en temps utile, est recevable (articles 56 et 60 LPGa).
4. Le litige porte sur le montant du gain assuré à prendre en considération.
5. Aux termes de l'art. 23 al. 1, première phrase, 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.

Le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisations qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation ou des douze derniers mois si ce salaire est plus élevé (art. 37 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage - OACI).

6. 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 cotisations sont remplies, implique également qu'un salaire soit réellement versé au travailleur (DTA 1988, p. 19 ; ATF 113 V 352). 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 (surtout lorsque l'employeur et le travailleur ne sont en réalité qu'une seule et même personne). 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 qu'il n'a jamais fait l'objet d'une contestation (DTA 2001 p. 228 ; 1999, p. 28 ; ATF 123 V 72).
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 Caisse a retenu comme période de cotisation celle durant laquelle il était établi que l'assurée avait reçu un salaire, soit la moyenne des salaires versés pour les mois de septembre 2003 à février 2004. Elle a en effet constaté que le solde du compte de l'entreprise était négatif depuis mars 2004. Elle a également relevé que si l'héritage avait effectivement servi à couvrir les salaires de l'entreprise, cela n'avait pu être le cas que jusqu'à la liquidation du compte soit le 7 avril 2004, et non pas jusqu'à septembre 2004.
9. Force est de constater que la recourante n'a pu prouver qu'elle avait réellement reçu le salaire mensuel de 5'000 fr. depuis janvier 2004. Elle n'a pas été en mesure de produire un relevé bancaire ou postal, alléguant que le salaire était versé de main à main. Il est vrai que c'est ce salaire qui a été déclaré aux assurances sociales et qui a dès lors été soumis à cotisation AVS-AI. Toutefois, 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).

Il est vrai que les témoins sont venus confirmer que le salaire était versé de main à main, tel que cela était souvent l'usage dans la restauration. Il a également été établi que la recourante recevait son salaire dans les mêmes circonstances que les autres employés. Aucune déclaration n'a pu en revanche être faite sur le montant du salaire. Il y a dès lors lieu de se fonder sur les faits qui présentent un degré de vraisemblance suffisant. Or, on peut s'étonner de ce que l'épouse du patron reçoive un salaire aussi important, dépassant celui versé à des serveurs ayant le même type d'expérience qu'elle, alors que l'entreprise rencontrait de telles difficultés financières qu'elle a dû cesser toute activité dès septembre 2004. La recourante soutient qu'il était important pour elle de recevoir son salaire de 5'000 fr. parce qu'il lui servait à entretenir sa famille « c'est ainsi moi avec mon salaire de 5'000 fr. qui faisais vivre la famille ». C'est ce faisant ignorant que le bénéfice réalisé dans le cadre de l'entreprise de l'époux, entreprise exploitée à titre individuel, était nécessairement réduit d'autant. En d'autres termes, qu'il y ait un bénéfice pour l'entreprise, ou que ce bénéfice soit utilisé pour payer le salaire de la recourante, revenait au même pour les époux. Les explications de la recourante sont peu convaincantes à cet égard.

10. Le Tribunal de céans relève par ailleurs que la recourante était rémunérée, selon l'attestation établie le 3 novembre 2004 par la caisse de compensation AVS à laquelle était affiliée l'entreprise de son époux, à raison de 2'100 fr. par mois pour une activité de 60% en 2003 (de 2'050 fr. en 2002 et 2001, de 2'000 fr. en 2000). Si l'on retient la même base de calcul, on obtient pour un plein temps, un salaire de 3'500 fr. par mois, ce qui est plus proche du reste de celui prévu par l'accord salarial genevois applicable dans le secteur de l'hôtellerie-restauration en 2004, soit 3'820 fr., que de celui allégué par la recourante dès janvier 2004.

Le Tribunal de céans est ainsi d'avis qu'il n'a pas été prouvé au degré de la vraisemblance prépondérante que le salaire de 5'000 fr. ait effectivement été payé dès janvier 2004. Il ne peut dès lors être pris en considération. Il n'est en effet pas vraisemblable que la recourante ait réalisé de janvier à septembre 2004 un revenu dépassant sensiblement ce montant de 3'500 fr., alors que l'activité déployée était restée la même et que la situation financière de l'entreprise était préoccupante.

Reste à déterminer le montant du salaire à prendre en considération. La méthode appliquée par l'OCE ne peut être retenue dans la mesure où elle ne repose sur aucune base légale et est partant arbitraire. En revanche, il y a lieu de constater que le salaire minimum prévu par l'accord susmentionné est de 3'820 fr. C'est en conséquence ce montant qui sera retenu de sorte que le gain assuré sera de 3'820 fr.

Aussi le recours est-il partiellement admis.

**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. L'admet partiellement dans le sens des considérants.
3. Annule la décision du 6 juin 2005.
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 :

Marie-Louise QUELOZ

Doris WANGELER

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