RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2578/2004 **ATAS/318/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

2ème chambre

du 19 avril 2005

En la cause

Monsieur T_____,	Recourant
contre	
CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, rue de Montbrillant 40 à Genève	Intimée

Siégeant : Mme Isabelle DUBOIS , Présidente, Mmes Doris WANGELER et Karine STECK, juges.

EN FAIT

1. Monsieur T_____ (ci-après le recourant) s'est inscrit à nouveau auprès de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après l'OCE) et a sollicité le versement d'indemnités de chômage dès le 14 janvier 2004.

   Dans sa demande d'indemnités le recourant a indiqué avoir travaillé à la MIGROS du 1er mars au 1er avril 2002, à la COOP du 1er octobre 2002 au 3 janvier 2003, auprès de la Société Y_____ S.A. du 26 mai au 4 juillet 2003 et auprès de la Société X_____ S.A. du 7 juillet au 19 septembre 2003. Il a également mentionné avoir travaillé pour la Société Z_____, sans en préciser quand.

   S'agissant de cette dernière activité le recourant a produit une attestation d'employeur qui indique un salaire mensuel net de 3'100 fr. du 27 janvier au 31 mars 2003 et un salaire mensuel brut de 4'500 fr. du 1er octobre au 31 décembre 2003. L'affiliation auprès d'une caisse de compensation était en cours.

2. Par décision du 21 juin 2004 l'OCE a refusé au recourant le droit à l'indemnité au motif qu'il ne totalisait pas 12 mois minimum de cotisation durant les deux années qui précédaient son inscription, soit du 14 janvier 2002 au 13 janvier 2004.

3. Le recourant s'est opposé à cette décision par pli du 26 juillet 2004, alléguant qu'il serait affilié pour son activité auprès de Z_____ dès le 1er septembre 2004.

4. Par décision sur opposition du 11 novembre 2004 l'OCE a rejeté l'opposition. L'OCE rappelle que, pour que les conditions relatives à la période de cotisation soient remplies, il faut l'exercice effectif d'une activité salariée suffisamment contrôlable et la production de pièces comme des extraits bancaires, postaux ou des quittances de salaire justifiant le versement de celui-ci. En l'occurrence, tel n'était pas le cas de l'activité déployée au service de Z_____.

5. Dans son recours du 7 décembre 2004, le recourant confirme qu'en date du 2 décembre 2004 les cotisations relatives à son activité pour Z_____ sont en cours de versement selon un arrangement de paiement pris par l'employeur auprès de la caisse de compensation. Il demande que les indemnités arriérées de chômage lui soient versées, le besoin en étant très urgent.

6. Dans sa réponse du 31 janvier 2005, l'OCE conclut au rejet du recours. Il reprend sa motivation et rappelle que le paiement rétroactif des cotisations ne prouve pas que le recourant a effectivement perçu un salaire. Il relève, en outre que les déclarations de salaire de Z_____ ont varié et que les montants de salaire net déclarés dans l'attestation de salaire ne correspondent pas au salaire brut déclaré auprès de la caisse de compensation.

7. Par pli du 3 février 2005 le Tribunal de céans s'est adressé à la responsable de Z_____, Madame J_____ lui demandant la preuve du versement du salaire en mains du recourant. Une copie d'attestation a été remise au greffe du Tribunal le 11 février 2005.

8. Le Tribunal a ordonné la comparution des parties ainsi que l'audition de Madame J_____. L'audience s'est tenue en date du 8 mars 2005. Madame J_____ a confirmé avoir employé le recourant pendant les mois indiqués, lui remettant son salaire de la main à la main. Un reçu était signé par lui-même. Elle n'avait pas de fiduciaire et était très peu au courant de la comptabilité. Il a été convenu qu'elle enverrait au Tribunal copie des quittances de salaire. Madame J_____ a expliqué que le salaire brut figurant sur l'attestation de salaire remise à la caisse de compensation avait été calculé par la Caisse elle-même et non par elle. Elle a expliqué que son domicile était également l'adresse de sa société, de même qu'elle a été l'adresse postale du recourant qui lui avait demandé ce service en raison d'une séparation. Le salaire du recourant a d'abord été de 3'100 fr. net, lors de la mise en place de la société, qui faisait commerce de vente de trottinettes. Madame J_____ est tombée malade, puis a réengagé le recourant, à 4'500 fr. net par mois au regard des responsabilités qu'il assumait désormais. Entre ces deux périodes la société a sommeillé en raison de son état de santé. De même a-t-elle sommeillé à nouveau durant l'année 2004, puis Madame J_____ y a mis complètement fin au 31 décembre 2004. Elle n'a jamais eu d'autre salarié que le recourant. Le salaire était pris en partie sur les ventes des trottinettes en partie sur son argent personnel.

   Lors de son audition, le recourant a indiqué avoir également travaillé en 2002 pour le restaurant LE LYRIQUE. La représentante de l'OCE a souhaité qu'il produise sa déclaration fiscale 2003. Une nouvelle audience a été prévue au début du mois d'avril 2005.

9. Dans l'intervalle la copie des quittances et des salaires perçus par le recourant pour les mois concernés ont été déposés au Tribunal, et transmis en copie aux parties.

10. La cause a été à nouveau convoquée en comparution personnelle des parties pour le 5 avril 2005. A cette occasion, le recourant a précisé qu'il n'avait pas travaillé au LYRIQUE en 2002 contrairement à ce qu'il pensait mais à la MIGROS, également durant le mois de février 2002. Il a produit copie de son décompte de salaire pour ce mois. Il n'a pas rempli de déclaration fiscale pour 2003 car l'impôt était perçu à la source en raison de son permis B. La représentante de la Caisse a confirmé que vérification faite, si l'on tenait compte de l'activité déployée chez Z_____ le recourant totaliserait 13 mois et 3 jours de cotisation. Cependant, l'OCE considère que le recourant n'a pas établi avoir perçu du salaire de Madame J_____.

    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 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 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 loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (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. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi le présent recours est recevable (art. 56 à 60 LPGA).

5. La question à résoudre est de savoir si le recourant remplit ou non la condition d'une activité soumise à cotisation durant douze mois au moins.

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

   Par activité soumise à cotisation, il faut entendre toute activité de l'assuré destinée à l'obtention d'un revenu soumis à cotisation pendant la durée d'un rapport de travail (cf. GERHARDS Kommentar zum Arbeitslosenversicherungs gesetz, tome 1, note

8 ad. art. 13 LACI). 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, 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. La déclaration d'impôt et le formulaire de salaire signés par l'assuré est destiné à l'AVS ne constitue pas une preuve suffisante du versement du salaire. A défaut de pièces justifiant le versement du salaire, tel des extraits bancaires ou postaux ou les quittances de salaire, le versement du salaire n'est pas réputé prouvé au degré de vraisemblance prépondérante (cf. ATF 113 partie 5 352 ; DTA 1999 n° 18 p. 101 ; DTA 2001 n° 27 p. 225 ; DTA 2004 n° 10 p. 115). Le TFA a confirmé que l'exigence d'un salaire effectif découle de l'interprétation de la loi et présente également l'avantage de prévenir les abus qui pourraient résulter d'un accord fictif entre un employeur et un travailleur au sujet du salaire que le premier s'engage contractuellement à verser au second. Un salaire contractuellement prévu ne sera pris en considération que s'il a réellement été perçu par le travailleur. C'est que le TFA a considéré comme fictif un contrat de travail dont se prévalait un assuré sur la base uniquement de décomptes de salaire et du contrat de travail, une enquête ayant par ailleurs établi que l'assuré n'avait en vérité pas travaillé pour la société en question (cf. ATFA du 24 septembre 2004 dans la cause C/30/04).

7. En l'espèce, la situation est tout autre. Il ressort du dossier que l'activité déployée par le recourant auprès de Z_____ a été soumise à cotisation, et que le salaire annoncé lui a bien été versé au recourant selon les quittances manuscrites établies par la responsable de Z_____ et produites devant le Tribunal. Celle-ci a par ailleurs été entendue, après avoir été exhortée à dire la vérité, sur la question et a expliqué les circonstances de cette activité et les raisons de la modification du salaire. La véracité de l'activité du recourant pour Z_____ apparaît donc suffisamment établie, de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'instruire plus avant la question comme le proposait le recourant, suggérant qu'il pourrait retrouver les personnes avec lesquelles il a eu des contacts pour la vente de trottinettes. En effet, les éléments nécessaires, au vu de la jurisprudence susmentionnée sont remplis et l'instruction par le Tribunal a confirmé le versement d'un salaire en mains propres.

   Certes, on peut constater l'incurie de la représentante de Z_____ en matière administrative et comptable. Elle n'a pas annoncé le recourant à la Caisse de compensation avant que la preuve des cotisations lui ait été demandée, les dates figurant sur les quittances sont, pour certaines d'entre elles, fantaisistes, et il semble bien qu'elle n'a pas non plus déclaré le recourant à l'impôt à la source. Mais le recourant n'a pas à faire les frais de cette incompétence, pour les raisons susmentionnées.

   Par conséquent le droit à l'indemnité doit lui être reconnu dès le 14 janvier 2004, la période de cotisation étant supérieure à celle requise par la loi.

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.

3. Annule la décision sur opposition du 11 novembre 2004.

4. Dit que le recourant doit être mis au bénéfice du droit à l'indemnité dès le 14 janvier 2004.

5. Dit que la procédure est gratuite.

6. 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	Isabelle DUBOIS

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