

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1393/2012

ATAS/18/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 15 janvier 2013

1^{ère} Chambre

En la cause

Monsieur K _____, domicilié à Meyrin

recourant

contre

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

intimée

**Siégeant : Doris GALEAZZI, Présidente; Evelyne BOUCHAARA et Norbert HECK,
Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur K_____ s'est inscrit auprès de l'Office cantonal de l'emploi le 19 décembre 2011 et a déposé auprès de la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la Caisse) le 4 janvier 2012, une demande visant à l'octroi d'indemnités de chômage. Il a déclaré avoir travaillé dans un café-restaurant exploité par X_____ SÀRL (ci-après la société) du 1^{er} octobre 2004 au 31 juillet 2011, date à laquelle il a été licencié en raison de la fermeture de l'établissement. Il a par ailleurs précisé qu'il était associé de la société, son épouse, Madame K_____, étant associée gérante.
2. Par décision du 26 janvier 2012, la Caisse a rejeté sa demande, au motif qu'il réunissait sur sa personne la double qualité d'employeur et d'employé, étant précisé que seule une cessation définitive des activités de l'entreprise, une rupture de ses liens avec celle-ci ou l'accomplissement de 6 mois minimum dans une tierce entreprise d'une activité salariée postérieure en qualité de simple employé pourrait lui faire bénéficier d'une indemnité de chômage.
3. L'assuré, représenté par Me Béatrice ANTOINE, a formé opposition le 27 février 2012. Il rappelle qu'il a été salarié de la société jusqu'au 31 juillet 2011, et explique que le Café Bar Y_____ a été fermé par décision du Service du commerce du 2 mai 2011 avec effet immédiat. Il précise qu'il a perçu un salaire annuel brut de 57'000 fr. en 2009, de 60'000 fr. en 2010 et de 35'000 fr. en 2011 et souligne que ces salaires ont été dûment déclarés à la Caisse cantonale genevoise de compensation.
4. Par décision du 28 mars 2012, la Caisse, constatant que le but de la société tel qu'il figure au registre du commerce, comprend l'achat, la création et l'exploitation d'établissements publics, tels que cafés, bars, restaurants et hôtels, de sorte que la reprise d'un autre bar ou d'un autre restaurant ne serait théoriquement pas impossible, a dès lors rejeté l'opposition.
5. Par ordonnance pénale du 3 avril 2012, le Ministère public a reconnu l'épouse de l'intéressé coupable d'infraction à l'art. 117 al. 1 de la loi fédérale sur les étrangers, l'a condamnée à une peine pécuniaire de 180 jours-amende sous déduction de 22 jours-amende correspondant à 22 jours de détention avant jugement, a fixé le montant du jour-amende à CHF 100.- et l'a placée au bénéfice du sursis lui fixant un délai d'épreuve à 3 ans.
6. L'assuré, par l'intermédiaire de sa mandataire, a interjeté recours le 10 mai 2012 contre la décision de la Caisse du 28 mars 2012. Il précise que la décision du Service du commerce du 2 mai 2011, aux termes de laquelle l'autorisation d'exploitation a été retirée, est définitive, vu la nouvelle décision du 14 décembre 2011, refusant d'entrer en matière pour une réouverture du Café Bar Y_____.

Il indique que depuis le 2 mai 2011 la société a cessé d'exploiter le Café Bar Y_____ et n'a de ce fait plus réalisé de chiffre d'affaire. Il annonce d'ores et déjà qu'il versera au dossier le bilan et le compte de pertes et profits 2011 de la société dès que ces documents auront été établis.

7. Le 4 juin 2012, il a produit la déclaration fiscale 2011 et a sollicité un délai complémentaire pour produire les comptes de la société.
8. Le 29 juin 2012, il a communiqué à la Cour de céans un extrait du Registre du commerce, selon lequel il a cédé sa part dans la société à son épouse le 25 juin.
9. Dans sa réponse du 19 juillet 2012, la Caisse, persistant à considérer qu'il existe un risque d'abus dans la mesure où la société peut en tout temps exploiter d'autres établissements que le Café Bar Y_____, a conclu au rejet du recours. Elle prend note de ce que l'épouse du recourant est devenue seule associée de la société depuis le 25 juin 2012; elle rappelle toutefois que selon la jurisprudence, la personne travaillant dans une entreprise dans laquelle son conjoint occupe une position assimilable à celle d'un employeur n'a pas droit à l'indemnité de chômage.
10. La Cour de céans a ordonné la comparution personnelle des parties le 9 octobre 2012. La mandataire du recourant a alors fait part de ce qu'elle cessait d'occuper.
11. Lors de l'audience, l'intéressé a déclaré :

" J'ai été accusé de recel de montres et de bijoux. Le bar a été fermé pour cette raison. J'ai à présent purgé ma peine. Je suis resté en prison du 28 avril 2011 au 9 novembre 2011. Mon épouse a demandé au Service du commerce la possibilité de rouvrir le bar. Il lui a été répondu que ce Service n'entrerait pas en matière avant deux ans.

Mon épouse a été également accusée. Elle a été innocentée.

J'ai l'intention de rouvrir le bar dès que ce sera possible. Je ne me suis du reste pas inscrit au chômage avant de recevoir la décision du Service du commerce du 14 décembre 2011.

Il nous serait impossible d'ouvrir un autre bar, dans la mesure où nous sommes propriétaires de Y_____.

Mon épouse reste inscrite au Registre du commerce pour la société X_____ Sàrl dans l'attente d'une décision favorable du Service du commerce. Ça nous coûterait trop cher si nous devions rayer la société du Registre du commerce pour la réinscrire dans deux ans.

Je précise que mon épouse, qui est titulaire de la patente, ne peut plus l'utiliser actuellement vu les décisions du Service du commerce des 2 mai et 14 décembre 2011. "

12. Par décision du 17 octobre 2012, le Service du commerce, saisi d'une nouvelle demande déposée par l'épouse de l'intéressé le 6 juillet 2012, a constaté que

l'ordonnance rendue par le Ministère public le 3 avril 2012 constituait un nouvel élément de preuves, soit un motif de reconsidération. Du fait que seule l'accusation d'infraction à la loi fédérale sur les étrangers était fondée, puisque les charges de vols par métier et en bande et de recel qui pesaient contre la requérante avaient été abandonnées, il a jugé que le retrait de l'autorisation d'exploiter constituait une sanction disproportionnée au regard de l'infraction commise, dès lors qu'il la privait de la possibilité d'exercer pendant une période minimale de 2 ans. Il a dès lors modifié la décision du 2 mai 2011 sur ce point. En revanche il a confirmé la caducité de l'autorisation d'exploiter. Il a enfin annoncé qu'il rendrait très prochainement une décision portant sur la requête formée par Madame K_____ en vue de l'obtention d'une nouvelle autorisation d'exploiter.

13. Interrogé par la Cour de céans, le Service du commerce a confirmé, le 2 novembre 2012, avoir prononcé, par décision du 2 mai 2011, la caducité de l'autorisation d'exploiter octroyée à l'intéressé et à son épouse, ainsi que, vu la gravité des faits, le retrait de l'autorisation d'exploiter, avoir toutefois annulé ladite décision le 17 octobre 2012, en tant qu'elle prononçait le retrait de l'autorisation qui lui avait été délivrée le 11 mars 2004 en vue d'exploiter le café-restaurant à l'enseigne Y_____, et l'avoir maintenue pour le surplus.
14. Invitée à se déterminer, la Caisse a fait part de ses observations le 22 novembre 2012. Elle constate que l'intéressé ne peut vraisemblablement pas justifier d'une période de cotisations à tout le moins dès le 28 avril 2011, date de la fermeture du Café Bar Y_____, puisqu'il a été incarcéré jusqu'au 9 novembre 2011. Elle relève également que l'intéressé a l'intention d'ouvrir à nouveau le café-restaurant dès que possible, de sorte que son cas devrait être soumis au service juridique de l'OCE pour traiter de la question de son aptitude au placement. Elle conclut au rejet du recours.
15. L'intéressé a quant à lui indiqué, par téléphone, qu'il n'avait pas de commentaires à ajouter.
16. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ; RS E 2 05) en vigueur dès le 1^{er} janvier 2011, la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA; RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982 (loi sur l'assurance-chômage, LACI; RS 837.0).

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

2. Interjeté dans les formes et délais légaux, le recours est recevable (art. 1 LACI, 38, 56 et 60 LPGA).
3. Le litige porte sur le droit de l'intéressé à l'indemnité de chômage dès le 4 janvier 2012.
4. En vertu de l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a), s'il subit une perte de travail à prendre en considération (let. b), s'il est domicilié en Suisse (let. c), s'il a achevé sa scolarité obligatoire, s'il n'a pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touche pas de rente de vieillesse de l'AVS (let. d), s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (let. e), s'il est apte au placement (let. f) et s'il satisfait aux exigences du contrôle (let. g). Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 218 consid. 2).
5. D'après la jurisprudence, un travailleur qui jouit d'une situation professionnelle comparable à celle d'un employeur n'a pas droit à l'indemnité de chômage lorsque, bien que licencié formellement par une entreprise, il continue de fixer les décisions de l'employeur ou à influencer celles-ci de manière déterminante. Dans le cas contraire, en effet, on détournerait par le biais d'une disposition sur l'indemnité de chômage la réglementation en matière d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, en particulier l'art. 31 al. 3 let. c LACI. Selon cette disposition, n'ont pas droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail les personnes qui fixent les décisions que prend l'employeur ou peuvent les influencer considérablement en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière de l'entreprise; il en va de même des conjoints de ces personnes qui sont occupés dans l'entreprise. Dans ce sens, il existe donc un étroit parallélisme entre le droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail et le droit à l'indemnité de chômage.

La situation est en revanche différente quand le salarié, se trouvant dans une position assimilable à celle de l'employeur, quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci; en pareil cas, on ne saurait parler d'un comportement visant à éluder la loi. Il en va de même lorsque l'entreprise continue d'exister mais que le salarié, par suite de la résiliation de son contrat, rompt définitivement tout lien avec la société. Dans un cas comme dans l'autre, l'intéressé peut en principe prétendre des indemnités de chômage (ATF 123 V 238).

Le fait de subordonner, pour un travailleur jouissant d'une position analogue à celle d'un employeur, le versement des indemnités de chômage à la rupture de tout lien avec la société qui l'employait peut certes paraître rigoureux selon les circonstances du cas d'espèce. Il ne faut néanmoins pas perdre de vue les motifs qui ont présidé à cette exigence. Il s'est agi avant tout de permettre le contrôle de la perte de travail du demandeur d'emploi, qui est une des conditions mises au droit à l'indemnité de

chômage. Or, si un tel contrôle est facilement exécutable s'agissant d'un employé qui perd son travail ne serait-ce que partiellement, il n'en va pas de même des personnes occupant une fonction dirigeante qui, bien que formellement licenciées, poursuivent une activité pour la compte de la société dans laquelle elles travaillaient. De par leur position particulière, ces personnes peuvent en effet exercer une influence sur la perte de travail qu'elles subissent, ce qui rend justement leur chômage difficilement contrôlable (ATF 123 V, 234 consid. 7b/bb; ATFA non publié du 29 juin 2004, C 65/04, consid. 2).).

Même si de jurisprudence constante, l'inscription de l'assuré au Registre du commerce (comme organe de la société) permet de déterminer s'il occupe une position assimilable à celle d'un employeur; la radiation de cette inscription permettant d'admettre qu'il a quitté la société (ATFA non publié du 29 novembre 2005, C 175/04, consid. 3.2), il n'y a pas lieu de se fonder de façon stricte sur la position formelle de l'organe à considérer. C'est ainsi au demeurant la notion matérielle d'organe dirigeant qui est importante, car c'est la seule façon de garantir que l'art. 31 al. 3 let.c LACI remplisse son objectif (SVR 1997 ALV n° 101 p. 311 consid. 5d.). Ainsi, lorsqu'il s'agit de déterminer quelle est la possibilité effective d'un dirigeant d'influencer le processus de décision de l'entreprise, il convient de prendre en compte les rapports internes existant dans l'entreprise. On établira l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes (DTA 1996/1997 n° 41 p. 227 ss consid. 1b et 2; SVR 1997 ALV n°101 p. 311 consid. 5c). La seule exception à ce principe que reconnaît le TFA concerne les membres des conseils d'administration car ils disposent ex lege (art. 716 à 716b CO), d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI (DTA 1996/1997 n° 41 p. 226 consid 1b et les références). Pour les membres du conseil d'administration, le droit aux prestations peut être exclu sans qu'il soit nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'ils exercent au sein de la société (cf. ATF 122 V 273 consid. 3; DTA 2004 n° 21 p. 198 consid. 3.3). Il doit en aller de même avec les associés d'une Sàrl. En effet, conformément à l'art. 811 al. 1 CO, s'il n'en est pas disposé autrement, les associés dans la Sàrl ont non seulement le droit mais également l'obligation de participer à la gestion de la société. En édictant cette disposition, le législateur est parti du principe que les personnes qui détiennent la société doivent également en assumer la direction. A ce titre, les associés, respectivement les associés-gérants lorsqu'il en a été désigné, occupent collectivement une position comparable à celle du conseil d'administration d'une SA (ATFA non publié C 37/02 du 22 novembre 2002 et les références).

Au surplus, la personne assurée qui a quitté l'entreprise dans laquelle son conjoint ou sa conjointe occupe une position comparable à celle d'un employeur n'a en principe droit à l'indemnité que si elle a perdu l'emploi qu'elle occupait chez un autre employeur et qu'elle a accompli la période minimale de cotisation de douze mois hors de l'entreprise de son conjoint (SECO, Bulletin MT/AC 2003/4 fiche 4/3 chiffre 2).

6. 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).

7. En l'espèce, l'intéressé était inscrit au Registre du commerce en qualité d'associé de la société. Il va de soi qu'étant associé et conjoint de l'associée-gérante, et qui plus est propriétaire du Café Bar Y _____, seul établissement géré par la société, l'intéressé influençait pour le moins les décisions prises dans le cadre de l'exploitation de cet établissement. Il ne le conteste du reste pas.

Il est vrai que le 25 juin 2012, il a cédé sa part sociale à son épouse. Le fait qu'il ne soit plus lui-même inscrit au Registre du commerce ne change toutefois rien s'agissant du droit aux indemnités de l'assurance-chômage, dans la mesure où il reste quoi qu'il en soit le conjoint d'une personne occupant une position comparable à celle d'un employeur dans cette entreprise.

8. Lorsque le salarié a une position similaire à celle d'un employeur, la jurisprudence soumet son droit à l'indemnité chômage, soit à la rupture des liens qui l'unissaient à l'entreprise, soit à la fermeture définitive de celle-ci (ATF 123 V 234).

En l'espèce le café bar Y _____ a été fermé le 2 mai 2011. Le Service du commerce a en effet prononcé la caducité de l'autorisation d'exploiter, et a également, vu la gravité des faits, retiré l'autorisation d'exploiter avec effet immédiat, ce sur la base de l'art. 70 al. 1 let. b de la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement - LRDBH), aux termes duquel, en cas d'infraction à la législation ou aux conditions particulières de l'autorisation, le département peut, en tenant compte de la gravité de l'infraction ou de sa réitération, prononcer le retrait de l'autorisation d'exploiter à l'encontre de l'exploitant. Dans ce cas, le département ne peut entrer en matière sur une nouvelle demande d'autorisation

pendant un délai de 2 ans à compter du jour où la décision de retrait est entrée en force (art. 70 al.2 LRDBH), de sorte que, le 14 décembre 2011, le Service du commerce a informé l'épouse de l'intéressé qu'il n'entrerait pas en matière quant à une éventuelle réouverture du Café Bar Y_____, au motif que "la gravité de la situation implique une non entrée en matière sur toute nouvelle demande d'autorisation pendant un délai de 2 ans."

Par décision du 17 octobre 2012 cependant, le Service du commerce a annulé sa décision du 2 mai 2011, en tant qu'elle prononçait le retrait de l'autorisation qui avait été délivrée le 11 mars 2004 en vue d'exploiter le café Bar Y_____, mais l'avoir maintenue quant à la caducité de l'autorisation d'exploiter.

Il y a à cet égard lieu de rappeler que selon l'art. 8 LRDBH,

"L'autorisation d'exploiter est caduque :

- a) lorsque son titulaire y renonce, ou qu'il n'en fait pas ou plus usage pendant 12 mois consécutifs;
- b) lorsque les locaux de l'établissement sont affectés à un autre but qu'à l'exploitation de l'établissement;
- c) lorsque les conditions de son octroi ne sont plus remplies, à moins que cette situation ne justifie sa suspension ou son retrait.

Le département constate, par décision, la caducité de l'autorisation."

9. Force dès lors est de constater que ni l'intéressé, ni son épouse du reste, ne peuvent plus, depuis le 2 mai 2011, exploiter le Café Bar Y_____, de sorte que le risque que l'intéressé exerce son influence dans la gestion de l'entreprise est nul. Même si l'entreprise n'a pas cessé formellement d'exister à ce moment-là, puisqu'elle n'a pas été radiée du Registre du commerce, elle ne pouvait matériellement plus exercer aucune activité au Café Bar Y_____, du fait des décisions du Service du commerce.

La Caisse considère cependant que rien n'empêche la société d'exploiter un autre établissement. Il est vrai que le but inscrit au Registre du commerce le permet. Il appert toutefois que selon les décisions du service du commerce, ni l'intéressé ni son épouse n'ont la possibilité en l'état d'ouvrir un nouvel établissement, étant par ailleurs ajouté qu'ils sont propriétaires du Café Y_____. Tout risque d'abus est dès lors écarté en l'état.

10. Reste à déterminer si, dans les limites du délai-cadre de cotisations, soit en l'espèce du 19 décembre 2009 au 18 décembre 2011 (art. 9 al. 3 LACI), l'intéressé a effectivement travaillé durant douze mois au moins.

Dans ses écritures du 22 novembre 2012, la Caisse considère à cet égard que l'intéressé ne justifie vraisemblablement pas d'une période de cotisations suffisante pour avoir droit aux indemnités de chômage.

L'article 13 al. 1^{er} LACI dispose que 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 cotisation. Le délai cadre applicable à la période de cotisation commence à courir deux ans avant le début du délai cadre applicable à la période d'indemnisation.

L'art. 14 al. 1^{er} LACI prévoit que sont libérées des conditions relatives à la période de cotisation les personnes qui, dans les limites du délai-cadre (art. 9 al. 3) et pendant plus de douze mois au total, n'étaient pas parties à un rapport de travail et, partant, n'ont pu remplir les conditions relatives à la période de cotisation, pour l'un des motifs suivants : formation scolaire, reconversion ou perfectionnement professionnel, à la condition qu'elles aient été domiciliées en Suisse pendant dix ans au moins (let. a) ; maladie (art. 3 LPGA), accident (art. 4 LPGA) ou maternité (art. 5 LPGA), à la condition qu'elles aient été domiciliées en Suisse pendant la période correspondante (let. b) ; séjour dans un établissement suisse de détention ou d'éducation au travail, ou dans une institution suisse de même nature (let. c). Les motifs de libération de l'article 14 al. 1 LACI sont cumulables (ATF 131 V 279, consid 2.4).

Conformément au texte clair de cette disposition, l'assuré doit avoir été empêché d'exercer une telle activité soumise à cotisation pour l'un des motifs précités. Selon la jurisprudence constante, il doit exister un lien de causalité entre les motifs de libération énumérés à l'art. 14 al. 1 LACI et l'absence d'une durée minimale de cotisation (ATF 131 V 279 consid. 2.4 p. 283, 125 V 123 consid. 2 p. 125; BORIS RUBIN, Assurance-chômage, Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, Procédure, 2^{ème} éd., 2006, p. 193). Ainsi, il doit y avoir une relation de causalité entre le non-accomplissement de la période de cotisation et la maladie, l'accident ou la maternité, s'agissant de la lettre b ou de l'incarcération, s'agissant de la lettre c de la disposition. Cette causalité exigée par la disposition légale n'est donnée que si, pour l'un des motifs énumérés, il n'était pas possible ni raisonnablement exigible pour l'assuré d'exercer une activité, même à temps partiel (Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, ch. 197; Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz [AVIG], note 10 ad art. 14; Arrêt du Tribunal Fédéral des assurances du 7 mars 2005; C 273/03).

La preuve stricte de la causalité, dans une acception scientifique, ne doit pas être exigée; l'existence d'un lien de causalité doit déjà être admise lorsqu'il apparaît crédible et concevable que l'une des circonstances énumérées à l'art. 14 al. 1 LACI a empêché l'intéressé d'exercer une activité soumise à cotisation (cf. ATF 121 V

336 consid. 5c/bb p. 344; ATFA non publié du 8 juillet 2004, C 311/02, consid. 2.2 et les références).

11. Dans le cas d'espèce, l'intéressé a indiqué avoir été employé du Café Bar Y_____ depuis 2004 (cf contrat de travail du 9 juillet 2004), étant toutefois relevé qu'il est même fait état d'un engagement antérieur, en janvier 2002, soit dès l'ouverture du bar, dans la lettre de licenciement du 27 mai 2011.

Il est vrai qu'il a été incarcéré à Champ-Dollon du 28 avril au 9 novembre 2011, étant précisé que le Café Bar Y_____ a été fermé le 2 mai 2011. La condition de la période de cotisations minimale est toutefois réalisée, en ce sens que l'intéressé comptabilise quoi qu'il en soit plus de 12 mois de cotisations, au moment où il a requis des prestations de l'assurance-chômage, depuis le 19 décembre 2009, date à compter de laquelle court son délai-cadre.

12. La Caisse doute également du fait qu'il ait effectivement travaillé dans cet établissement.

Il y a à ce stade lieu de rappeler que 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).

L'intéressé a déclaré avoir perçu un salaire annuel brut de CHF 60'000 en 2010 et de CHF 35'000 en 2011. Il ressort d'une note d'entretien téléphonique entre un collaborateur de l'OCE et son épouse, qu'aucune quittance de caisse n'était préparée et que le salaire était versé de main à main. Des décomptes de salaires mensuels ont en revanche été établis et ont été estampillées et signées par une fiduciaire. Il appert des pièces versées au dossier que ces salaires ont été dûment déclarés à la Caisse cantonale genevoise de compensation et au fisc. Sur l'extrait du compte individuel de cotisations de l'intéressé figurent en effet les montants de 60'000 fr. pour 2010 et de 57'000 fr. pour 2009. Ces montants ont également été retenus par le fisc. La

déclaration d'impôts et le décompte de salaire destiné à l'AVS ne constituent cependant pas, selon la jurisprudence, des moyens de preuve suffisants (DTA 2004, p. 115 ; ATFA du 24 septembre 2004, cause C 30/04).

13. Il s'agit ainsi de déterminer, au degré de vraisemblance requis par la jurisprudence, si l'assuré a réalisé un salaire effectif durant douze mois, de décembre 2009 à décembre 2011 et pour quel montant. Cela étant, force est de constater que la Caisse ne s'est pas prononcée sur cette question.

Par ailleurs, celle-ci, constatant que l'intéressé n'avait pas l'intention de retrouver un emploi salarié, mais de revenir au plus vite exploiter le Café bar Y_____, se pose également la question de son aptitude au placement et se demande si le cas ne devrait pas être soumis au service juridique de l'OCE. Elle n'a ainsi pas non plus tranché cette question.

Aussi la cause lui est-elle renvoyée pour détermination du gain assuré, au sens des art. 23 al. 1 LACI et 37 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage - OACI et de l'aptitude au placement au sens de l'art. 15 LACI.

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.
3. Renvoie à la Caisse pour instruction complémentaire dans le sens des considérants et nouvelle décision.
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 auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Nathalie LOCHER

Doris GALEAZZI

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