

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2578/2004

ATAS/97/2007

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 2

du 6 février 2007

En la cause

Monsieur T _____, domicilié , 1203 Genève,

recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, rue de
Montbrillant 40 à Genève

intimée

Siégeant : Isabelle DUBOIS , Présidente, Juliana BALDE et Maya CRAMER, 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.
2. Dans sa demande d'indemnités le recourant a indiqué avoir travaillé à la X _____ du 1^{er} mars au 1^{er} avril 2002, à la Y _____ du 1^{er} octobre 2002 au 3 janvier 2003, auprès de la Société Z _____ S.A. du 26 mai au 4 juillet 2003 et auprès de la Société X1 _____ S.A. du 7 juillet au 19 septembre 2003. Il a également mentionné avoir travaillé pour la Société Y1 _____, sans préciser quand.
3. 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 1^{er} octobre au 31 décembre 2003. L'affiliation auprès d'une caisse de compensation était en cours.
4. Par décision du 21 juin 2004 La CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE (ci-après : la caisse) 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.
5. Le recourant s'est opposé à cette décision par pli du 26 juillet 2004, alléguant qu'il serait affilié pour son activité auprès de Y1 _____ dès le 1^{er} septembre 2004.
6. Par décision sur opposition du 11 novembre 2004 la caisse a rejeté l'opposition. La caisse 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 Y1 _____.
7. Dans son recours du 7 décembre 2004, le recourant confirmait qu'en date du 2 décembre 2004 les cotisations relatives à son activité pour Y1 _____ étaient en cours de versement selon un arrangement de paiement pris par l'employeur auprès de la caisse de compensation. Il demandait que les indemnités arriérées de chômage lui soient versées, le besoin en étant très urgent.

8. Dans sa réponse du 31 janvier 2005, la caisse concluait au rejet du recours. Elle reprenait sa motivation et rappelait que le paiement rétroactif des cotisations ne prouve pas que le recourant a effectivement perçu un salaire. Elle relevait, en outre que les déclarations de salaire de Y1 _____ avaient varié et que les montants de salaire net déclarés dans l'attestation de salaire ne correspondaient pas au salaire brut déclaré auprès de la caisse de compensation.
9. Par pli du 3 février 2005 le Tribunal de céans s'est adressé à la responsable de Y1 _____, Madame M _____ 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.
10. Le Tribunal a ordonné la comparution des parties ainsi que l'audition de Madame M _____. L'audience s'est tenue en date du 8 mars 2005. Madame M _____ 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 M _____ 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 M _____ 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 M _____ 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.
9. La copie des quittances et des salaires perçus par le recourant pour les mois concernés, déposée au Tribunal, a été transmise 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 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 Y1 _____ le recourant totaliserait 13 mois et 3 jours de cotisation. Cependant, l'intimée considérait que le recourant n'avait pas établi avoir perçu du salaire de Madame M _____.

11. Sur quoi la cause a été gardée à juger.
12. Par arrêt du 19 avril 2005, le Tribunal a admis le recours, et reconnu un droit à l'indemnité de chômage au recourant dès le 14 janvier 2004, la période de cotisation requise par la loi étant remplie.

Le Tribunal a retenu que l'activité déployée par le recourant auprès de Y1_____ avait été soumise à cotisation, et que le salaire annoncé lui avait bien été versé selon les quittances manuscrites établies par la responsable de Y1_____ et produites devant le Tribunal. Celle-ci avait par ailleurs été entendue, après avoir été exhortée à dire la vérité, sur la question et avait expliqué les circonstances de cette activité et les raisons de la modification du salaire. La véracité de l'activité du recourant pour Y1_____ apparaissait donc suffisamment établie, de sorte qu'il n'était 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 étaient remplis et l'instruction par le Tribunal avait confirmé le versement d'un salaire en mains propres.

Certes, on pouvait constater l'incurie de la représentante de Y1_____ en matière administrative et comptable. Elle n'avait 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 étaient, pour certaines d'entre elles, fantaisistes, et il semblait bien qu'elle n'ait pas non plus déclaré le recourant à l'impôt à la source. Mais le recourant n'avait pas à faire les frais de cette incompétence.

13. Suite au recours de droit administratif interjeté par l'intimée, le TRIBUNAL FÉDÉRAL DES ASSURANCES (ci-après TFA) a admis le recours et annulé l'arrêt susmentionné, en date du 26 juillet 2006. Il a renvoyé la cause au Tribunal de céans, au motif que l'exercice d'une activité salariée devait être prouvé en application de sa jurisprudence (ATF 131 V 444), et qu'en l'espèce il paraissait douteux qu'il y ait effectivement eu salaire versé. La force probante des quittances produites était mise en doute. La juridiction cantonale devait mettre en œuvre les moyens de preuve offerts par le recourant.
14. Par ordonnance du 29 août 2006, le Tribunal a ordonné l'ouverture des enquêtes, et fixé au recourant un délai au 10 octobre pour déposer sa liste de témoins, propre à établir son activité pour la société Y1_____, notamment la vente de trottinettes.
15. Par pli du 9 octobre 2006, le recourant a transmis la liste des magasins et partenaires qui pouvaient être entendus en qualité de témoin ainsi qu'une série de

bons de livraison. Cependant le Tribunal a convoqué préalablement les parties pour clarifier les faits, à la lecture de ces pièces.

16. Lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 21 novembre 2006, le recourant a déclaré ce qui suit : "Je n'ai plus de contact avec Mme - M_____, je n'ai pu obtenir d'elle par l'entremise de son frère que les pièces que j'ai produites.

S'agissant de la Boutique à Vevey, j'ai eu plusieurs fois des contacts avec son responsable, téléphonique et personnel, j'ai livré plusieurs fois des trottinettes, il devrait pouvoir produire les bons de livraison. Idem pour une boutique à Montreux dont je ne retrouve plus le nom. S'agissant du Métro shopping, j'ai également eu des relations régulières avec Monsieur B_____.

Je sollicite un délai pour pouvoir produire tous documents utiles de ces trois clients.

J'ai également tenu un stand pour Y1_____ à Balexert la semaine avant Noël 2003. C'est Monsieur B_____ qui m'avait mis en relation avec la Direction de Balexert.

Sur question, j'indique que les trente trottinettes que j'ai été cherché en Belgique ont été pour partie livrées aux clients par moi-même et pour partie stockées dans la cave de Mme -M_____. De ces dernières je ne me suis plus occupé. Je n'ai pas été payé pour ce dernier travail".

La représentante de l'intimée a déclaré qu'au vu des pièces produites, elle persistait dans ses conclusions. Elle avait le sentiment que le recourant travaillait en tant qu'indépendant. En outre, seuls les mois de novembre et décembre 2003 étaient couverts par les pièces produites et permettraient de retenir, cas échéant, une activité salariée, de sorte que les 12 mois de cotisation requis n'était de toute façon pas remplie.

Sur quoi, le Tribunal a fixé un délai au recourant aux 22 décembre 2006 pour produire des pièces complémentaires. Une instruction écrite serait faite par le Tribunal auprès de la direction de Balexert. La production des pièces comptables et administratives relatives à la société serait également ordonnée à Madame - M_____.

17. Par courrier du 7 décembre 2006, l'intimée a informé le Tribunal que le recourant était actuellement domicilié à l'adresse de son épouse, dont il est séparé officiellement, et sans que son nom n'apparaisse sur la boîte aux lettres de celle-ci. Se posait dès lors la question du domicile en Suisse, cas échéant.

18. Par courrier du 11 décembre 2006, le Tribunal a questionné le Centre commercial de Balexert sur l'activité développée en son sein au mois de décembre 2003 par le recourant.
19. En outre, par ordonnance du même jour, le Tribunal a ordonné la production par Madame -M _____ du dossier complet administratif et comptable de la société Y1 _____, d'ici au 5 janvier 2007.
20. Le 14 décembre 2006, le centre commercial répondait qu'il avait effectivement accueilli un marchand de trotinettes du 8 au 13 décembre 2003, et transmettait en annexe la confirmation de location, la facture et la demande de location. Ces pièces sont établies au nom de Madame B _____.
21. Un rappel a été adressé à Madame -M _____ en date du 8 janvier 2007, sans succès.
22. Par ordonnance du 16 janvier 2007, le Tribunal a transmis les derniers documents aux parties et les a informés qu'au vu de leur contenu l'instruction du dossier était close et la cause gardée à juger.

EN DROIT

1. La compétence du Tribunal, la recevabilité du recours et l'application de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) ont déjà été examinées et admis dans l'arrêt précédent.
2. La question litigieuse est restée la même, qui est de savoir si le recourant remplit ou non la condition d'une activité soumise à cotisation durant douze mois au moins, ce qui implique que son activité pour la société Y1 _____ soit établie et puisse être qualifiée d'activité salariée.
3. On rappellera en effet que 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 Arbeitslosenversicherungsgesetz, 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 et 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 ainsi 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).

En l'espèce, le Tribunal avait admis l'existence d'une telle activité salariée sur la base d'un faisceau d'indices. Certaines inexactitudes et incohérences dans les éléments fournis ont incité le TFA à considérer que, en l'état, l'existence d'une telle activité salariée ne pouvait être retenue. L'instruction complémentaire effectuée par le Tribunal conduit celui-ci à penser qu'une activité salariée du recourant dans cette société est peu probable. Force est d'une part de constater que le recourant n'a pas pu établir, ni par pièces ni par témoignage, avoir eu des relations commerciales en tant que salarié de l'entreprise. Des documents produits on ne peut en effet déduire qu'il n'était pas lui-même associé dans l'entreprise. De même la location d'un stand dans le centre commercial n'a pas été effectuée par lui-même, ni même par la société Y1_____. On peut donc conclure que le recourant a certes établi avoir été actif dans la vente de trotinettes par le biais de la société susmentionnée, mais d'une part pas sur toute la période alléguée, d'autre part pas en qualité de salarié.

4. Au vu de ce qui précède, le recours du 7 décembre 2004 sera rejeté, et la décision sur opposition du 11 novembre 2004 confirmée.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES**

Statuant

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

1. Rejette le recours du 7 décembre 2004.
2. Confirme la décision sur opposition du 11 novembre 2004.
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).

La greffière:

La Présidente :

Isabelle DUBOIS

Yaël BENZ

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