

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3123/2008

ATAS/959/2009

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 8

du 9 juillet 2009

En la cause

Monsieur B_____, domicilié à Genève, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître CRAUSAZ Hervé

recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, sise rue
de Montbrillant 40, 1201 Genève

intimé

**Siégeant : Diana ZEHNDER, Présidente suppléante; Teresa SOARES et Monique
STOLLER FÜLLEMANN, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur B_____ (ci-après « l'assuré » ou « le recourant »), né en 1964, a été engagé par la société « X_____ SARL », en qualité de comptable, à partir du 3 janvier 2001, pour un salaire mensuel brut de 5'790 fr., versé 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 avec effet au 31 janvier 2003, pour motif économique.
3. En date du 9 janvier 2003, l'assuré a sollicité le versement d'indemnités auprès de la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après « CCGC ») dès le 1^{er} février 2003. La CCGC a rejeté la demande d'indemnités 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.
4. Le 27 septembre 2003, l'assuré s'est opposé à cette décision. Il a exposé ne pas avoir reçu l'intégralité de son salaire des années 2001 et 2002 en raison des difficultés financières de la société, en liquidation depuis le 30 janvier 2003. Il a précisé que les montants non perçus avaient été régulièrement inscrits au passif du bilan de la société de sorte que ses créances lui avaient été remboursées à la suite de la vente de l'entreprise. Il a encore indiqué que l'intégralité de ses créances salariales avaient été payées au mois de janvier 2003, en liquide, contre remise d'une quittance à l'employeur. Il n'était toutefois pas en mesure de produire de pièces justificatives. Il a en dernier lieu ajouté avoir été associé-gérant de la société, au même titre que son père, B_____, pour une part sociale de 5'000 fr. que celui-ci lui avait remis à titre fiduciaire. Il a toutefois indiqué ne plus être associé.
5. Entendu en qualité de témoin, le comptable de la société a déclaré à la CCGC avoir remis l'intégralité des pièces comptables destinées à l'établissement du bilan à l'assuré en raison de la maladie de son père. Il a produit le livre de caisse faisant état du fait que l'assuré aurait reçu un salaire mensuel de 5'058 fr. en 2002, respectivement le bilan intermédiaire du 6 avril 2004 où figurait une créance de l'assuré d'un montant de 30'344 fr. 92 pour 2002.
6. Par décision sur opposition du 16 juillet 2004, la CCGC a rejeté l'opposition formée par l'assuré, considérant qu'il n'avait pas été en mesure de prouver qu'il avait effectivement perçu un salaire pour son activité.
7. Sur recours de l'assuré du 18 août 2004, après échange d'écritures entre les parties et audiences de comparution personnelle des 1^{er} décembre 2004 et 14 février 2005, le Tribunal cantonal des assurances sociales a, par arrêt du 17 août 2005, rejeté le recours formé par l'assuré. Le Tribunal de céans a en substance retenu que les pièces versées au dossier ne permettaient pas de prouver, ni même d'établir avec le degré de vraisemblance prépondérante, que le recourant avait réellement et

régulièrement perçu un salaire dans le délai-cadre. Les déclarations du comptable et les pièces fournies par celui-ci ne permettaient pas plus d'apporter la preuve de la réalité du versement du salaire. Le recourant devait ainsi supporter les conséquences de l'absence de preuve.

8. L'assuré a déféré cette décision au Tribunal fédéral, qui, par arrêt du 23 janvier 2007, a partiellement admis le recours et annulé le jugement du Tribunal de céans du 17 août 2005 ainsi que la décision sur opposition du 16 juillet 2004 de la CCGC, et renvoyé la cause à la CCGC pour nouvelle décision. Le Tribunal fédéral s'est rallié au point de vue des premiers juges quant à la question du versement effectif du salaire, admettant que le recourant n'avait pas apporté la preuve du paiement du salaire au degré de vraisemblance requis. Il a rappelé la teneur de la jurisprudence parue dans DTA 2001 p. 225 et les arrêts postérieurs, selon laquelle l'art. 13 al. 1 LACI présuppose non seulement que l'assuré ait effectivement exercé une activité soumise à cotisation, mais également que l'employeur lui ait versé réellement un salaire pour cette activité. Le Tribunal fédéral a toutefois ajouté que cette jurisprudence avait été précisée par l'arrêt ATF 131 V 453-454 consid. 3.3, dont il ressortait que la seule condition de droit à l'indemnité de chômage est que l'assuré ait exercé une activité soumise à cotisation pendant la période minimale de cotisation, sans égard au fait que le salaire ait été ou non réellement versé. Il a ainsi souligné que cette jurisprudence ne devait pas être comprise en ce sens qu'un salaire doit en outre avoir été effectivement versé. En revanche, la preuve qu'un salaire a bel et bien été payé constitue un indice important en ce qui concerne la preuve de l'exercice effectif de l'activité salariée. Le Tribunal fédéral en a ainsi déduit que la vraie question en l'espèce était celle de savoir si le recourant avait ou non exercé, de janvier 2001 à fin janvier 2003, une activité lucrative soumise à cotisation. Les éléments consignés au dossier ne permettant pas de trancher le litige, en particulier aucun élément ne permettant de retenir que le recourant avait véritablement tenu la comptabilité, la cause a été renvoyée à la CCGC pour qu'elle instruisse sur cette question.
9. Par courrier du 3 mai 2007 la CCGC a sollicité de l'assuré la production d'un certain nombre de documents, à savoir tout document comportant sa signature établi dans le cadre de son activité professionnelle au sein de « La Brioches Royale SARL » de janvier 2001 à janvier 2003 ; la correspondance comptable avec les fournisseurs ; les bons de commande des fournisseurs ; les copies de chèques en paiement des factures, etc. Elle a également requis la liste des employés de l'entreprise entre janvier 2001 et décembre 2002. Elle a enfin demandé à l'assuré d'identifier différentes signatures apposées sur sa demande d'indemnités, son courrier de licenciement, ainsi que son attestation de salaire 2001.
10. Sur demande du conseil de l'assuré, la CCGC a consenti par deux fois une prolongation du délai pour s'exécuter.

11. En l'absence de renseignements complémentaires, par décision du 19 octobre 2007, la CCGC a signifié à l'assuré qu'elle ne pouvait donner suite à sa demande d'indemnités du 1^{er} février 2003.
12. En date du 21 novembre 2007, l'assuré a formé opposition contre cette décision. Il a en substance soutenu avoir exercé une activité salariée pour nourrir sa famille et qu'en raison de ses relations familiales avec le directeur de la société, il avait toujours perçu son salaire en liquide et contre quittance, lesquelles se trouvaient en mains du comptable. La société étant tombée en faillite et son père étant décédé, en sa qualité de simple employé, il était dans l'impossibilité de fournir les documents demandés. Il a ajouté qu'il appartenait ainsi à la CCGC, voire à la société, de se procurer ces documents. S'agissant des signatures figurant sur les documents que lui avait adressés la CCGC, excepté une signature qui lui paraissait être la sienne, il n'a pu les identifier.
13. Par décision du 27 juin 2008, la CCGC a rejeté cette opposition considérant que l'assuré n'avait prouvé aucune de ses allégations.
14. En date du 1^{er} septembre 2008, l'assuré a recouru auprès du Tribunal de céans. Il a rappelé qu'il avait exercé une activité salariée et perçu un salaire. Il était cependant dans l'impossibilité objective de fournir les documents demandés par la CCGC dès lors que la société n'avait plus aucune activité, ni administrateur. Il se disait en dernier lieu incapable d'identifier les signatures apposées sur les documents présentés par la caisse intimée puisque, en tant que « homme de paille », il ne s'était jamais occupé de la gestion de la société. Il a en dernier lieu fait grief à la caisse intimée de ne pas s'être adressée à la société, voire à l'Administration fiscale, pour obtenir les documents demandés.
15. Dans sa réponse au recours du 30 septembre 2008, la caisse intimée a conclu au rejet du recours et à la confirmation de sa décision sur opposition du 27 juin 2008. Elle a relevé que le « vrai » comptable de la société avait déclaré en date du 6 avril 2004 que ses deux collaboratrices avaient effectué la comptabilité de « La Brioche Royale SARL » pour les années 2001 et 2002 et que toutes les pièces comptables que le recourant lui avait remises aux fins de l'établissement du bilan lui avaient été restituées début 2003. Sur cette base, la caisse intimée fit observer qu'elle ne voyait pas en quoi l'activité du recourant avait consisté puisque la tenue des comptes était assurée par une fiduciaire. Elle releva par ailleurs qu'à aucun moment le recourant n'avait indiqué quelles étaient ses tâches au sein de la société. Elle soulignait enfin que malgré les reports de délais, le recourant n'avait pas été en mesure de répondre aux questions qui lui avaient été posées. Le fait que le recourant n'était pas en mesure de déchiffrer les signatures figurant sur sa lettre de licenciement, respectivement sur son attestation de salaire 2001, démontrait qu'il ne s'était jamais occupé de la comptabilité de la société. Elle rappelait enfin qu'il ne lui incombait pas de rechercher les preuves démontrant qu'une activité lucrative soumise à

cotisation avait bien été déployée par le recourant, mais bien à ce dernier d'apporter les éléments prouvant ses allégations, de sorte qu'il devait supporter les conséquences de l'absence de preuve.

16. Le 2 octobre 2008, le Tribunal de céans a remis, pour information, la réponse de la caisse intimée au recourant et indiqué que les pièces étaient à disposition au greffe pour consultation.
17. La cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. 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 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.

2. Interjeté dans les délai et forme prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA).
3. Le litige porte sur le droit du recourant à des prestations de l'assurance-chômage. Il s'agit en particulier de répondre à la question de savoir si le recourant a véritablement tenu la comptabilité de la société.
4. Il sera rappelé que l'assuré a droit à l'indemnité de chômage notamment s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (art. 8 al. 1 let. e LACI, en liaison avec les art. 13 et 14 LACI). Celui qui, dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet (art. 9 al. 3 LACI), a exercé durant douze mois une activité soumise à cotisation, remplit les conditions relatives à la période de cotisation (art. 13 al. 1 LACI dans sa version en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2003). En vue de prévenir les abus qui pourraient advenir en cas d'accord fictif entre l'employeur et un travailleur au sujet du salaire que le premier s'engage contractuellement à verser au second, la jurisprudence considère que la réalisation des conditions relatives à la période de cotisation présuppose qu'un salaire a été réellement versé au travailleur (DTA 2001, p. 228). Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral des assurances a précisé cette jurisprudence en indiquant quant à la période de cotisation que la seule condition de droit à l'indemnité de chômage est, en principe, que l'assuré ait exercé une activité soumise à cotisation durant la période minimale de cotisation. Dès lors, la jurisprudence exposée au DTA 2001 p. 225 ss (et les arrêts postérieurs) ne doit-elle pas être comprise en ce sens qu'un salaire doit en outre avoir été effectivement versé. En revanche, la preuve qu'un salaire a bel et bien été payé est un indice

important en ce qui concerne la preuve de l'exercice effectif de l'activité salariée (ATF 131 V 444 consid. 3).

5. L'exercice d'une activité salariée pendant douze mois au moins est donc une condition à part entière pour la réalisation de la période de cotisation, tandis que le versement d'un salaire effectif n'est pas forcément exigé, mais permet au besoin de rapporter la preuve de cette activité. Le versement déclaré comme salaire pour un employeur ne fonde cependant pas, à lui seul, la présomption de fait qu'une activité salariée soumise à cotisation a été exercée (ATF 133 V 515 consid. 2.3).
6. En l'occurrence, il a d'ores et déjà été considéré que le recourant n'avait 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. Pour ce qui est de l'exercice même d'une activité salariée, force est ici encore de constater que le recourant n'a pas été en mesure de prouver ses allégations. Non seulement il s'est dit dans l'impossibilité d'identifier les signatures apposées sur son courrier de licenciement et son certificat de salaire, ce qui appert curieux de la part d'un employé de la société, a fortiori comptable de cette société. Mais encore, il n'a pas même tenté d'expliquer concrètement en quoi avait consisté son activité au sein de la société, explications que la caisse intimée pouvait légitimement attendre vu que la société avait mandaté une fiduciaire pour la tenue de la comptabilité. S'agissant des documents dont la caisse intimée requiert la production, la société étant tombée en faillite, les documents en question ne se trouvent vraisemblablement plus entre les mains du recourant.
7. Dans le domaine des assurances sociales, la procédure est certes régie par la maxime inquisitoire selon laquelle 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. (art. 61 let. c LPGA). 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 des 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 ; cf. ATF 130 I 183 consid. 3.2). Le devoir du juge de constater les faits pertinents ne dispense donc pas les parties de collaborer à l'administration des preuves en donnant des indications sur les faits de la cause ou en désignant des moyens de preuve (ATF 130 I 184 consid. 3.2), 128 III 411 consid. 3.2). Autrement dit, si la maxime inquisitoire dispense les parties de l'obligation de prouver, elle ne les libère pas du fardeau de la preuve.
8. En l'espèce, il y a lieu de constater que le recourant n'a donné aucune indication sur les faits pertinents de la cause. Contrairement à ce que soutient le recourant, il n'appartenait pas à l'autorité administrative, pas plus qu'à la juridiction de céans, de requérir auprès des tiers l'apport de pièces, mais bien au recourant de s'adresser,

par exemple, à l'Office des faillites pour obtenir un accès aux archives de la société et produire, le cas échéant, les pièces qui auraient pu démontrer son activité au sein de la société. Ne l'ayant pas fait, le recourant a failli à son devoir de collaboration. Indépendamment de ce qui précède, force est à nouveau de constater que malgré les occasions qui lui ont été données, le recourant n'a fourni aucun élément sur la nature même de son activité. Il n'a pas plus cité le nom de personnes ayant travaillé à ses côtés, lesquelles auraient pu attester de l'exercice par le recourant d'une véritable activité pour le compte de la société. Aussi, le recourant devra-t-il supporter les conséquences de l'absence de preuve.

9. Le recours, mal fondé, doit être rejeté.

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

**Statuant
conformément à l'art. 56U al. 2 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 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); 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 suppléante

Florence SCHMUTZ

Diana ZEHNDER

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