

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3327/2009

ATAS/623/2010

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 3

du 31 mai 2010

En la cause

Monsieur C _____, domicilié c/ D _____, à
LAUSANNE

recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHÔMAGE, rue de
Montbrillant 40, case postale 2293, 1211 GENÈVE 2

intimée

**Siégeant : Karine STECK, Présidente; Violaine LANDRY-ORSAT et Christine
LUZZATTO, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur C _____ (ci-après : l'assuré), né en 1990, s'est annoncé à l'Office cantonal de l'emploi (OCE) le 9 janvier 2009. Dans sa demande d'indemnités de chômage, remplie le 12 janvier 2009, il a indiqué avoir travaillé en tant que ferrailleur non qualifié pour X _____ Sàrl du 1^{er} octobre 2007 au 17 décembre 2008, son employeur l'ayant licencié le 28 octobre 2008 avec effet au 1^{er} janvier 2009 en raison du manque de travail. L'attestation d'employeur jointe à la demande confirmait la durée du rapport de travail ainsi que le motif de résiliation, en précisant que le salaire avait été versé jusqu'au 17 décembre 2008.
2. Le 14 janvier 2009, l'OCE a reçu de l'assuré une liasse de décomptes de salaires pour les mois d'octobre 2007 à décembre 2008. Les montants bruts figurant sur les décomptes étaient les suivants :
 - 4'848 fr. en octobre 2007;
 - 4'224 fr. en novembre 2007;
 - 3'875 fr. 60 en décembre 2007;
 - 1'920 fr. en janvier 2008;
 - 4'032 fr. en février 2008;
 - 4'632 fr. en mars 2008;
 - 4'752 fr. en avril 2008;
 - 4'680 fr. en mai 2008;
 - 4'536 fr. en juin 2008;
 - 4'968 fr. en juillet 2008;
 - 4'259 fr. 05 en août 2008;
 - 5'160 fr. en septembre 2008;
 - 4'560 fr. en octobre 2008 ;
 - 4'032 fr. en novembre 2008 ;
 - 6'663 fr 25 en décembre 2008,soit un montant total de 12'947 fr. 60 en 2007 et de 54'194 fr. 30 en 2008. Il ressort de ces décomptes qu'aucune cotisation aux assurances sociales n'aurait été versée pour les mois de novembre 2007 à juillet 2008 inclus.
3. Le 9 avril 2009, l'OCE a requis de l'assuré que celui-ci fournisse un extrait de compte bancaire ou postal pour l'année 2008, démontrant qu'il avait bien reçu les salaires allégués.
4. Le 19 mai 2009 a été établi un rapport d'enquête pour l'OCE. Il en ressort qu'en 2009, la mère de l'assuré était l'associée-gérante de X _____ Sàrl. Selon les déclarations de l'assuré, le siège de la société se trouvait à son domicile - qui était également celui de ses parents - et ne disposait pas d'autres locaux. Convoquée par le Bureau d'enquêtes de l'OCE, la mère de l'assuré a été priée de produire divers

documents comptables. Une attestation d'affiliation à la caisse AVS a ainsi été produite, mais non les bilans de la société.

Le père de l'assuré ayant précisé que la comptabilité de X_____ Sàrl était tenue par Y_____ SA, celle-ci a été interpellée. La fiduciaire a précisé qu'elle n'avait pas été en mesure d'établir les bilans de X_____ Sàrl depuis 2005, faute d'avoir reçu les documents nécessaires. Elle a néanmoins pu indiquer que la société avait déclaré sept salariés à la caisse AVS en 2008, la masse salariale étant de 237'408 fr.

Le rapport d'enquête a conclu que la preuve du versement du salaire de l'assuré par la société n'avait pu être faite, faute de documents comptables ; l'assuré avait en outre affirmé que son salaire lui avait été versé en mains propres. L'enquêteur a constaté qu'au demeurant, ni la société ni l'assuré n'avaient pris les mesures nécessaires auprès de l'administration fiscale (les impôts à la source n'avaient pas été retenus et l'assuré n'avait pas rempli de déclaration fiscale).

Enfin, l'enquêteur soulevait la question de l'aptitude au placement de l'assuré, compte tenu des cinq sanctions infligées à ce dernier depuis son inscription.

5. Par télécopie du 5 mai 2009, Y_____ SA a transmis à l'OCE une attestation de salaires pour l'année 2008, ainsi qu'un extrait du compte individuel de l'assuré faisant mention d'un revenu soumis à cotisation de 24'674 fr. en 2008.
6. Le 3 juin 2009, il a été procédé à un contrôle sur un chantier de X_____ Sàrl. Il a été constaté que l'assuré se trouvait sur le chantier en question.
7. Le 4 juin 2009, la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHÔMAGE a rendu une décision aux termes de laquelle elle a nié le droit de l'assuré à des indemnités de chômage dès le 6 janvier 2009 et exigé la restitution des indemnités perçues indûment du 6 janvier 2009 au 31 mars 2009, soit un montant de 5'620 fr. 60.
8. Le 23 juin 2009, l'assuré a formé opposition à cette décision en expliquant qu'il avait réussi à retrouver des quittances de salaire de son employeur. Ces quittances mentionnaient les montants suivants :
 - 4'861 fr. pour octobre 2007,
 - 4'699 fr. 20 pour novembre 2007,
 - 1'500 fr. à titre d'acompte pour décembre 2007,
 - 1'636 fr. pour janvier 2008,
 - 4'485 fr. 60 pour février 2008,
 - 5'727 fr. 20 pour avril 2008,
 - 1'700 fr. à titre d'acompte pour mai 2008,
 - 4'889 fr. 60 pour juin 2008,
 - 5'564 fr. 80 pour juillet 2008,
 - 3'687 fr. 35 pour août 2008,

4'733 fr. 15 pour septembre 2008,
3'780 fr 75 pour novembre 2008,
5'799 fr. 25 pour décembre 2008
et 3'199 fr. 20 pour le solde de décembre 2008,
soit un montant total de 10'880 fr 20 pour 2007 et 45'202 fr 90 pour 2008.

9. Le 29 juin 2009, un délai a été imparti à l'assuré au 29 juillet 2009 pour produire ses avis de taxation pour les années 2007 et 2008, ses certificats de salaire pour ces mêmes années, des extraits de comptes individuels de cotisations AVS/AC pour 2007 et 2008, ainsi que des quittances de salaires ou extraits de livres de comptes permettant de justifier la sortie effective des salaires d'octobre 2007 à décembre 2008.
10. Par télécopie du 29 juin 2009, Y_____ SA a transmis à l'OCE une copie des certificats de salaire des années 2007 et 2008 dont il ressortait que l'assuré avait perçu un revenu brut de 12'947 fr. en 2007 et de 54'194 fr. en 2008. Ces certificats de salaire étaient tous deux datés du 29 juillet 2009.
11. L'assuré a également produit une copie de l'extrait du rassemblement de ses comptes individuels AVS ainsi qu'une copie de son bordereau de taxation pour l'année 2008. De ce dernier document, il ressort qu'il a fait l'objet d'une taxation d'office sur la base d'un revenu de 15'587 fr.
12. Par décision du 1^{er} septembre 2009, la CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE a confirmé sa décision du 4 juin 2009. Elle a relevé que le lien parental de l'assuré avec son employeur avait soulevé des doutes quant à la réalité des rapports de travail et à la rémunération y relative et que les pièces exigées afin d'établir la réalité de la rémunération conformément à la pratique administrative en vigueur n'avaient pas permis d'établir que l'assuré avait effectivement perçu un salaire. Partant, les conditions du droit à l'indemnité de chômage n'étaient pas remplies.
13. Par écriture du 14 septembre 2009, l'assuré a interjeté recours auprès du Tribunal de céans.

Il allègue avoir toujours reçu son salaire en mains propres tout comme les autres employés de la société. Pour le surplus, il affirme avoir travaillé et explique qu'il est criblé de dettes et que les indemnités auxquelles il a droit lui permettront de désintéresser ses divers créanciers.

14. Invitée à se déterminer, l'intimée, dans sa réponse du 23 octobre 2009, a conclu au rejet du recours. "

Elle soutient que le recourant n'a amené aucun élément susceptible de modifier sa position et que le lien de parenté avec son employeur ajouté à l'absence de preuve de versements sur un compte bancaire ou postal impose de ne pas se contenter de la

simple attestation de l'employeur ou des décomptes de salaire. L'intimée considère ainsi que les quittances de salaire fournies par le recourant sont insuffisantes.

Elle s'étonne au surplus des montants indiqués, dont elle fait remarquer qu'ils sont importants compte tenu du métier et de l'âge du recourant.

Elle ajoute que l'activité de l'intéressé auprès de X_____ Sàrl était incontrôlable, comme le démontre d'ailleurs le fait que sa présence ait été constatée sur un chantier de l'entreprise en juin 2009, alors qu'il n'avait pas annoncé cette activité à la caisse de chômage.

L'intimée conclut que le recourant n'a pas apporté la preuve au degré de vraisemblance suffisant de son activité et de sa rémunération durant plus de 12 mois pendant le délai-cadre de cotisation, ce qui rend impossible le calcul du gain assuré.

15. Une audience de comparution personnelle des parties s'est tenue en date du 10 décembre 2009, au cours de laquelle l'intimée a fait valoir que, même si l'on admettait que le recourant avait bel et bien perçu un salaire lui ouvrant le droit à des prestations de l'assurance-chômage, se poserait encore la question de son aptitude au placement, compte tenu des six sanctions infligées en raison de la violation de ses obligations en termes de recherches d'emplois et des rendez-vous manqués avec son conseiller. L'intimée a produit un chargé de pièces complémentaire relatif aux sanctions prononcées.
16. Par courrier du 15 janvier 2010, le recourant a requis l'audition d'un témoin en la personne de Monsieur D_____, afin d'établir son activité effective au sein de X_____ Sàrl.
17. Par courrier du 26 janvier 2010, l'intimé a relevé que le recourant n'avait produit aucune nouvelle pièce permettant de prouver la réalité du versement du salaire.
18. Le 29 janvier 2010, le Tribunal de céans a transmis le courrier de l'intimé du 26 janvier 2010 au recourant, qui ne s'est pas déterminé.
19. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (LOJ ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 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. La LPGA est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, s'applique au cas d'espèce.
3. Interjeté dans le délai et la forme prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56ss LPGA).
4. Le litige porte sur l'exercice par le recourant d'une activité rémunérée et soumise à cotisation avant son inscription au chômage.
5. En vertu de l'art. 8 al. 1^{er} LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a), s'il a subi 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 215 consid. 2).

6. S'agissant de la période de cotisation, il convient de relever ce qui suit.
 - a) En vertu de l'art. 13 al. 1 LACI, pour remplir les conditions relatives à la période de cotisation, l'assuré doit avoir, dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet en vertu de l'art. 9 al. 3 LACI, exercé durant 12 mois au moins une activité soumise à cotisations. A cet égard, seul est déterminant le fait que l'assuré ait exercé une telle activité, et non pas de savoir si les cotisations ont été réellement versées à la caisse de compensation (ATF 113 V 352).
 - b) 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 (art. 8 al. 1 let. e et 13 LACI) présuppose en principe qu'un salaire soit réellement versé au travailleur (ATF du 9 mai 2001, C 279/00, consid. 4c, publié au DTA 2001 p. 225; ATF du 26 juillet 2006, C 174/05, consid. 1.2).
 - c) Dans un arrêt du 12 septembre 2005, le Tribunal fédéral a cependant eu l'occasion de préciser cette jurisprudence en ce sens que la seule condition du droit à l'indemnité de chômage est, en principe, que l'assuré ait exercé une activité soumise à cotisation pendant la période minimale de cotisation, la preuve qu'un salaire a bel et bien été payé demeurant seulement un indice important de la preuve de l'exercice effectif d'une activité salariée (ATF 131 V 444, consid. 3.3). Cette relativisation de l'exigence de la preuve d'un salaire effectivement versé a été

confirmée dans de nombreux arrêts subséquents (ATF du 16 juillet 2007, C 183/06, consid. 3; ATF du 10 mai 2007, C 289/06, consid. 3; ATF du 11 avril 2007, C 92/06; ATF du 19 décembre 2006, C 267/05, consid. 2.2.1; ATF du 25 avril 2006, C 284/05, consid. 2.5).

Dès lors, la preuve du paiement effectif du salaire ne revêt pas le caractère d'une condition proprement dite du droit à l'indemnité (ATF 131 V 444, consid. 3.3). Ainsi, lorsque l'assuré ne parvient pas à prouver qu'il a effectivement perçu un salaire, notamment en l'absence de virement périodique d'une rémunération sur un compte bancaire ou postal à son nom, le droit à l'indemnité de chômage ne pourra lui être nié en application de l'art. 8 al. 1 let. e et 13 LACI que s'il est établi qu'il a totalement renoncé à la rémunération pour le travail effectué, ce qui doit être admis avec retenue (ATF du 16 juillet 2007, C 183/06, consid. 3; ATF 131 V 444, consid. 3.3). L'absence de preuve d'un salaire versé devra cependant être prise en considération dans la fixation du gain assuré (ATF du 25 avril 2006, C 284/05, consid. 2.5).

7. Il convient également de se pencher sur le contenu de la circulaire relative à l'indemnité chômage (IC) de janvier 2007 du Secrétariat d'Etat à l'Économie (SECO), à laquelle se réfère l'intimée.

- a) Le chiffre B 144 précise, s'agissant de la période de cotisation, que non seulement l'assuré doit avoir exercé une activité soumise à cotisation, mais qu'il faut encore que le salaire convenu lui ait effectivement été versé. Si la perception d'un salaire ne constitue pas en soi une condition du droit à l'indemnité, elle n'en est pas moins déterminante pour reconnaître l'existence d'une activité soumise à cotisation.

Quant à la preuve de la perception d'un salaire, le chiffre B 145 de la circulaire indique que, pour les personnes qui, avant leur chômage, n'avaient pas une position comparable à celle d'un employeur, l'attestation de l'employeur ainsi que les décomptes de salaire suffisent en règle générale à prouver la perception effective du salaire et, par conséquent, l'existence d'une activité soumise à cotisation. Le fait que l'employeur ait ou non viré les cotisations à la caisse de compensation est par contre indifférent. Toutefois, si la caisse a des doutes quant à l'exactitude de l'attestation établie par l'employeur ou quant à l'existence même d'un rapport de travail, elle doit alors exiger des éléments de preuve complémentaires. Il peut y avoir notamment doutes en présence de rapports de travail entre proches parents.

Enfin, s'agissant des personnes qui occupent une position comparable à celle d'un employeur, le chiffre B 148 de la circulaire précise que lorsque le salaire a été perçu en espèces, une déclaration d'impôt accompagnée de certificats de salaire obtenus auprès de l'administration fiscale, des quittances de salaire ou extraits de livre de compte fournis par une fiduciaire corroborés par un extrait de compte individuel

AVS peuvent être acceptés à titre de preuve du versement du salaire. Si les montants figurant sur les documents divergent, le plus petit est déterminant pour le gain assuré. Il n'est pas exclu que l'assuré arrive à démontrer par d'autres moyens de preuve la perception effective de son salaire.

b) S'agissant de la portée des indications contenues dans cette circulaire, il y a lieu de relever ce qui suit. Conformément à l'art. 110 LACI, le SECO, en tant qu'autorité de surveillance chargée d'assurer l'application uniforme du droit, est autorisé à donner des instructions aux organes d'exécution. Destinée à servir de guide aux caisses de chômage dans la manière dont elles vont appliquer la loi, cette circulaire fait partie des ordonnances administratives dites interprétatives (ATF du 18 janvier 2006, C 206/04, consid. 3.4).

Bien que de telles ordonnances exercent, de par leur fonction, une influence indirecte sur les droits et les obligations des administrés, elles n'en ont pas pour autant force de loi. En particulier, elles ne lient ni les administrés, ni le juge, ni même l'administration dans la mesure où elles ne dispensent pas cette dernière de l'examen de chaque situation individuelle. Par ailleurs, elles ne peuvent créer de nouvelles règles de droit, ni contraindre les administrés à adopter un certain comportement, actif ou passif. En substance, elles ne peuvent sortir du cadre de l'application de la loi et prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 127 V 57, consid. 3a; ATF 125 V 377 consid. 1c).

8. En l'espèce, le Tribunal de céans retient ce qui suit.

Il est vrai que les doutes sur le salaire réellement perçu par le recourant sont permis. En effet, les éléments produits suscitent la confusion : les chiffres contenus dans les décomptes de salaire et ne correspondent pas à ceux qui ressortent des quittances de salaire et aucun relevé de compte bancaire ou postal n'atteste le versement d'un salaire.

Toutefois, conformément à la jurisprudence récente du Tribunal fédéral citée plus haut, on ne saurait voir dans l'éventuel défaut de preuve du versement effectif du revenu un élément suffisant pour nier le droit à des indemnités de chômage. En effet, il ne s'agit là que d'un indice permettant de conclure à l'existence d'une activité soumise à cotisation, qui peut être rapportée par d'autres preuves, par exemple des témoignages de collaborateurs ou de clients. Or, en l'espèce, l'instruction menée afin de déterminer si le recourant remplissait les conditions légales pour prétendre des indemnités de l'assurance-chômage a presque exclusivement porté sur les éléments de preuve nécessaires à démontrer la perception effective d'un salaire par le recourant et non sur l'exercice effectif d'une activité. A défaut d'éléments permettant de conclure à l'absence d'une telle activité, l'intimée ne pouvait se fonder exclusivement sur le fait que le recourant n'avait pas

été en mesure de fournir les pièces que l'administration requiert dans de tels cas afin d'établir le versement d'un salaire pour nier le droit aux prestations du recourant.

Le contenu précité de la circulaire du SECO, que l'intimée invoque à l'appui de sa décision, ne suffit pas à justifier sa position. Comme on l'a vu, de telles circulaires ne peuvent excéder le cadre légal et jurisprudentiel et ne doivent en particulier pas créer de nouvelles règles de droit. Or, en exigeant qu'un salaire soit effectivement versé à l'assuré et en subordonnant la reconnaissance de l'exercice d'une activité soumise à cotisation, cette circulaire prévoit une condition qui ne figure pas dans la loi et dont le Tribunal fédéral a à plusieurs reprises rappelé qu'elle n'était pas essentielle pour ouvrir le droit à des indemnités de chômage, comme cela ressort des arrêts cités ci-avant. Il n'y a donc pas lieu de retenir les éléments de cette circulaire invoqués par l'intimé, en tant qu'ils ne sont conformes ni à la loi, ni à la jurisprudence.

Au vu de ce qui précède, le recours doit être admis et la cause renvoyée à l'intimée afin que celle-ci détermine si le recourant a bel et bien exercé une activité soumise à cotisation, cas échéant si les autres conditions du droit à des prestations de l'assurance-chômage sont remplies.

Le recourant, assisté d'un avocat, a droit à une indemnité de dépens qu'il convient d'arrêter à 500 fr.

Pour le surplus, la procédure est gratuite.

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

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Annule les décisions des 4 juin et 1^{er} septembre 2009.
4. Renvoie la cause à l'intimée pour instruction dans le sens des considérants et nouvelle décision.
5. Condamne l'intimée à verser au recourant une indemnité de 500 fr. à titre de dépens.
6. Dit que la procédure est gratuite.
7. 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

Yaël BENZ

Karine STECK

La secrétaire-juriste : Christine PITTELOUD

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