

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1083/2010

ATAS/1113/2010

**ARRET**

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES  
ASSURANCES SOCIALES**

**Chambre 1**

**du 2 novembre 2010**

En la cause

Monsieur A \_\_\_\_\_, domicilié à Plan-les-Ouates

recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, dont le  
siège est sis rue de Montbrillant 40, Case postale 2293, 1211  
Genève 2

intimée

**Siégeant : Doris GALEAZZI-WANGELER, Présidente; Evelyne BOUCHAARA et  
Christine TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs**

---

### **EN FAIT**

1. Monsieur A\_\_\_\_\_ (ci-après : l'assuré), né en 1963, était associé gérant de la société X\_\_\_\_\_ Sàrl, en liquidation (ci-après : la société), du 28 août 2000, date de son inscription au registre du commerce, jusqu'au 29 mars 2010, date de sa radiation.

La société a été dissoute par suite de faillite le 13 janvier 2009, avec effet à cette même date. Le 29 avril 2009, la procédure de faillite a été suspendue faute d'actif.

2. Le 5 octobre 2009, l'assuré s'est inscrit auprès de la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse) et a sollicité le versement d'indemnités de chômage pour une aptitude au placement de 100%.
3. Le 26 octobre 2009, l'assuré a fourni les documents suivants :
  - L'attestation de l'employeur datée du 18 octobre 2009, signée pour son compte par la Fiduciaire Y\_\_\_\_\_, qui n'est autre que la société X\_\_\_\_\_ Sàrl, selon laquelle l'assuré, qui avait été employé par la société d'août 2000 à janvier 2009, avait été en incapacité de travail du 17 juin 2008 au 30 juin 2009 en raison d'un accident. Il avait en outre perçu son salaire jusqu'au 30 juin 2009.
  - Une attestation de salaire établie par la société et visée par cette même Fiduciaire Y\_\_\_\_\_, selon laquelle l'assuré avait perçu des salaires mensuels pour un montant total de 94'610 fr. entre mai 2008 et juin 2009 soit 8'500 fr. en mai 2008, 2'664 fr. 20 en juin 2008, 7'509 fr. en juillet 2008, 7'508 fr. en août 2008, 8'500 fr. en septembre 2008, 8'500 fr. en octobre 2008, 2'664 fr. en novembre 2008, 7'266 fr. en décembre 2008, 7'508 fr. en janvier 2009, 7'082 fr. en février 2009, 7'387 fr. en mars 2009, 7'687 fr. en avril 2009, 6'357 fr. 50 en mai 2009 et 8'142 fr. 50 en juin 2009. Les charges sociales s'étaient élevées à 6'830 fr. 90 (AVS/AI/APG : 5'203 fr. 55 ; AC : 946 fr. 10 ; AF : 662 fr. 30 et LaMal: 18 fr. 95).
  - Des extraits d'un compte postal, dont le titulaire n'est pas précisé, couvrant les périodes des 14 janvier au 21 mars 2009, 28 mars au 25 mai 2009 et 26 juin au 22 juillet 2009.
  - L'extrait de son compte individuel dont il ressort qu'un revenu de 18'000 fr. a été déclaré en 2007. Aucune entrée n'est mentionnée pour 2008 et 2009.
  - La copie des décomptes d'indemnités journalières que LA ZURICH ASSURANCES (ci-après : LA ZURICH) a versées à la société pour les périodes du 20 juin au 31 août 2008 et du 21 novembre 2008 au 29 juin 2009.

4. Le 27 octobre 2009, l'assuré a adressé à la caisse une demande d'indemnités signée le 26 octobre 2009, dans laquelle il a déclaré avoir travaillé auprès de la société du 1<sup>er</sup> août 2000 au 31 juillet 2009.

En parallèle à cet emploi, il était employé, du 5 septembre 2003 au 31 juillet 2008, par la société Z\_\_\_\_\_ Sàrl, dans laquelle il était également associé.

L'assuré avait en outre été incapable de travailler du 20 novembre 2008 au 24 juin 2009 suite à un accident, puis en raison d'une maladie du 20 au 30 septembre 2009.

5. Par courrier du 13 novembre 2009 répondant aux requêtes de la caisse, l'assuré a informé cette dernière que la preuve de la perception des salaires était inexistante, ceux-ci ayant été ponctionnés sur le compte ouvert auprès de Postfinance, dont une copie lui avait déjà été transmise. Les avis de taxation pour les années 2007 et 2008 ne lui étaient pas encore parvenus. Quant à l'attestation du compte individuel relatif à l'année 2008, elle n'avait pas encore été établie.
6. Toujours le 13 novembre 2009, l'assuré a transmis à la caisse une nouvelle demande d'indemnités de chômage, dont il ressort qu'il avait été employé par la société du mois d'août 2000 au 13 janvier 2009.

A teneur de cette demande, l'assuré avait travaillé pour Z\_\_\_\_\_ Sàrl du mois de janvier 2005 au mois d'août 2006 et avait été incapable de travailler de novembre 2008 à juillet 2009 en raison d'un accident.

7. Le 11 décembre 2009, l'assuré a encore transmis les documents suivants :
- Un tirage de la déclaration fiscale 2007 et de l'avis de taxation y consécutif ainsi qu'une copie de la déclaration fiscale 2008.
  - L'extrait du compte individuel daté du même jour et le courrier d'accompagnement de la Caisse cantonale genevoise de compensation AVS/AI (ci-après : la caisse de compensation), dont il ressort que les indemnités journalières LAA n'étant pas considérées comme du salaire, elles n'avaient pas été retranscrites sur l'extrait de compte. Par ailleurs, la Caisse précitée ne disposait pas de justificatifs suffisants permettant d'établir l'existence et le montant des salaires versés par la société, le compte postal de cette dernière ayant été utilisé tant à titre professionnel que privé.
8. Par décision du 21 décembre 2009, la caisse a rejeté la demande d'indemnités de chômage de l'assuré, celui-ci n'ayant pas prouvé avoir effectivement perçu des salaires de sorte qu'il ne justifiait pas d'une période de cotisation de 12 mois telle que requise par la loi. Par ailleurs, aucun motif de libération ne pouvait lui être appliqué même s'il avait été incapable de travailler pendant plus de 12 mois. Dès

lors que l'assuré ne remplissait pas les conditions des articles 13 et 14 LACI, le droit aux prestations lui était refusé.

9. Le 31 janvier 2010, l'assuré a formé opposition à la décision précitée. Il a notamment allégué qu'il avait été en arrêt maladie dès le 3 juin 2008. Du 17 juin 2008 au 30 juillet 2009, il était incapable de travailler en raison d'un accident. Du 5 octobre 2007 au 4 octobre 2009, il avait travaillé pour la société et avait perçu le salaire suivant : 1'000 fr. en mai 2008, 600 fr. en juin 2008, 6'297 fr. en juillet 2008, 3'876 fr. en août 2008, 7'508 fr. en septembre 2008, 300 fr. en octobre 2008, 4'050 fr. en novembre 2008, 10'008 fr. 70 en janvier 2009, 7'508 fr. en février 2009, 7'082 fr. en mars 2009, 300 fr. en avril 2009, 14'774 fr. en mai 2009, 300 fr. en juin 2009, 14'490 fr. en juillet 2009 et 300 fr. en août 2009. Ainsi, 12 mois de cotisation ont été comptabilisés. Les preuves et justificatifs avaient été remis à la caisse mais « apparemment, il arrive fréquemment que les courriers [qui lui sont] adressés disparaissent ». L'incapacité de travail de plus de 14 mois constituait une clause de libération. Il a perçu un salaire, dont le versement a été prouvé, du mois d'août 2008 au mois de janvier 2009 et il a bien cotisé auprès de la caisse.
10. Par décision sur opposition du 17 février 2010, la caisse a confirmé la décision du 21 décembre 2009, considérant que les pièces fournies ne permettaient pas de justifier le versement d'un salaire et le prélèvement des cotisations. Par ailleurs, elles ne remplissaient pas les exigences de preuve, soulevaient un doute complémentaire quant à la rupture totale des liens de l'assuré avec la société et généraient des interrogations. En outre, les 14 mois d'incapacité totale de travailler ne constituaient pas un motif de libération dès lors qu'il était encore partie prenante de la société et qu'il n'existait par conséquent aucun lien de causalité entre son incapacité et l'absence de cotisation. Enfin, l'assuré avait clairement indiqué s'être versé un salaire jusqu'à la fin du mois de juin 2009 alors même que la société avait été déclarée en faillite et que la procédure de liquidation avait été suspendue faute d'actifs. Il n'avait ainsi pas définitivement rompu ses liens avec la société.
11. Le 29 mars 2010, l'assuré a interjeté recours contre la décision sur opposition du 17 février 2010 invoquant les mêmes arguments que ceux présentés à l'appui de son opposition du 31 janvier 2010.
12. Par courrier du 20 mai 2010, la caisse a conclu au rejet du recours précité. Elle a notamment allégué que l'assuré occupait une position comparable à celle d'un employeur. Par ailleurs, les mois d'incapacité de travail ne pouvaient constituer des motifs de libération au sens de l'art. 14 LACI, cette disposition n'étant applicable qu'aux personnes qui ne sont pas parties à un rapport de travail.
13. Le 27 mai 2010, la caisse a transmis l'extrait Track and Trace dont il ressort que le recourant a été avisé du pli recommandé contenant la décision querellée le 18

février 2010 mais qu'il n'est pas allé le retirer à l'expiration du délai de garde de sept jours de sorte que ledit pli a été retourné à la caisse.

14. Ce courrier a été transmis au recourant et la cause 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) qui sont 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<sup>er</sup> 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, 129 V 4 consid. 1.2, 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références). En l'espèce, le recours concerne le droit à des prestations postérieures à l'entrée en vigueur de la LPGA. En conséquence, sur le plan matériel, cette dernière s'applique au présent litige. Quant aux règles de procédure, elles sont applicables, sauf dispositions transitoires contraires, à tous les cas en cours dès l'entrée en vigueur de la LPGA (ATF 131 V 314 consid. 3.3, 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b).
3. Pour les mêmes motifs, les dispositions de la nouvelle du 22 mars 2002 modifiant la LACI (3<sup>ème</sup> révision), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2003 (RO 2003 1728), ainsi que les dispositions de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (OACI, RS 837.02) modifiées le 28 mai 2003, entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2003 également (RO 2003 1828), ayant entraîné un certain nombre de modifications en matière d'indemnisation en cas d'insolvabilité (voir art. 52 al. 1, 55 al. 2 et 58 LACI) sont applicables.
4. Interjeté le 29 mars 2010 contre une décision réputée notifiée à l'expiration du délai de garde postal, soit le 25 février 2010, le recours l'a été dans les forme et délai prescrits par la loi. Il est partant recevable (art. 56 à 60 LPGA).
5. Le litige porte sur le droit du recourant à l'indemnité de chômage à compter du 5 octobre 2009.

6. a) En vertu de l'art. 8 al. 1<sup>er</sup> 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, qu'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).

b) L'art. 31 al. 3 let. c LACI exclut du 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 d'un détenteur d'une participation financière à l'entreprise, de même que les conjoints de ces personnes qui sont occupées dans l'entreprise (arrêt du 29 août 2005 dans la cause C 163/04). Bien que cette disposition soit conçue pour l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, elle a également un impact sur l'indemnité de chômage. Tant que ces personnes occupent une position comparable à celle d'un employeur dans l'entreprise, elles n'ont pas droit à l'indemnité de chômage car elles continuent à influencer de manière déterminante les décisions de l'employeur ou sont à même de réactiver à tout moment l'entreprise momentanément en veilleuse. Que ces personnes aient le statut de salariés selon la législation sur l'AVS et puissent justifier d'une période de cotisations suffisante n'y change rien. Ainsi, ces personnes ne sont pas considérées comme étant au chômage ni aptes au placement. On parlera de détournement des dispositions en matière de réduction de l'horaire de travail lorsque l'entreprise continue d'exister au-delà de la fin des rapports de travail et que l'assuré conserve une position comparable à celle d'un employeur. Ces personnes n'ont par conséquent pas droit à l'indemnité de chômage, qu'elles fassent valoir un chômage complet ou partiel. Toute autre interprétation reviendrait à éluder cette disposition conçue pour prévenir les abus en matière d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (ATF 123 V 238 consid. 7; 120 V 525 consid. 3).

Le but de l'art. 31 al. 3 LACI est de prévenir les abus tels qu'auto-délivrance des attestations nécessaires à l'indemnisation de la réduction de l'horaire de travail, certificats de complaisance, caractère incontrôlable de la perte de travail réelle, notamment co-décision ou co-responsabilité dans la marche des affaires en particulier chez les travailleurs ayant une participation dans la société ou toute autre participation financière dans une fonction dirigeante (cf. ATF 123 V 234 consid. 7b/bb, ATF 120 V 521; bulletin MT/AC 2003/4 fiche 4/1). Si des indices permettent à la caisse de supposer que l'assuré occupe une position comparable à celle d'un employeur, elle doit notamment exiger un extrait du RC et examinera dans quelle mesure l'assuré est habilité à prendre des décisions de même que sa participation financière à l'entreprise. Les membres du conseil d'administration

d'une société anonyme de même que les associés gérants ou les tiers gérants d'une société à responsabilité limitée ont, de par leur fonction, une position comparable à celle d'un employeur. Tant qu'ils la conservent, ils sont exclus d'emblée du cercle des ayants droit à l'indemnité (voir par exemple DTA 2004 no 24 p. 259, 2000 no 15 p. 72).

Ce n'est pas l'abus avéré comme tel que la loi et la jurisprudence entendent sanctionner ici, mais le risque d'abus que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur (ATFA non publié du 14 avril 2003, C 92/02, consid. 4).

La situation est en revanche différente quand le salarié, se trouvant dans une position assimilable à celle d'un 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 quand 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 à des indemnités de chômage (ATF 123 V 238 consid. 7b/bb; SVR 2001 ALV n° 14 pp. 41-42 consid. 2a; DTA 2003 n° 22 p. 241 consid. 2).

c) Dans le cas d'une société à responsabilité limitée (Sàrl), le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer de la manière suivante. La fin d'une Sàrl nécessite en priorité de procéder à sa dissolution (arrêt R. du 22 novembre 2002, C 37/02), laquelle peut notamment intervenir par l'ouverture de la faillite (art. 820 ch. 3 CO). La société dissoute entre en liquidation, sauf en cas de fusion, de division ou de transfert de son patrimoine à une corporation de droit public (art. 738 CO). Pendant la liquidation, les organes sociaux conservent leurs pouvoirs légaux et statutaires, bien que restreints aux actes nécessaires à cette opération et qui de par leur nature, ne sont pas du ressort des liquidateurs (art. 739 al. 2 CO). En fait notamment partie, le choix de la poursuite des activités de l'entreprise jusqu'à sa vente ou sa radiation (AHI 1994 p. 37 consid. 6c et les références). Cette situation exclut le droit à l'indemnité de chômage de l'assuré (DTA 2002, p. 185 consid. 3b).

Dans un arrêt du 3 avril 2006 (C 267/04), le Tribunal fédéral des assurances a précisé sa jurisprudence. Dans ce cas, l'assuré s'était inscrit au chômage le 18 décembre 2003. Il avait cependant joui d'une position analogue à celle d'un employeur jusqu'au 16 avril 2004. A cette date, la société à responsabilité limitée qui l'employait avait été radiée d'office à la suite de la suspension de la procédure de faillite faute d'actif survenue le 6 janvier 2004. La société ayant été radiée d'office du registre du commerce, aucun événement déterminant ne pouvait se produire durant ce laps de temps. En particulier, il était peu vraisemblable que l'assuré eût pu à nouveau rentrer dans la société et y réaliser un gain. Ainsi, il n'existait plus de risque d'abus, si bien que le droit à l'indemnité de chômage ne

pouvait être nié à l'assuré pour le motif qu'il avait joui d'une position analogue à celle d'un employeur jusqu'au 16 avril 2004. Dès lors, la jurisprudence publiée au DTA 2002 p. 183 et suivants ne pouvait pas s'appliquer par analogie lorsque la faillite d'une société était suspendue faute d'actif.

d) Selon une jurisprudence constante, le juge des assurances sociales apprécie la légalité des décisions attaquées, en règle générale, d'après l'état de fait existant au moment où la décision litigieuse a été rendue. Les faits survenus postérieurement, et qui ont modifié cette situation, doivent normalement faire l'objet d'une nouvelle décision administrative (ATF 121 V 366 consid. 1b et les références). Les faits survenus postérieurement doivent cependant être pris en considération dans la mesure où ils sont étroitement liés à l'objet du litige et de nature à influencer l'appréciation au moment où la décision attaquée a été rendue (ATF 99 V 102 et les arrêts cités ; ATF du 6 mai 2008, 8C\_441/2007 consid. 4.2 et du 18 juillet 2005, I 321/04, consid. 5).

7. Dans le cas d'espèce, la société n'a pas été liquidée en application des art. 739 et ss CO. En effet, elle a été mise en faillite par le Tribunal de première instance par jugement du 13 janvier 2009. La procédure a ensuite été suspendue par jugement du 29 avril 2009, faute d'actif. S'il est en principe peu vraisemblable qu'un assuré puisse à nouveau rentrer dans une société en liquidation, dont la procédure de faillite a été suspendue faute d'actif, et y réaliser un gain, il n'en demeure pas moins que dans le cas présent, le recourant a démontré le contraire.

Le recourant a en effet affirmé à plusieurs reprises avoir perçu un salaire au-delà du 29 avril 2009 :

- A teneur de l'attestation de l'employeur du 18 octobre 2009 et de l'attestation de salaire établie par la société, il a touché son salaire jusqu'au 30 juin 2009 ;
- Dans son opposition du 31 janvier 2010, il a allégué avoir touché un salaire jusqu'en août 2009.

Ainsi, le recourant a continué à occuper une position comparable à celle d'un employeur pouvant, selon ses propres aveux, accéder au compte de la société et se verser des salaires parfois assez importants (14'774 fr en mai 2009 et 14'490 fr. en juillet 2009).

A cela s'ajoute le fait que tant l'attestation de l'employeur que l'attestation de salaires ont été établis par la société le 18 octobre 2009, respectivement le 22 octobre 2009, soit près de 6 mois après la suspension de la procédure de faillite faute d'actif, et plusieurs jours après l'inscription du recourant à l'assurance-chômage. La présomption posée par la jurisprudence fédérale a été renversée par les aveux-mêmes du recourant et il est par conséquent vraisemblable que celui-ci ait continué à occuper une position comparable à celle d'un employeur jusqu'à la

radiation de la raison sociale le 29 mars 2010. Des événements importants ont à l'évidence eu lieu postérieurement à la suspension de la procédure de faillite, faute d'actifs.

8. Dès lors que la légalité de la décision du 17 février 2010 doit être examinée d'après l'état de fait existant au moment où elle a été rendue, le recours du 29 mars 2010 doit être rejeté et la décision querellée confirmée.
9. La question du statut du recourant du point de vue de l'assurance-chômage et celle de la durée de cotisation peuvent en l'état rester ouvertes. En effet, si le recourant doit être qualifié d'indépendant, il ne peut prétendre à des indemnités de chômage conformément au droit et à la jurisprudence applicables. S'il est dépendant, la décision querellée doit être confirmée pour les motifs précités.

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

**Statuant**

**A la forme :**

1. Déclare le recours du 29 mars 2010 recevable.

**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 ; 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

La secrétaire-juriste :

Nicole WENGER

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