

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2252/2010

ATAS/1191/2010

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 1

du 23 novembre 2010

En la cause

Monsieur C _____, domicilié à VEYRIER

recourant

contre

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

intimée

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

EN FAIT

1. Monsieur C _____ a déposé le 14 décembre 2009 une demande auprès de la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE (ci-après la Caisse) visant à l'octroi d'indemnités journalières à compter du 1^{er} janvier 2010. Il a indiqué qu'il avait travaillé pour la société X _____ SARL (ci-après la société) du 1^{er} juillet 2007 au 31 décembre 2009, et précisé que les rapports de travail avaient été résiliés par l'entreprise pour des raisons économiques. Il a par ailleurs déclaré qu'il n'avait pas de participation financière à cette société et n'en était pas non plus gérant.

Le 11 décembre 2009, son employeur avait confirmé ces déclarations.

2. Constatant toutefois que l'intéressé était inscrit au Registre du commerce en qualité d'associé-gérant de la société, pour une part de 20'000 fr., et avec signature individuelle, la Caisse a nié, le 7 avril 2010, le droit de l'intéressé à l'indemnité de chômage. Elle a par ailleurs également considéré qu'il n'avait pas pu justifier du versement des salaires effectifs.
3. L'intéressé a formé opposition le 28 avril 2010. Il a expliqué qu'il avait travaillé pour la société, d'abord en tant qu'employé du 1^{er} janvier au 8 juillet 2008, ensuite comme associé-gérant du 9 juillet 2008 au 30 avril 2009, puis comme technicien conducteur de travaux, sans responsabilité de gestion, depuis le 1^{er} mai 2009.

S'agissant de ses salaires, il confirme que ceux-ci lui étaient versés par caisse et produit copie des certificats y relatifs. Il transmet par ailleurs divers documents, tels que les procès-verbaux des assemblées générales extraordinaires tenues par la société les 19 mars et 17 avril 2009, la convention de fiducie entre Madame D _____ et lui-même du 24 avril 2009, et la convention de gérant technique du même jour.

Il souligne en outre s'être scrupuleusement acquitté des obligations qui lui incombent en matière d'assurance-chômage.

4. L'opposition a été rejetée par décision du 28 mai 2010.
5. L'intéressé a interjeté recours le 28 juin 2010 contre ladite décision sur opposition. Il précise que le formulaire de l'employeur a été rempli et signé par Madame D _____, administratrice de fait de la société. Il considère avoir dûment prouvé par pièces qu'il n'a été gérant effectif de la société que durant une courte période, soit du 9 juillet 2008 au 30 avril 2009, et que dès le 1^{er} mai 2009, Madame D _____ était la gérante de fait.
6. Dans sa réponse du 25 août 2010, la Caisse constate sur la base des documents versés au dossier que le transfert de l'unique part sociale détenue par l'intéressé

n'interviendra qu'une fois le solde du prix de vente intégralement payé, et que dès lors en l'état celui-ci reste "le propriétaire" de la société. Elle persiste dès lors dans les conclusions de sa décision sur opposition.

7. Le Tribunal de céans a ordonné la comparution personnelle des parties le 12 octobre 2010. A cette occasion, l'intéressé a déclaré que

"J'ai été engagé par Monsieur E_____ en juillet 2007 en qualité de technicien. J'étais chargé de suivre les chantiers, je m'occupais des ouvriers (il y en avait 4), des sous-traitants et des relevés. Monsieur E_____ s'occupait quant à lui de la partie administrative (factures, etc.). Le salaire de 9'400 fr. x 13 peut être considéré comme usuel pour ce type d'activité.

J'ai une formation de dessinateur architecte avec un diplôme italien.

Monsieur E_____ a voulu se retirer et m'a vendu la part sociale en juillet 2008. Je suis alors devenu associé gérant. Je m'occupais alors des tâches administratives courantes et j'ai pris une fiduciaire pour le reste.

Depuis que j'ai repris la société, la situation financière a quelque peu décliné. Il était difficile de trouver de nouveaux contrats et je rencontrais des problèmes de liquidités. C'est la raison pour laquelle j'ai voulu à mon tour vendre ma part sociale.

Madame D_____ travaillait dans une entreprise de stores et vitrages, lorsqu'elle a décidé d'acheter ma part sociale. Elle a ainsi voulu trouver du travail pour son ami qui était alors sans emploi, et dont la profession était dans le bâtiment. C'est elle qui apparaît, car son ami était insolvable.

Un plan de paiement avait été établi avec Madame D_____ à raison de, sauf erreur de ma part, 3'000 fr. par trimestre, jusqu'à mars 2010. Elle s'est acquittée des premiers versements en temps utile, mais me doit encore 3'000 fr. à ce jour.

Madame D_____ me transmet les documents pour lesquels elle a besoin de ma signature. Cela me permet de voir comment va la société. Cela m'intéresse dans la mesure où elle me doit encore de l'argent. Si elle ne me versait pas le solde dû, je reprendrais la société, soit les actifs. Je n'ai pas vraiment réfléchi à la question puisqu'elle ne me doit plus que 3'000 fr. Je sais qu'il y a un véhicule valant 15'000 fr. Il suffirait donc que je l'oblige à vendre ce véhicule pour voir ma créance honorée.

C'est Madame D_____ qui signe les contrats avec les clients privés. Nous n'avons jamais eu de problème à cet égard. Nous faisons de même lorsque Monsieur E_____ était associé gérant.

Il est prévu dans la convention de gérant technique du 24 avril 2009 une rémunération de 1'000 fr. par année, du fait que je m'engageais par ma signature. La possibilité de résilier est prévue sans délai de préavis.

Il était clair que si elle ne payait pas, je "redevais" gérant de la société immédiatement.

J'ai été licencié pour des raisons économiques. Il n'y avait pas assez de travail. Je n'ai pas souhaité contester cette décision. Madame D_____ m'a expliqué

qu'elle ne pouvait plus garantir mon salaire. Nous ne nous entendions plus aussi bien qu'au début. Ca ne m'intéressait pas de continuer "dans cette galère".

Je n'ai pas souhaité demander la radiation de mon inscription au Registre du Commerce à ce moment, car elle me devait encore de l'argent. J'ai agi de bonne foi. Je pensais qu'il était important pour moi de pouvoir garder l'inscription pour bénéficier le cas échéant des actifs de la société.

Je voudrais souligner que je fais toutes les démarches possibles pour retrouver un emploi. Mon conseiller pourrait en témoigner. Je répète que je suis de bonne foi.

Je recevais mon salaire en espèces. Je signais le décompte y relatif. Je ne déposais pas le montant du salaire sur un compte bancaire. Je payais mes factures et acheminais moi-même le solde à mes parents en Italie. Je rappelle que les charges sociales correspondantes ont été payées par la société.

J'ai emprunté à la société une somme de 60'000 fr. pour financer l'acquisition d'un appartement en Italie. J'ai intégralement remboursé cette somme, en espèces également.

Les ouvriers étaient également payés en cash."

8. 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) 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. 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'assuré à l'indemnité de chômage dès le 1er janvier 2010.
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 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).

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.

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).

6. En l'occurrence, il sied d'examiner quel était le rôle de l'assuré dans la société. Il allègue à cet égard n'avoir plus eu aucun pouvoir décisionnel depuis le 1^{er} mai 2009, date à laquelle Madame D _____ est devenue administratrice de fait de la société, conformément à la convention qu'ils avaient tous deux signée.

Or, il est resté inscrit au Registre du commerce en qualité d'associé-gérant, titulaire de la signature individuelle.

L'intéressé a expliqué que c'était parce que Madame D _____ n'avait pas versé la totalité du montant convenu pour lui acheter sa part sociale. Il pensait qu'il était important pour lui de rester inscrit tant qu'elle ne s'était pas acquittée de ce qu'elle lui devait, ajoutant qu'"il était clair que si elle ne payait pas, je "redevais" gérant de la société immédiatement." C'est ainsi qu'il appréciait qu'elle lui transmette les documents pour lesquels elle avait besoin de sa signature, afin "de voir comment va la société".

Force est de constater que l'intéressé n'avait en aucune façon rompu les liens qui l'unissaient à la société, "redevant gérant immédiatement" le cas échéant et continuant à signer les documents pour lesquels une signature engageant la société était nécessaire. Il était du reste "rémunéré", à raison de 1'000 fr. par année, selon la convention de gérant technique du 24 avril 2009, précisément "du fait que je

m'engageais par ma signature" (cf PV de comparution personnelle des parties du 12 octobre 2010).

Quoi qu'il en soit, il y a lieu de rappeler que le TF considère que les membres du conseil d'administration d'une SA, tout comme les associés-gérants d'une Sarl (art. 811 al. 1 CO), disposant ex lege d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI, 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.

C'est dès lors à juste titre que la Caisse a nié le droit de l'intéressé à des prestations de l'assurance-chômage, ce tant qu'il reste inscrit au Registre du commerce.

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

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours 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-
WANGELER

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