

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3159/2013

ATAS/394/2015

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 28 mai 2015

3^{ème} Chambre

En la cause

HOIRIE DE FEU A_____, constituée de :

sa mère, Madame B_____ A_____, domiciliée à VÉSENAZ

et

sa sœur, Madame C_____, domiciliée à BULLE

recourantes

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, sise rue
de Montbrillant 40, GENÈVE

intimée

**Siégeant : Karine STECK, Présidente; Diane BROTO et Christine LUZZATTO, Juges
assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré) s'est annoncé à l'assurance chômage le 29 mars 2012.
2. Son dossier n'a toutefois été déposé auprès de la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse) qu'en date du 28 mars 2013, soit près d'une année plus tard, accompagné de certains des formulaires intitulés « Indications de la personne assurée » (IPA).
3. L'assuré a allégué que, durant les deux ans précédant son inscription, soit du 29 mars 2010 au 28 mars 2012 (délai-cadre de cotisation), il avait travaillé pour la société E_____ Sàrl, qui l'avait licencié pour cessation de commerce en date du 15 octobre 2011 pour le 28 février 2012, respectant ainsi un délai de congé de trois mois.
4. Par décision du 12 mars 2013, le Service juridique de l'Office cantonal de l'emploi (OCE) a déclaré l'assuré inapte au placement à compter du 1^{er} octobre 2012 au vu des violations répétées de ses obligations en matière de recherches d'emploi.
5. Cette décision a été confirmée sur opposition le 15 avril 2013, vu l'absence d'aptitude au placement tant sur le plan subjectif (depuis octobre 2012) que sur le plan objectif (incapacité totale de travail attestée par certificat médical dès mars 2013).
6. Dans l'intervalle, le 10 avril 2013, l'assuré avait adressé à l'OCE une demande de « réouverture de son dossier », à laquelle il n'a été donné aucune suite par l'autorité interpellée.
7. A compter du 1^{er} juin 2013, l'assuré a été déclaré par ses médecins apte à travailler à 50% pour une durée indéterminée (cf. certificat du 4 juin 2013).
8. Par décision du 28 juin 2013, la caisse a quant à elle nié à l'assuré le droit aux indemnités de chômage au motif que depuis le 15 avril 2005, il était inscrit au registre du commerce (RC) en qualité d'associé-gérant de la société qui l'avait employé. Dès lors, il réunissait la double qualité d'employeur et d'employé.
9. Par courrier du 19 août 2013, l'assuré s'est opposé à cette décision en expliquant que la société dont sa mère et lui-même étaient administrateurs avait été vendue à la société D_____, laquelle avait refusé de s'occuper de la liquidation de la société dont elle était devenue propriétaire et leur avait demandé de le faire à sa place.

L'assuré a fait valoir n'avoir plus été administrateur depuis la vente, intervenue en novembre 2011. Il a expliqué avoir depuis lors, en vain, insisté auprès de la maison D_____ afin que celle-ci fasse le nécessaire auprès du RC et avoir finalement déposé lui-même une demande de radiation auprès de ce dernier.
10. Par décision sur opposition du 10 septembre 2013, la caisse a confirmé sa décision du 28 juin 2013.

La caisse a considéré que la preuve de la vente de la société alléguée par l'assuré n'avait pas été apportée.

L'intéressé continuait d'apparaître comme associé-gérant au RC.

Quoi qu'il en soit, il n'aurait pu être indemnisé au-delà de septembre 2012, dès lors que l'OCE l'avait déclaré inapte dès le 1^{er} octobre 2012.

Même s'il avait recouvré une capacité de travail de 50% le 1^{er} juin 2013, l'OCE ne lui avait pas reconnu d'aptitude au placement à compter de cette date, à laquelle il ne totalisait par ailleurs pas douze mois de cotisation (du 1^{er} juin 2011 au 31 mai 2013).

Qui plus est, seules les IPA des mois de juillet et août 2012 étaient parvenues à la caisse en temps utile ; celle de septembre 2012 faisait totalement défaut.

11. Par écriture du 1^{er} octobre 2013, l'assuré a interjeté recours contre cette décision.

En premier lieu, il explique que ce sont des raisons de santé qui l'ont empêché de compléter son dossier immédiatement après s'être annoncé à l'assurance-chômage.

Il fait remarquer qu'il a redéposé une demande de prestations le 10 avril 2013.

Il conteste par ailleurs avoir conservé une situation comparable à celle d'un employeur, puisque celui-ci l'a expressément licencié pour cause de « cessation de commerce ».

L'assuré affirme avoir obtenu sa radiation du RC.

Il estime qu'il remplit les conditions permettant de le considérer comme un employé ayant quitté définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci.

Il produit par ailleurs la copie du contrat de vente des parts sociales de sa société à la société D_____.

Enfin, le recourant admet avoir été « négligent » concernant l'envoi de ses IPA et en rend son état de santé responsable. Il affirme avoir malgré tout fait de nombreuses recherches, sans succès.

12. Invitée à se déterminer, l'intimée, dans sa réponse du 21 novembre 2013, a conclu au rejet du recours.

Elle rappelle qu'au moment de son inscription au chômage, soit le 29 mars 2012, l'assuré figurait encore au RC en qualité d'associé-gérant de la société qui l'avait employé, pour quatorze parts de CHF 1'000.- (sur un capital de CHF 21'000.-), puisque sa radiation n'est intervenue qu'en date du 18 septembre 2013.

L'intimée ajoute que, même en admettant que la vente des parts sociales démontre la rupture définitive de tout lien entre la société et le recourant, la réalité de cette vente n'a pas été établie puisque le versement du prix des parts et le transfert du bail - dont elle dépendait - n'ont pas été démontrés (cf. contrat de vente des parts

sociales prévoyant l'entrée en jouissance des parts au jour de la réception des sommes convenues et de la signature du nouveau contrat de bail).

Selon elle, l'affirmation de la mère de l'assuré selon laquelle il y aurait eu cessation d'activité ne constitue pas une preuve suffisante de la cession des parts, d'autant que le recourant indique dans son opposition du 19 août 2013 que la vente a eu lieu en novembre 2011 (pièce 23) alors qu'il ressort de sa déclaration fiscale 2011 qu'il était encore titulaire de ses parts sociales au 31 décembre 2011 (pièce 12).

13. Par écriture du 3 décembre 2013, l'assuré a persisté dans ses conclusions en alléguant que le montant de la vente de ses parts dans la société leur a été versé, à lui et à sa mère, le 2 décembre 2011.

14. Par écriture du 7 janvier 2014, l'intimée a persisté dans ses conclusions.

Elle fait notamment remarquer que la preuve du versement du prix des parts en date du 2 décembre 2011 n'a pas été apportée. Au contraire, la déclaration fiscale 2011 de l'assuré mentionne que celui-ci était toujours titulaire de ses parts au 31 décembre 2011 (pièce 12).

15. Par pli du 25 janvier 2014, l'assuré a produit divers documents, au nombre desquels l'avenant au contrat de vente des parts sociales mentionnant comme date de vente le 11 novembre 2011, un avis de crédit bancaire du 2 décembre 2011 démontrant le versement du prix des parts et un simple document signé du recourant et de sa mère disant approuver le transfert des parts (daté du 21 juillet 2011).

16. Par écriture du 13 février 2014, la caisse a persisté dans ses conclusions.

Elle admet qu'au vu des documents finalement produits, il est possible de fixer la date de la vente des parts sociales du recourant au 2 décembre 2011, c'est-à-dire avant son inscription au chômage (le 29 mars 2012).

En revanche, l'intimée considère que rien ne démontre la démission officielle des gérants, lesquels n'ont été radiés du RC qu'en date du 18 septembre 2013 et ce, alors même que, selon la loi, les personnes qui quittent leur fonction peuvent requérir elles-mêmes leur radiation.

17. Par écriture du 1^{er} mars 2014, le recourant a persisté dans ses conclusions.

18. Une audience s'est tenue en date du 27 mars 2014

La mère du recourant a répété que son fils et elle ont vendu leur société le 8 juin 2011 et qu'à compter du lendemain, son fils n'a plus été qu'un simple employé et ce, jusqu'en janvier/février 2012.

Le recourant a affirmé avoir sollicité le RC à plusieurs reprises mais n'avoir obtenu gain de cause qu'en septembre 2013.

L'intimée, quant à elle, a confirmé admettre la vente effective de la société en novembre 2011, date du transfert du bail et des fonds. Elle a cependant persisté

dans sa position au motif qu'elle ne pouvait faire autrement que de se fier aux indications officielles du RC.

19. Le 2 avril 2014, le recourant a produit le dossier de ses démarches auprès du RC.
20. Par écriture du 28 avril 2014, la caisse, après en avoir pris connaissance, a constaté, d'une part, que la société n'avait pas nommé de nouveaux gérants en lieu et place du recourant et de sa mère, d'autre part, que le procès-verbal de l'assemblée des associés approuvant le transfert des parts sociales n'avait été établi que le 6 juillet 2012 et transmis au RC avec le contrat de cession des parts sociales et la réquisition le 10 juillet 2012. L'intimée en tire la conclusion que l'assuré n'a pu quitter définitivement la société au plus tôt qu'au moment où il a envoyé la réquisition de radiation au RC (soit le 10 juillet 2012).

Pour le surplus, l'intimée rappelle que seules les IPA des mois de juillet et août 2012 lui sont parvenues en temps utile, d'une part, que la question de l'aptitude au placement du recourant n'a plus été réétudiée depuis la décision sur opposition de l'OCE du 15 avril 2013, d'autre part.

Enfin, elle souligne que le recourant a fait l'objet de quatre suspensions par l'OCE pour manquements répétés à ses devoirs en matière de recherches d'emploi (9 jours applicables du 29 mars au 28 septembre 2012, 9 jours du 1^{er} mai au 31 octobre 2012, 19 jours du 1^{er} juillet au 31 décembre 2012 et, enfin, 17 jours du 1^{er} octobre 2012 au 31 mars 2013).

21. Par écriture du 18 mai 2014, le recourant a réaffirmé avoir définitivement quitté la société le 12 février 2012.
22. Le recourant est décédé en date du _____ 2014, raison pour laquelle la Cour de céans, par ordonnance du 1^{er} juillet 2014, a suspendu l'instruction de la cause, dans l'attente que tous les héritiers soient connus.
23. Le 6 novembre 2014, la mère de l'assuré a fait savoir à la Cour de céans qu'elle était héritière de son fils, ainsi que sa fille, sœur du recourant.
24. L'Hoirie a fait savoir qu'elle entendait reprendre la procédure à son compte (cf. courrier du 26 novembre 2014).
25. Ensuite de quoi, par ordonnance du 1^{er} décembre 2014, la procédure a été reprise et la cause gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05) en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011, la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 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. A teneur de l'art. 1 al. 1 LACI, les dispositions de la LPGA, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, s'appliquent à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité, à moins que la loi n'y déroge expressément.
3. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 à 60 LPGA).
4. Le litige porte sur le droit de l'assuré à l'indemnité de chômage à compter du 29 mars 2012, singulièrement sur la date à laquelle il a rompu tout lien avec la société l'ayant employé.
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, 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).
6. 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 (ATF non publié C 163/04 du 29 août 2005). 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. En effet, l'analogie avec la réduction de l'horaire de travail réside dans le fait qu'une personne licenciée qui occupe une position décisionnelle peut, à tout moment, contribuer à décider de son propre réengagement, si bien que sa perte de travail ressemble potentiellement à une réduction de l'horaire de travail avec cessation momentanée d'activité (voir ATF non publié C 152/06 du 25 janvier 2007 consid. 2).

Ainsi, 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 codécision ou coresponsabilité 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 (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 registre du commerce et examiner 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). Cela est notamment considéré comme étant le cas si l'assuré exerce durant au moins six mois une activité salariée auprès d'un employeur tiers.

Est déterminant le moment de la démission effective, non pas la date de la radiation de l'inscription au registre du commerce ou celle de la publication dans la Feuille officielle suisse du commerce, celles-ci pouvant prendre du retard pour quelque motif que ce soit (ATF non publié C 358/01 consid. 4.2, voir également RUBIN, Assurance-chômage, 2014, p. 349).

7. En l'espèce, il est établi que l'assuré n'a été radié du RC que le 18 septembre 2013 (cf. facture du RC du même jour).

Conformément à la jurisprudence, très restrictive en la matière, rappelée supra, l'assuré, en sa qualité d'associé gérant de la société, a eu jusqu'à cette date, de par sa fonction, une position comparable à celle d'un employeur et était par conséquent exclu d'emblée du cercle des ayants droit à l'indemnité.

Il est vrai cependant que c'est le moment de la date de la démission effective qui doit être pris en considération. En l'espèce, il ressort des pièces versées à la procédure que l'assuré avait demandé sa radiation au RC en date du 15 mars 2012 déjà (cf. courrier du RC du 16 mars 2012 lui réclamant un certain nombre de documents pour donner suite à sa demande). Il n'en demeure pas moins que l'assuré n'a pas donné suite aux demandes répétées du RC de produire les pièces justifiant le transfert des parts sociales et son approbation par l'assemblée des associés (cf. courrier du RC du 5 avril 2012) et à défaut desquels le RC ne pouvait donner suite à sa demande de radiation. Il convient en effet de rappeler que, selon l'art. 810 al. 2 ch. 1 du Code des obligations (CO ; RS 220), les gérants exercent la haute direction de la société ; ils sont nommés et, cas échéant, révoqués par l'assemblée des associés (art. 804 al. 1 et 2 ch. 2 CO). Sauf dérogation, la cession de parts sociales requiert l'approbation de l'assemblée des associés (art. 786 al. 1 CO) et ne déploie ses effets, dans ce cas, qu'une fois ladite approbation donnée (art. 787 al. 1 CO). Or, ce n'est qu'en date du 6 juillet 2012 (cf. procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire des associés), que la vente des parts sociales a été approuvée, la démission de l'assuré acceptée, de sorte que les documents réclamés par le RC lui ont été finalement adressés par pli du 16 juillet 2012. A cet égard, le document produit par l'assuré, daté du 21 juillet 2011, signé de lui et de sa mère et disant approuver le transfert des parts ne saurait être considéré comme valant procès-verbal d'assemblée générale. Ni l'assuré ni sa mère ne s'en sont d'ailleurs prévalu auprès du RC.

Par conséquent, conformément aux art. 786 al. 1 et 787 al. 1 CO, ce n'est qu'à compter de 6 juillet 2012 que la cession des parts sociales a déployé ses effets et que l'assuré n'a plus bénéficié d'une position assimilable à celle d'un employeur, même si l'inscription au registre du commerce n'a en réalité été effectuée que plus tard.

Il en découle qu'au moment où il s'est annoncé à l'intimée, l'assuré ne remplissait pas encore les conditions lui ouvrant droit aux indemnités, puisque ce n'est qu'à compter du 6 juillet 2012 qu'il a cessé d'occuper une situation assimilable à celle d'un employeur.

Se pose dès lors la question de savoir si l'assuré aurait dû se voir reconnaître le droit aux indemnités du 6 juillet au 30 septembre 2012, étant rappelé que l'OCE l'a reconnu inapte au placement à compter du 1er octobre 2012 (décision de l'OCE désormais entrée en force).

8. Selon l'art. 29 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (OACI - RS 837.02), l'assuré exerce son droit, notamment, en remettant la formule « Indications de la personne assurée » (al. 1 let. d et al. 2 let. a).

Dans la mesure où seules les IPA des mois de juillet et août 2012 sont parvenues à l'intimée en temps utile, on ne peut répondre par l'affirmative à cette question que pour les deux mois en question.

En l'espèce, force est de constater que l'assuré n'a remis que les formulaires IPA relatifs aux mois de juillet et août 2012, de sorte que les conditions d'octroi de l'indemnité ne sont remplies que pour les deux mois en question.

Eu égard aux considérations qui précèdent, le recours est partiellement admis en ce sens que le droit à l'indemnité de chômage est reconnu à l'assuré pour la période du 6 juillet au 31 août 2012, sous déduction des 9 jours de suspension dont il a fait l'objet pour manquement à ses devoirs, applicables à cette période-là.

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement au sens des considérants.
3. Dit que l'assuré a droit aux indemnités de chômage du 6 juillet au 31 août 2012, sous déduction de 9 jours de suspension.
4. Renvoie la cause à l'intimée pour calcul des prestations dues.
5. Dit que la procédure est gratuite.
6. 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

Marie-Catherine SECHAUD

Karine STECK

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