

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3244/2016

ATAS/465/2017

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 26 mai 2017

3^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à VERSOIX

recourant

contre

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

intimée

**Siégeant : Karine STECK, Présidente; Michael BIOT et Claudiane CORTHAY, Juges
assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré), né en 1972, a été l'associé gérant, puis le liquidateur de la société à responsabilité limitée B_____ (ci-après : la société), ayant pour buts les activités récréatives pour les enfants et les familles. Son épouse, Madame C_____, a également été associée gérante, puis liquidatrice de la société.

Selon l'extrait du registre du commerce (RC), la société, créée le 28 juillet 2004, a été dissoute le 20 mai 2015 et radiée le 29 novembre 2016.

2. En date du 10 mai 2016, l'assuré a déposé une demande d'indemnité de chômage auprès de la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse).

Il a sollicité des indemnités journalières dès le 13 mai 2016, en précisant que son dernier employeur était la société, pour qui il avait travaillé du 1^{er} juillet 2005 au 30 juin 2015, date à laquelle l'activité avait cessé. Il n'avait pas reçu de salaire en mai et juin 2015, mais avait continué à travailler pour honorer ses engagements envers ses clients.

L'assuré a notamment produit le contrat de travail le liant à la société, prévoyant une entrée en fonction le 1^{er} juillet 2005 et une rémunération mensuelle de CHF 4'000.-.

3. Dans l'attestation de l'employeur remplie le 10 mai 2016, la société a confirmé que l'assuré avait travaillé en qualité de directeur de salle de gymnastique pour enfants du 1^{er} juillet 2005 au 30 juin 2015. Le salaire soumis à cotisation s'était élevé à CHF 41'850.- du 1^{er} janvier au 31 décembre 2014 et à CHF 18'600.- du 1^{er} janvier au 30 avril 2015.

4. Les 23 mai et 16 juin 2016, l'assuré a encore transmis à la caisse :

- une réquisition au RC concernant la société, non datée, mais mentionnant la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) du 29 mai 2015, demandant la radiation de la signature de l'assuré en précisant qu'il n'était plus ni liquidateur, ni associé ;
- un courrier adressé par la société à l'assuré le 30 avril 2015 résiliant son contrat de travail avec effet au 30 juin 2015 ;
- un acte de transfert de parts sociales du 25 mars 2016, aux termes duquel l'assuré cédait une part de la société d'une valeur de CHF 10'000.- à son épouse ;
- le procès-verbal de l'assemblée extraordinaire des associés de la société du 25 mars 2016, dont il ressort que l'assuré a démissionné de sa fonction de liquidateur ;

- des certificats délivrés par l'université d'Hawaii at Manoa, attestant que l'assuré y a suivi deux cours d'anglais du 9 octobre au 18 décembre 2015 et du 8 janvier au 18 mars 2016.
 - ses bulletins de salaire de mai 2014 à décembre 2015, mentionnant un revenu mensuel brut de CHF 4'650.- ;
 - l'extrait de son compte individuel AVS, dont il ressort qu'il a déclaré des revenus soumis à cotisations de CHF 55'800.- en 2014 et de CHF 18'600.- en 2015 ;
 - un extrait de son compte bancaire, dont il ressort que les montants suivants ont été versés à titre de salaires : CHF 2'701.60 le 10 juin 2014, CHF 2'754.05 le 2 juillet 2014, CHF 2'754.05 le 29 juillet 2014, CHF 1'869.45 le 30 août 2014, 2'754.05 CHF/mois de septembre à décembre 2014 et 2'751.45 CHF/mois de février à avril 2015 ;
 - un extrait du compte commun de l'assuré et de son épouse, dont il ressort que la société y a mensuellement versé des montants de CHF 1'200.- de juin 2014 à mai 2015.
5. Par décision du 17 juin 2016, la caisse a nié le droit de l'assuré à des indemnités de chômage, au motif que ce dernier ne pouvait justifier d'une période de cotisation de 12 mois et qu'aucun motif de libération ne pouvait entrer en ligne de compte.
6. L'assuré s'est opposé à cette décision en alléguant en substance n'avoir, en 28 ans de carrière, demandé l'aide de l'assurance chômage qu'une fois durant deux mois. Il a ajouté que la fermeture de la société n'était pas imputable à une mauvaise gestion et a souligné avoir réduit son salaire annuel à CHF 48'000.- en 2009. Il avait décidé de remettre la société en 2015, mais le repreneur pressenti n'avait pas respecté ses engagements, l'obligeant à continuer à travailler jusqu'au 30 juin 2015 afin d'honorer les engagements pris envers ses clients, même s'il ne pouvait se verser de salaire. Il se voyait aujourd'hui pénalisé par ce choix et le trouvait injuste. À la fermeture de sa société, il avait choisi de partir étudier l'anglais afin de se ressourcer ; un séjour d'un an aurait été trop coûteux.
- À l'appui de son écriture, l'assuré a produit un extrait du site internet de la société, annonçant sa fermeture le 30 juin 2015.
7. Par décision du 25 août 2016, la caisse a écarté l'opposition.
- La caisse a rappelé les conditions relatives à la période de cotisation, en particulier la nécessité d'un salaire réellement perçu pour l'activité déployée.
- Elle a ajouté qu'au demeurant, les personnes fixant les décisions que prenait l'employeur n'avaient pas droit à des indemnités de chômage.
- En l'espèce, l'assuré n'avait cotisé que jusqu'au 30 avril 2015. Il ne pouvait donc se prévaloir des douze mois requis pour l'ouverture du droit, quand bien même sa démission en tant que liquidateur avait été votée le 25 mars 2016.

Au surplus, dès lors que son épouse avait conservé les pouvoirs légaux et statutaires lui permettant de réactiver l'entreprise jusqu'à sa radiation, il existait un risque d'abus : tant que son épouse conservait son pouvoir décisionnel dans la société, elle avait une position assimilable à un employeur au sens de la loi.

8. Par écriture du 21 septembre 2016, l'assuré a interjeté recours auprès de la Cour de céans.

Le recourant souligne qu'il est citoyen suisse et qu'il a résidé sur le territoire helvétique la majeure partie de sa vie. Il a effectué sa scolarité et deux apprentissages à Genève et a commencé à cotiser en 1988. Il n'a précédemment sollicité des prestations de l'assurance-chômage qu'une seule fois, en septembre et octobre 1998. Il en tire la conclusion qu'il a cotisé bien plus que douze mois.

9. Invitée à se déterminer, l'intimée, dans sa réponse du 28 octobre 2016, a conclu au rejet du recours.

Elle fait remarquer que le recourant est conjoint de l'employeur, ce qui exclut son droit à des indemnités de chômage.

Elle relève que sa démission n'a du reste pas été annoncée au RC.

Partant, la question portant sur la durée de cotisation peut rester ouverte.

10. Le 9 novembre 2016, le recourant a produit une réquisition adressée au RC le 16 juin 2016 par le conseil de la société, demandant la radiation de celle-ci.

11. Par écriture du 14 décembre 2016, l'intimée a persisté dans ses conclusions.

Elle relève qu'en admettant que le recourant n'a plus occupé de position assimilable à celle d'un employeur à compter du lendemain du dépôt de la réquisition de radiation, soit dès le 17 juin 2016, à cette date, l'intéressé ne pouvait se prévaloir de douze mois de cotisations. Tel n'était pas non plus le cas si l'on se retenait la date de son inscription, soit le 13 mai 2016.

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), 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 (LACI - RS 837.0).

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. La LPGA, entrée en force le 1^{er} janvier 2003, est applicable à la présente procédure.

3. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56ss LPGA).
4. Le litige porte sur le droit du recourant à des indemnités de 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. L'art. 9 LACI prévoit que les délais-cadres de deux ans s'appliquent aux périodes d'indemnisation et de cotisation, sauf disposition contraire de la présente loi (al. 1). Le délai-cadre applicable à la période de l'indemnisation commence à courir le premier jour où toutes les conditions dont dépend le droit à l'indemnité sont réunies (al. 2). Le délai-cadre applicable à la période de cotisation commence à courir deux ans plus tôt (al. 3). Lorsque le délai-cadre s'appliquant à la période d'indemnisation est écoulé et que l'assuré demande à nouveau l'indemnité de chômage, de nouveaux délais-cadres de deux ans sont ouverts pour les périodes d'indemnisation et de cotisation, sauf disposition contraire de la présente loi (al. 4).
7. L'art. 13 al. 1^{er} LACI dispose que celui qui, dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet (art. 9 al. 3), a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation remplit les conditions relatives à la période de cotisation. Selon l'alinéa deuxième de cette disposition, compte également comme période de cotisation le temps durant lequel l'assuré exerce une activité en qualité de travailleur sans avoir atteint l'âge à partir duquel il est tenu de payer les cotisations AVS (let. a), sert dans l'armée, dans le service civil ou dans la protection civile conformément au droit suisse ou accomplit un cours obligatoire d'économie familiale qui a lieu pendant toute la journée et durant au moins trois semaines sans discontinuer (let. b), est partie à un rapport de travail, mais ne touche pas de salaire parce qu'il est malade (art. 3 LPGA) ou victime d'un accident (art. 4 LPGA) et, partant, ne paie pas de cotisations (let. c), ou a interrompu son travail pour cause de maternité (art. 5 LPGA) dans la mesure où ces absences sont prescrites par les dispositions de protection des travailleurs ou sont conformes aux clauses des conventions collectives de travail (let. d).

L'art. 14 al. 1^{er} LACI prévoit que sont libérées des conditions relatives à la période de cotisation les personnes qui, dans les limites du délai-cadre (art. 9 al. 3) et pendant plus de douze mois au total, n'étaient pas parties à un rapport de travail et, partant, n'ont pu remplir les conditions relatives à la période de cotisation, pour l'un des motifs suivants : formation scolaire, reconversion ou perfectionnement professionnel, à la condition qu'elles aient été domiciliées en Suisse pendant dix

ans au moins (let. a) ; maladie (art. 3 LPGA), accident (art. 4 LPGA) ou maternité (art. 5 LPGA), à la condition qu'elles aient été domiciliées en Suisse pendant la période correspondante (let. b) ; séjour dans un établissement suisse de détention ou d'éducation au travail, ou dans une institution suisse de même nature (let. c).

8. L'art. 31 al. 3 LACI prévoit que n'ont pas droit à l'indemnité les travailleurs dont la réduction de l'horaire de travail ne peut être déterminée ou dont l'horaire de travail n'est pas suffisamment contrôlable (let. a) ; le conjoint de l'employeur, occupé dans l'entreprise de celui-ci (let. b) ; 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 à l'entreprise ; il en va de même des conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise (let. c).

Si la jurisprudence considère qu'il n'est pas admissible de refuser de manière générale le droit aux prestations aux employés au seul motif qu'ils sont inscrits au Registre du commerce et qu'il y a lieu d'établir l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes, elle fait toutefois exception à ce principe notamment lorsqu'il s'agit d'associés gérants d'une société à responsabilité limitée (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 267/05 du 19 décembre 2006 consid. 4.1).

9. Bien que l'art. 31 al. 3 LACI vise l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, l'exclusion du droit qu'elle prévoit s'applique selon le Tribunal fédéral également à l'indemnité de chômage (cf. arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 152/06 du 25 janvier 2007 consid. 2). En effet, 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 (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb).

Cette disposition vise à éviter les abus sous forme d'établissement par l'assuré lui-même des attestations nécessaires pour l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, d'attestations de complaisance, d'influence sur la décision de réduire l'horaire de travail alors qu'il est impossible de contrôler la perte de travail (ATF 122 V 270 consid. 3). Lorsque la caisse de chômage statue pour la première fois sur le droit à l'indemnité d'un chômeur, elle émet un pronostic quant à la réalisation des conditions prévues par l'art. 8 LACI. Aussi longtemps qu'une personne occupant une fonction dirigeante maintient des liens avec sa société, non seulement la perte de travail qu'elle subit est incontrôlable, mais la possibilité subsiste qu'elle décide d'en poursuivre le but social. Dans un tel cas de figure, il est donc impossible de déterminer si les conditions légales sont réunies, sauf à procéder à un examen *a posteriori* de l'ensemble de la situation de l'intéressé, ce qui est contraire au principe selon lequel cet examen a lieu au moment où la caisse de chômage statue sur les droits de l'assuré. Au demeurant, 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 (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 21 ad art. 10 LACI ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_231/2012 du 16 août 2012 consid. 3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 141/03 du 9 décembre 2003 consid. 4 et les références).

Par analogie avec les let. b et c de l'art. 31 al. 3 LACI, le conjoint d'une personne occupant une position assimilable à celle d'un employeur doit avoir été employée par l'entreprise dirigée par son conjoint pour que son droit à l'indemnité de chômage puisse être nié en cas de licenciement. Son droit ne pourra être nié que tant que le dirigeant est lié à la dite entreprise (RUBIN, *op. cit.*, n. 27 ad art. 10 LACI).

10. En l'espèce, l'intimée a nié le droit aux prestations du recourant en invoquant, d'une part, la non-réalisation des conditions liées à la période de cotisation, d'autre part, sa qualité d'associé gérant de la société.

S'agissant de la période de cotisation, le délai-cadre a commencé deux ans avant que le recourant ne sollicite des indemnités de chômage, soit le 13 mai 2014. C'est le lieu de rappeler que, selon la jurisprudence, la réalisation des conditions relatives à la période de cotisation présuppose en principe qu'un salaire soit réellement versé au travailleur (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 279/00 du 9 mai 2001 consid. 4c *in* DTA 2001 p. 225 ; arrêt du Tribunal fédéral C 174/05 du 26 juillet 2006 consid. 1.2). Si cette exigence a certes été relativisée (cf. ATF 131 V 444 consid. 3.3), le droit à l'indemnité de chômage est néanmoins nié en application de l'art. 8 al. 1 let. e et 13 LACI s'il est établi que l'assuré a totalement renoncé à une rémunération pour le travail effectué, ce qui doit être admis avec retenue (ATF 131 V 444 consid. 3.3 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 183/06 du 16 juillet 2007 consid. 3).

En l'espèce, le recourant a admis avoir renoncé à sa rémunération de mai à juin 2015. Ainsi, durant le délai-cadre de cotisation, il n'a déployé d'activité rémunérée au sens de la jurisprudence que du 13 mai 2014 au 30 avril 2015, soit pendant un laps de temps inférieur aux douze mois requis à l'art. 13 al. 1^{er} LACI. Le recourant ne fait pour le surplus valoir aucun motif de libération de l'obligation de cotiser. À cet égard, on relèvera que le séjour linguistique qu'il a effectué aux États-Unis est inférieur à douze mois.

Pour ce motif déjà, la décision de l'intimée s'avère fondée. Contrairement à ce que le recourant semble penser, ce n'est pas l'intégralité des périodes cotisées par un assuré qui est prise en considération lors de l'examen de son droit aux indemnités de chômage, mais uniquement celle qui correspond au délai-cadre de cotisation précédant sa demande d'indemnités.

Par surabondance, force est de constater que le recourant est au surplus resté associé gérant de la société jusqu'à sa radiation, en novembre 2016. La réquisition de radiation de ses pouvoirs au RC, produite par ses soins le 23 mai 2016, n'a pas

été suivie d'effet, puisqu'il est resté liquidateur de la société. Partant, sa position est restée comparable à celle d'un employeur, ce qui, en soit, suffirait à lui nier le droit aux indemnités de chômage, même si les exigences relatives à la période de cotisation étaient réalisées.

Eu égard aux éléments qui précèdent, la décision de l'intimée, conforme au droit, doit être confirmée. Mal fondé, le recours est rejeté. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. g LPGA).

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

Statuant

À 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

Marie-Catherine SÉCHAUD

Karine STECK

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