

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3351/2009

ATAS/209/2010

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 1

du 2 mars 2010

En la cause

Madame B _____, domiciliée à Confignon, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître AELLEN Cyril

recourante

contre

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

intimée

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

EN FAIT

1. X _____ SARL (ci-après la société) a pour but principal l'exploitation d'une entreprise générale dans les domaines de la construction. Selon l'extrait du Registre du commerce, ont été inscrits dès la création de la société comme associés : C _____, pour une part de 1'000.- fr., B _____ (ci-après l'assurée ou la recourante). pour une part de 1'000.- fr., sa mère B _____, pour une part de 18'000.- fr., tous trois sans signature, et son père, B _____, gérant avec signature individuelle.
2. Dès le 1er juin 1998, l'assurée a été employée par la société à 100% comme secrétaire-comptable avec pour tâches la gestion des ressources humaines, la gestion comptable et l'administration générale.
3. L'assurée a été licenciée le 28 juillet 2008 pour le 30 novembre 2008 pour motif économique. Elle a déposé une demande auprès de la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la Caisse) le 27 novembre 2008 en vue d'obtenir des indemnités chômage dès le 1er décembre 2008. La Caisse lui a exposé qu'elle ne pouvait percevoir ces indemnités tant qu'elle ne fournissait pas l'attestation de radiation de son inscription d'associée au Registre du commerce.
4. Par courrier du 5 mars 2009, l'assurée a prié la caisse de revoir sa position. Elle a relevé la lenteur des délais pour obtenir la radiation et expliqué qu'elle était sans revenu, ni allocations familiales avec trois enfants à charge depuis le 1er décembre 2008. Elle précise que sa part sociale était minime et qu'elle n'avait eu ni position décisionnelle prépondérante, ni signature au sein de la société.
5. Par décision du 25 mars 2009, la Caisse a nié le droit de l'assurée à l'indemnité chômage au motif qu'en raison de sa double qualité d'employeur et d'employé la perte de travail était incontrôlable car il était peu vraisemblable qu'elle ne consacre pas une partie de son temps à son entreprise afin de la sauvegarder. Ainsi, seule une cessation définitive des activités de la société, une rupture totale de ses liens avec celle-ci ou l'accomplissement de 6 mois minimum d'une activité de salariée dans une tierce entreprise pourraient lui permettre de faire valoir son droit aux indemnités.
6. L'assurée, agissant par son mandataire, a conclu par opposition du 8 mai 2009 à l'octroi d'indemnités chômage dès le 1er décembre 2008.
7. Par courrier du 3 juin 2009, la caisse a transmis à l'assurée un courriel du Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après SECO). Il y était précisé que si elle voulait faire valoir son droit à l'indemnité chômage, il lui fallait faire radier son inscription en qualité d'associée de la société au Registre du commerce et vendre ou transférer sa part sociale afin de démontrer qu'elle avait rompu définitivement tout lien avec

l'entreprise. A défaut, il existait un risque d'abus conforté par le fait que la société avait son siège à son domicile et qu'elle était la fille de l'associé-gérant.

8. Le 29 juin 2009, l'assurée a informé la caisse que la radiation de sa qualité d'associée de la société avait été publiée le 24 juin.
9. Par décision du 4 août 2009, la caisse a admis partiellement l'opposition formée par l'assurée et lui a accordé un droit à l'indemnité chômage dès le 12 juin 2009, date à laquelle elle avait communiqué au Registre du commerce les documents nécessaires à la radiation.
10. Interjetant recours contre cette décision le 14 septembre 2009, l'assurée a conclu à ce qu'un droit à l'indemnité chômage lui soit reconnu à compter de la perte de son emploi, soit dès le 1er décembre 2008. Elle a contesté avoir eu une position dirigeante au sein de la société, soulignant n'y avoir occupé qu'un rôle subordonné de secrétaire-comptable, sans pouvoir décisionnel. Elle n'avait aucune signature, ni même le pouvoir, à teneur des statuts et vu la valeur symbolique de sa part sociale, de convoquer une assemblée générale ou de prendre des décisions.
11. Entendue par le Tribunal de céans le 17 novembre 2009, l'assurée a expliqué que lorsqu'elle avait déposé sa demande de radiation auprès du Registre du commerce courant janvier, on lui avait répondu qu'elle devait procéder par acte notarié. Son père étant tombé malade, elle n'avait pu finaliser ses démarches avant juin. Elle a précisé avoir installé le siège de la société à son domicile et non chez ses parents qui habitaient la maison d'en face, pour des raisons de commodité d'accès. Elle a déclaré s'occuper du secrétariat et de la comptabilité de la société jusqu'au bilan, celui-ci étant ensuite repris par la fiduciaire Y_____. Après son départ, l'ensemble de la comptabilité avait été assumé par la fiduciaire et le secrétariat par ses parents. Il n'y avait alors plus grand-chose, l'entreprise fermant traditionnellement les deux dernières semaines de décembre et la première de janvier et n'ayant en l'occurrence pas repris son activité ensuite. Sur la dizaine d'ouvriers qu'employait la société, il n'en restait plus que deux en décembre 2008. Ils avaient pu être replacés dans une autre entreprise, laquelle avait également repris le matériel.
12. Suite à l'audience, l'assurée a transmis au Tribunal de céans un document de l'entreprise Z_____ SA confirmant la reprise de l'entier du personnel et du matériel de la société à compter du 1er février 2009. La Caisse a alors accepté de lui accorder un droit aux indemnités chômage dès le 1er février 2009.
13. L'assurée ayant persisté dans les conclusions de son recours, 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'assurée à l'indemnité chômage dès le 1er décembre 2008.
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 préalablement quel était le rôle de l'assurée dans la société. Elle allègue à cet égard n'avoir eu aucun pouvoir décisionnel et n'avoir accompli qu'une activité de subordonnée.

Formellement, l'assurée ne faisait effectivement pas partie de l'organe de gestion de la société puisqu'elle était inscrite au Registre du commerce en la seule qualité d'associée sans signature. Son pouvoir de décision au sens de l'art. 811 al. 1 CO était de surcroît réduit par les statuts, vu le peu de valeur de sa part sociale. Concrètement, l'assurée occupait toutefois une place importante dans la société. Elle est la fille du gérant de l'entreprise et sa mère dispose de la part sociale la plus importante. Du fait de son domicile en face de celui de ses parents, on peut déduire qu'elle entretient avec eux des liens étroits. Elle a du reste accepté d'installer le siège de l'entreprise chez elle ce qui corrobore l'idée que l'entreprise a une réelle nature familiale. L'assurée occupait par ailleurs une fonction administrative majeure au sein de la société puisqu'elle assumait l'intégralité de la gestion du personnel et de la gestion comptable jusqu'au bilan. Il apparaît ainsi hautement vraisemblable au sens requis par la jurisprudence (ATF 126 V 360 consid. 5a et b, 125 V 195 consid. 2 et les références ; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3) qu'elle jouait, dans le cadre de son activité professionnelle, un rôle allant au-delà de ce que l'on pourrait attendre d'une simple secrétaire comptable et que partant, elle disposait d'un véritable pouvoir décisionnel qui rend difficile tout contrôle de sa perte de travail.

Lorsque le salarié a une position similaire à celle d'un employeur, la jurisprudence soumet son droit à l'indemnité chômage, soit à la rupture des liens qui l'unissait à l'entreprise, soit à la fermeture définitive de celle-ci (ATF 123 V 234). Dans le cas de l'assurée la rupture de ses liens avec la société a été attestée par la radiation de sa qualité d'associée en juin 2009 et c'est à juste titre que la caisse lui a accordé un droit aux indemnités chômage dès ce moment-là.

7. L'assurée réclame des indemnités chômage dès le 1er décembre 2008, date à laquelle son contrat de travail a pris fin au motif qu'après son départ ses tâches ont été reprises par la fiduciaire et par ses parents et que l'entreprise n'avait quasiment plus d'activité, vu la fermeture usuelle de trois semaines au moment des fêtes de fin d'année. Le Tribunal de céans constate toutefois que l'entreprise ne pouvait en réalité être considérée comme n'ayant plus aucune activité à ce moment-là puisqu'elle disposait encore de son matériel et employait deux ouvriers. La perte de travail de l'assurée était ainsi toujours incontrôlable. Ce n'est en effet pas l'abus comme tel que la loi et la jurisprudence entendent sanctionner, mais le simple

risque d'abus que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur (ATAS 93/09).

La situation doit en revanche s'apprécier différemment au moment de la reprise du matériel et des deux employés par l'entreprise Z_____, le 1er février 2009. En effet, même si l'entreprise n'avait pas cessé formellement d'exister à ce moment-là puisqu'elle n'avait pas encore été radiée au Registre du commerce, elle ne pouvait matériellement plus exercer aucune activité. Tout risque d'abus était ainsi écarté. L'assurée peut dès lors prétendre à des indemnités chômage à compter de cette date.

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

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement et modifie la décision du 4 août 2009 en ce sens que la recourante peut prétendre à des indemnités chômage dès le 1er février 2009.
3. Condamne l'intimé à verser à la recourante la somme de 1'200 fr., à titre de participation à ses frais et dépens.
4. Dit que la procédure est gratuite.
5. 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 WANGELER

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