

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3677/2007

ATAS/605/2008

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 5

du 21 mai 2008

En la cause

Monsieur A_____, domicilié au GRAND-LANCY, comparant
avec élection de domicile en l'étude de Maître RUDERMANN
Michael

recourant

contre

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

intimée

**Siégeant : Maya CRAMER, Présidente; Christine BULLIARD MANGILI et Monique
STOLLER FÜLLEMANN, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur A_____, a présenté en date du 3 janvier 2007 une demande d'indemnité de chômage, à l'appui de laquelle il exposait avoir travaillé en dernier lieu pour la société X_____ SA (ci-après aussi : la société), qui avait résilié le contrat de travail, conclu pour une durée indéterminée, pour le 31 décembre 2006. Il avait précédemment bénéficié d'un emploi temporaire cantonal du 1^{er} janvier au 31 décembre 2005.
2. Selon l'attestation de l'employeur établie le 10 janvier 2007 par X_____ SA, l'assuré a travaillé en tant que consultant du 1^{er} janvier 2006 au 31 décembre 2006 pour un salaire mensuel de 9'000 fr. Les rapports de travail ont été résiliés par courrier du 27 novembre 2006, pour des raisons économiques. A la question de savoir si l'assuré ou son conjoint avaient une participation financière à l'entreprise ou occupaient une fonction dirigeante, l'employeur a répondu par l'affirmative.
3. Le Service des mesures cantonales (ci-après : SMC) de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE), a attesté pour sa part que l'assuré avait travaillé en tant qu'auxiliaire dans le cadre d'un contrat de travail temporaire d'une durée limitée, du 14 janvier au 31 décembre 2005.
4. Par courrier du 21 février 2007, le service des prestations de la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse) a exposé à l'assuré qu'il se trouvait dans la situation de conjoint d'un employeur inscrit à ce titre au registre du commerce et qui, selon les directives du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), n'avait en principe pas droit à l'indemnité de chômage. Afin toutefois de le vérifier, l'assuré était invité à fournir des documents supplémentaires.
5. En date du 26 février 2007, l'assuré a communiqué à la caisse les relevés bancaires afférents au versement de son salaire en 2006, les relevés des versements AVS-AC pour 2006, une attestation y_____ SA, l'organe de révision d'X_____ SA, confirmant le versement d'un salaire mensuel brut de 9'000 fr. de janvier à décembre 2006 et une copie de l'extrait du registre du commerce de Genève, qui faisait ressortir que l'épouse de l'assuré était l'unique administrateur avec signature individuelle de cette société depuis 2001. Dans la lettre d'accompagnement, l'assuré précisait qu'en 2005, il avait occupé un emploi temporaire cantonal au sein du Département des constructions et des technologies de l'information (DCTI), non pas à titre d'employé à la réception comme initialement prévu par le SMC, mais au titre de juriste auprès du service juridique. L'ampleur de l'activité avait nécessité la prolongation de sa présence au DCTI pour douze mois supplémentaires. Son engagement sur douze mois comme consultant externe n'avait toutefois pas pu se faire à titre indépendant, car le DCTI avait exigé que le contrat fût signé avec une personne morale. C'était donc le rôle d'X_____ SA de l'engager et de le mettre à la disposition du DCTI. Son lieu de travail permanent était d'ailleurs dans

les locaux du DCTI et pendant toute cette période, il n'avait eu aucun rôle et encore moins une position déterminante chez X_____ SA, comme le démontrait l'extrait du registre du commerce. Il était en fait un employé externe du DCTI.

6. Le 7 mars 2007, la caisse de compensation de la FER-CIAM a adressé à la caisse l'extrait du compte individuel de l'assuré, qui faisait ressortir, s'agissant de la période de janvier à décembre 2006, le prélèvement par X_____ SA des cotisations sociales sur un salaire de 108'000 fr. L'assuré avait aussi été salarié de cette société en 1995 et entre 1997 et 2001.
7. Par décision du 13 mars 2007, la caisse a décrété qu'elle ne pouvait pas donner suite à la demande d'indemnité présentée le 3 janvier 2007. En effet, durant les deux années précédant l'inscription, du 3 janvier 2005 au 2 janvier 2007, délai-cadre de cotisation, l'assuré avait été salarié en emploi temporaire cantonal du 14 janvier au 31 décembre 2005, soit onze mois et 16.8 jours et comme consultant chez X_____ SA, du 1^{er} janvier au 31 décembre 2006, soit douze mois, société dont la responsable était son épouse en tant qu'administratrice avec signature individuelle. Or, en tant que conjoint de son employeur, il ne pouvait bénéficier de l'indemnité de chômage. Seule une cessation définitive des activités d'X_____ SA, une rupture de ses liens avec celle-ci ou l'accomplissement de six mois au moins dans une tierce entreprise comme salarié étaient susceptibles de lui faire bénéficier de l'indemnité de chômage.
8. L'assuré a formé opposition à cette décision en date du 12 avril 2007, en concluant à son annulation. Il n'avait pas été consultant chez X_____ SA mais employé de cette société sur la base d'un contrat de travail prouvé par le versement mensuel effectif d'un salaire pendant douze mois de janvier à décembre 2006. Sur ce salaire, toutes les contributions légales avaient été prélevées. Il rappelait par ailleurs qu'il avait été engagé par X_____ SA car il avait amené un contrat de mandat avec le Centre des technologies de l'information (CTI) procurant des retombées financières pour la société. Il n'avait pas été l'employé de son épouse, X_____ SA étant une personne morale qui pouvait engager des personnes à son service et l'administrateur n'étant qu'un organe de celle-ci. De plus, ayant été licencié par X_____ SA, il n'avait plus aucun lien avec cette société à partir du 31 décembre 2006. Enfin, la caisse ne pouvait pas exiger la mise en liquidation de la société, qui avait ses activités propres.
9. Le 8 juin 2007, l'OCE a communiqué à la caisse que l'assuré avait retrouvé un travail par lui-même dès le 1^{er} juin 2007.
10. En date du 29 août 2007, la caisse a rejeté l'opposition et confirmé la décision querellée. La jurisprudence établie par le Tribunal fédéral des assurances excluait le conjoint de l'employeur du droit à l'indemnité de chômage, au motif que « les conjoints peuvent exercer une influence sur la perte de travail qu'ils subissent, ce

qui rend leur chômage difficilement contrôlable. En outre, aussi longtemps que cette influence subsiste, il existe une possibilité de réengagement. Dans ce cas également, il s'agit de ne pas détourner la réglementation en matière d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, par le biais d'une disposition sur l'indemnité de chômage. » Une période de cotisation de six mois auprès d'une tierce entreprise était toutefois suffisante pour prévenir le risque d'abus et ouvrir le droit à l'indemnité de chômage. En effet, ce n'était pas l'abus avéré que la loi et la jurisprudence entendaient sanctionner, mais le risque d'abus que représentait le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur. En l'espèce, compte tenu du statut d'administratrice de son épouse et du fait qu'il avait été employé en tant que salarié de la société, qui était toujours en activité, l'assuré était exclu du cercle des ayants droit à l'indemnité de chômage, vu sa capacité d'influencer considérablement les décisions prises par l'employeur.

11. Par acte daté du 1^{er} octobre 2007, déposé au guichet le même jour, l'assuré a interjeté recours par l'intermédiaire de son conseil, en concluant, principalement et sous suite de frais et dépens, à l'annulation de la décision sur opposition querellée et au versement de l'indemnité journalière de chômage pour la période du 3 janvier au 31 mai 2007. A titre subsidiaire, il demandait la restitution des cotisations d'assurance-chômage versées du 1^{er} janvier au 31 décembre 2006. Le recourant exposait que c'était à tort que la caisse avait appliqué dans son cas la jurisprudence niant le droit à l'indemnité de chômage au conjoint de l'employeur. En effet, d'une part, il avait déjà bénéficié d'indemnités journalières de chômage de septembre 2002 à août 2004. D'autre part, il avait bénéficié d'un emploi temporaire cantonal du 17 janvier au 31 décembre 2005, lui permettant de prétendre à de nouvelles indemnités de chômage dès le 1^{er} janvier 2006. Toutefois, compte tenu de la proposition du DCTI de poursuivre la collaboration débutée sous le régime de l'emploi temporaire cantonal, il avait accepté de se faire engager par X_____ SA, qui devait ensuite le « détacher » au sein du DCTI, dans les locaux duquel il était censé travailler et recevoir des ordres. En substance, le véritable employeur avait été le DCTI, pour lequel il avait travaillé en permanence en exerçant le même travail que celui fourni pendant la durée de l'emploi temporaire cantonal. Partant, durant l'année 2006, il avait exercé une activité salariée dépendante pour le compte du DCTI, au sens de la jurisprudence en matière d'AVS.
12. Dans sa réponse du 16 novembre 2007, l'intimée a conclu au rejet du recours. Compte tenu de la position de son épouse auprès d'X_____ SA, le recourant ne pouvait pas prétendre à l'indemnité de chômage. Cette solution se justifiait d'autant plus que le recourant avait été engagé par X_____ SA dès le 1^{er} janvier 2006, pour une durée indéterminée, comme le démontrait la demande d'indemnité de chômage, l'attestation d'employeur et la lettre de licenciement du 27 novembre 2006, et non pas pour une durée déterminée de douze mois correspondant au mandat conclu avec le CTI. De plus, le recourant avait déjà été employé d'X_____ SA de janvier à décembre 1995 puis de janvier 1997 à

septembre 2001 et il avait également officié au sein de la société en tant que conseiller juridique/administrateur. De plus, les modalités de la collaboration du recourant avec le DCTI, que ce dernier aurait imposées, n'avaient aucune incidence sur la position de la caisse. En effet, le recourant avait été engagé par X_____ SA et se prévalait des périodes de cotisations effectuées auprès de cette société pour bénéficier de l'indemnité de chômage. Partant, il jouissait d'une position comparable à celle d'un employeur au sens de la jurisprudence. La caisse ajoutait que, tout au plus, la position du recourant pouvait être assimilée à celle d'un indépendant, étant donné qu'il aurait dû intervenir pour le DCTI en tant que consultant externe, et qu'il avait ainsi utilisé la structure d'X_____ SA pour pouvoir exécuter sa tâche de manière indépendante. Enfin, c'était à tort que le recourant faisait valoir qu'au terme de l'emploi temporaire cantonal il aurait pu bénéficier de l'indemnité de chômage, dès lors que la période de cotisation n'atteignait pas douze mois. L'intimée joignait à sa détermination notamment une copie du contrat d'emploi temporaire du 24 janvier 2005, aux termes duquel l'Etat de Genève engageait le recourant à titre de commis administratif pour une durée maximale de douze mois et deux jours, le service utilisateur étant le Tuteur général. Un avenant au contrat du 28 avril 2005 avait ensuite réaffecté le recourant au CTI en qualité d'assistant, du 28 avril 2005 au 18 janvier 2006.

13. Invité à répliquer, le recourant a précisé, en date du 17 décembre 2007, que comme toute autre société tierce placée devant la même situation, X_____ SA avait fait office de société écran, soit d'intermédiaire, afin que l'engagement par le DCTI puisse se réaliser. C'est ainsi que l'engagement pour X_____ SA avait suivi l'évolution de la collaboration avec le DCTI et s'était terminé avec celle-ci. Enfin, dès lors que le recourant avait retrouvé un travail dès le 1^{er} juin 2007, un réengagement futur par X_____ SA paraissait exclu. La situation dans laquelle il se trouvait était ainsi fondamentalement différente de celle jugée par le Tribunal fédéral dans l'affaire C 50/04 du 26 juillet 2005. Le recourant n'avait d'ailleurs pas le statut d'un indépendant, au regard du droit des assurances sociales et de la jurisprudence y relative, mais bien celle d'un salarié dépendant du DCTI.
14. Dans sa duplique du 14 janvier 2008, l'intimée a maintenu que le recourant ne pouvait pas être assimilé à un salarié du DCTI mais bien à un employé d'X_____ SA. Quant à l'argument selon lequel il aurait pu se faire engager par une société tierce sans lien apparent avec lui, il convenait de constater que tel n'avait pas été le cas en l'espèce, précisément parce qu'il était plus aisé de se faire engager par son épouse que par une tierce personne, comme cela était déjà arrivé par le passé.
15. Entendu en comparution personnelle, le recourant a déclaré le 27 février 2008 qu'il avait travaillé de janvier 1995 à septembre 2001 pour X_____ SA en tant que conseiller juridique. Cette société avait été créée par lui-même et son épouse, qui était comptable de profession. Nonobstant le fait que les affaires avaient périclité,

ils avaient maintenu la société, car la liquidation aurait coûté cher. En 2006, il avait dû respecter au CTI des jours et des heures de présence, lesquels étaient contrôlés par le timbrage. Son taux d'activité était de 60 % et ses honoraires facturés en fonction des heures timbrées. A la demande du DCTI, le travail avait été facturé, après quelques mois, sur une base horaire. Compte tenu des charges sociales et des vacances, à la charge d'X_____ SA, son salaire mensuel payé par cette société correspondait à peu près aux honoraires facturés au DCTI. Les factures reçues d'X_____ SA devaient être approuvées par M. B_____, son supérieur direct, comme l'attestait une copie d'une telle facture visée par ce dernier pour le mois d'octobre 2006. En 2005 et en 2006, il n'avait pas travaillé pour X_____ SA qui n'avait aucun travail à lui confier. Il ne s'était pas non plus rendu dans le bureau de cette société et il n'avait pas non plus travaillé pour les clients de son épouse. Sur question de la caisse, il confirmait qu'il avait été administrateur-président d'X_____ SA jusqu'à fin 2001. Le capital actions était détenu à raison de 25 % pour chacun par son épouse et lui-même. Le reste de 50 % était dispatché.

16. Monsieur C_____, directeur administratif et financier du DCTI, entendu à titre de témoin le 27 février 2008, a déclaré que le recourant avait été placé fin avril 2005 au CTI, dans le cadre d'un emploi temporaire cantonal. Il devait travailler quatre jours et comme toute personne du CTI, sa présence était contrôlée par le timbrage. Le recourant devait notamment décharger Monsieur B_____, juriste de ce service. A cette fin, il contrôlait et vérifiait notamment les contrats. En 2006, le recourant avait continué à travailler au CTI sur la base d'un contrat de mandat conclu entre X_____ SA et le CTI. Ce contrat avait été signé par le recourant en tant que directeur de la société. Il était très important que le contrat fût conclu avec une personne morale ou physique dûment inscrite au Registre du commerce afin d'éviter que le recourant puisse être qualifié de "pseudo" indépendant. Cette exigence était posée à l'égard de tous les consultants externes du CTI, l'engagement d'une personne sous contrat de travail nécessitant une décision administrative de l'Office du personnel. Sur la base du contrat conclu avec X_____ SA, le recourant devait travailler sur une durée estimée de cent-soixante jours sur une année. Il devait travailler dans les locaux du CTI, dans la mesure où il devait accéder aux contrats et à la base des données confidentielle. En outre, il devait avoir des contacts fréquents notamment avec les cadres. Pour le contrôle de ses heures, il timbrait. Il était également tenu de respecter les heures d'ouverture de l'administration, notamment pour des raisons de sécurité. A l'intérieur de ces heures il était cependant libre de s'organiser. Cette liberté devait lui permettre de développer ses propres affaires. Monsieur C_____ ignorait combien le recourant était payé par X_____ SA. Il y avait une forme de continuité entre l'activité du recourant en 2005 et en 2006 au CTI, dans la mesure où le travail en 2006 se situait dans la prolongation de l'expérience acquise en 2005. En 2006, le recourant était chargé de standardiser les instruments juridiques, ce qui

impliquait une grande autonomie. M. B_____ n'était pas le supérieur hiérarchique du recourant. Il devait uniquement l'orienter et vérifier la qualité de son travail. Si le recourant n'avait pas eu cette autonomie et ces compétences spécifiques, il n'aurait pas été payé à un tarif aussi élevé. Il n'aurait pas non plus été possible de l'engager sur la base d'un contrat de travail, indépendamment du fait qu'aucun poste n'était à repourvoir, dans la mesure où il s'agissait d'une mission d'une durée déterminée. C'était par ailleurs le recourant qui avait proposé X_____ SA en tant qu'intermédiaire pour la conclusion du mandat. La durée du mandat était d'emblée limitée à une année.

17. Entendu à la même date en tant que témoin, Monsieur B_____, responsable du service juridique du CTI, a précisé qu'il avait le projet de revoir complètement les contrats-type et de bénéficier de l'avis éclairé du recourant sur l'ensemble de ceux-ci, afin de les améliorer et harmoniser. Le recourant l'avait également aidé à revoir les procédures en cours et pouvait proposer des procédés pour un meilleur contrôle. En 2006, le recourant était devenu beaucoup plus autonome, grâce aux compétences acquises en 2005, son travail nécessitant les compétences d'un juriste et ne pouvant pas être effectué par une secrétaire. En 2006, la tâche du recourant consistait essentiellement de jeter un second regard sur les contrats-type rédigés. Le témoin l'avait également laissé traiter des dossiers de A à Z, en particulier le dossier de Télécom, qu'il était seul à connaître dans le détail et avec qui il négociait exclusivement. A l'intérieur des heures d'ouverture de l'administration, le recourant était totalement libre d'organiser son travail dont la durée était contrôlée par le timbrage. Il devait travailler dans les locaux de l'administration, pour avoir accès à la documentation, notamment les contrats conclus par le CTI, et pour rencontrer les fonctionnaires qui devaient l'aider dans sa tâche. Le CTI avait pour politique de ne pas contracter avec des indépendants qui n'étaient pas inscrits au Registre du commerce. C'est le recourant qui avait proposé X_____ SA, dont il était ou avait été le directeur selon ses dires, pour conclure le mandat par l'intermédiaire de cette société. Le contrat avait été signé en tant que directeur par le recourant pour X_____ SA. Lorsque le recourant voulait prendre des vacances, il en avertissait le témoin. Il ne devait pas être présent pendant des jours précis. Toutefois, il était stipulé dans le contrat qu'il devait travailler environ 160 jours sur une année. C'était la mission qui justifiait l'intensité de la présence. Par ailleurs, il ne travaillait pas à 100% au CTI, ce qui lui donnait la possibilité de développer ses propres affaires, à savoir de chercher d'autres contrats. L'autonomie du recourant était comparable à celle du témoin, laquelle était particulièrement large au sein du CTI. Le recourant n'était pas obligé de respecter les heures de travail normales des fonctionnaires, était précisé qu'il travaillait en tout état de cause à un taux partiel.
18. Entendue lors de la même audience à titre de renseignements, l'épouse du recourant a déclaré qu'elle s'était occupée de la comptabilité et de l'administration pour des PME et d'autres sociétés étrangères qui s'installaient à Genève avec l'aide d'X_____ SA, son mari se chargeant de tout ce qui était contractuel. Comme

son mari n'avait pas la nationalité suisse à l'époque, elle s'était inscrite comme administratrice de la société. Le principal client était Z_____ SA qui, à fin 2004, lui avait proposé un contrat de travail à 100% qu'elle avait accepté. Elle avait néanmoins décidé de garder X_____ SA ainsi que deux petits clients, une société, dont elle gérait la comptabilité, et une résidence secondaire pour un client étranger. Elle n'avait pas participé à la négociation du contrat entre X_____ SA et le CTI, mais savait que c'était ce dernier qui avait imposé le montant horaire de la rémunération de son mari. Le contrat de travail conclu entre X_____ SA et son mari avait été calqué sur la durée du contrat avec le CTI. Il n'aurait pas été possible de prolonger le contrat de travail avec son mari, du fait qu'X_____ SA ne pouvait pas lui offrir du travail et n'avait donc plus les moyens de le rémunérer. Il n'y avait pas eu d'autres employés entre 2001 et 2006 chez X_____ SA. Le CTI avait exigé que l'engagement de son mari passe par une société inscrite au Registre du commerce. Elle n'avait aucune influence en 2006 sur le travail et l'horaire de son mari. Aucun contrat écrit n'avait été conclu entre X_____ SA et son mari. Quant à son salaire mensuel, il avait été fixé de sorte qu'une partie des honoraires facturés au CTI profite également à X_____ SA. Selon ses calculs, la différence entre les honoraires facturés, d'une part, et le salaire et les charges sociales payées, d'autre part, était de 24'000 fr. Cela avait permis à la société de faire quelques amortissements.

19. Le 3 mars 2008, le recourant a produit en copie les attestations de salaires d'X_____ SA durant les années 2001 à 2006, ainsi que le contrat de mandat conclu le 7 décembre 2005 entre X_____ SA, représentée par le recourant, et l'Etat de Genève, représenté par le CTI. Le préambule de ce contrat précise que l'intéressé, dans le cadre de l'emploi temporaire, avait travaillé en tant que juriste au sein du service juridique du CTI. A ce titre, il avait notamment aidé son responsable à gérer les dossiers courants et à harmoniser et rédiger certains contrats type. Ces missions n'étant pas achevées, le CTI souhaitait poursuivre la collaboration en engageant l'assuré en tant que mandataire pour la renégociation des contrats. Le mandat était censé débiter le 14 novembre 2005 et se terminer le 31 décembre 2006, « après un engagement de 160 jours/homme » (art. 2). Les honoraires convenus s'élevaient à 176'000 fr. hors taxes, ce montant étant basé sur une charge de travail estimée à 168 jours/homme pour un tarif quotidien forfaitaire de 1'100 fr. hors taxe par jour d'au moins huit heures de travail (art. 3). Les interlocuteurs respectifs des parties dans le cadre du contrat étaient le recourant, en sa qualité de directeur du mandataire, et Monsieur B_____, en sa qualité de responsable du service juridique pour le CTI (art. 6).
20. Dans sa détermination du 20 mars 2008, l'intimée a maintenu que le recours devait être intégralement rejeté, les enquêtes ayant démontré que le recourant n'avait nullement revêtu la qualité d'employé du CTI durant la période concernée. Bien au contraire, le contrat passé entre X_____ SA et le CTI, signé par le recourant en sa qualité de directeur de la société, était un contrat de mandat, ce qui concordait

avec les déclarations des témoins B_____ et C_____. Enfin, l'épouse du recourant avait déclaré en audience qu'elle avait maintenu la société X_____ SA pour le cas où elle voudrait reprendre son ancienne activité, ce qui démontrait qu'il existait le risque qu'une activité quelconque se développe à nouveau.

21. Par écriture datée du 28 mars 2008, le recourant a maintenu qu'il avait un statut de dépendant au sein du CTI, nonobstant les déclarations des témoins. En effet, les tâches exécutées en 2006 étaient strictement identiques à celles de 2005. De plus, le lieu de travail se trouvait pour l'essentiel dans les locaux du CTI et il était tenu à un horaire de travail, ainsi qu'à respecter les directives du CTI. Une réglementation spécifique régissait la rémunération des heures supplémentaires. Aucun contact n'avait d'ailleurs eu lieu entre X_____ SA et le CTI, ce qui avait été confirmé tant par les témoins B_____ et C_____ que par l'épouse du recourant. Celui-ci n'avait pas non plus été employé d'X_____ SA entre 2001 et 2005 si bien qu'il ne pouvait pas revêtir la qualité de directeur de la société pendant cette période. L'ensemble de ces éléments permettait de démontrer qu'il n'avait pas eu un statut d'indépendant dans le cadre de ses relations contractuelles avec le DCTI ou avec X_____ SA. Bien au contraire, il avait travaillé à titre dépendant, son employeur étant dans les faits le DCTI et non pas X_____ SA, ce qui lui ouvrait le droit à l'indemnité de chômage.
22. Le 4 avril 2008, l'intimée a fait valoir que la conclusion subsidiaire du recourant tendant à la restitution des cotisations versées devait aussi être rejetée, dès lors que le prélèvement des cotisations n'était pas du ressort de l'intimée mais de la Caisse cantonale genevoise de compensation.
23. 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 genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales 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) qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI).

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

2. Interjeté dans les forme et délai prescrits par la loi, le recours déposé le 1^{er} octobre 2007 contre la décision sur opposition de la caisse du 29 août 2007 est recevable (art. 56 et 60 LPGA).

3. Le litige porte sur le droit du recourant à l'indemnité de chômage du 1^{er} janvier au 31 mai 2007.
4. a) L'assuré a droit à l'indemnité de chômage notamment s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 8 al. 1 let. a LACI) et s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (art. 8 al. 1 let. b LACI et 11 LACI).

b) Selon la jurisprudence (ATF 123 V 234), 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'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, en particulier l'art. 31 al. 3 let. c LACI. Selon cette disposition légale, n'ont pas droit à l'indemnité 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.

A cet égard, il n'est pas admissible de refuser, de façon générale, le droit aux prestations aux employés au seul motif qu'ils peuvent engager l'entreprise par leur signature et qu'ils sont inscrits au registre du commerce. Il n'y a pas lieu de se fonder de façon stricte sur la position formelle de l'organe à considérer; il faut bien plutôt établir l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes. C'est donc la notion matérielle de l'organe dirigeant qui est déterminante, car c'est la seule façon de garantir que l'art. 31 al. 3 let. c LACI, qui vise à combattre les abus, remplisse son objectif (SVR 1997 ALV n° 101 p. 311 consid. 5d). En particulier, 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 sv. consid. 1b et 2; SVR 1997 ALV n° 101 p. 311 consid. 5c). La seule exception à ce principe que reconnaît le Tribunal fédéral des assurances 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 non publié du 29 août 2007, C 211/06, consid. 2.1 et 2.2 et les références ; ATF non publié du 20 janvier 2006, C 207/04, consid. 3).

c) 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 (cf. art. 8 al. 1 let. b LACI). 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 le 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. C'est la raison pour laquelle le Tribunal fédéral des assurances a posé des critères stricts permettant de lever d'emblée toute ambiguïté relativement à l'existence et à l'importance de la perte de travail d'assurés dont la situation professionnelle est comparable à celle d'un employeur.

Il n'y a pas de place, dans ce contexte, pour un examen au cas par cas d'un éventuel abus de droit de la part d'un assuré. Lorsque l'administration 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 il est statué 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 (ATF non publiés du 14 avril 2003, cause C 92/02 et du 29 août 2005, cause C 163/04).

d) De jurisprudence constante, l'inscription de l'assuré au registre du commerce (comme organe de la société) est décisive pour déterminer s'il occupe une position assimilable à celle d'un employeur; la radiation de l'inscription permet d'admettre sans équivoque que l'assuré a quitté la société (ATF non publié du 29 novembre 2005, cause C 175/04).

5. a) La jurisprudence étend l'exclusion du conjoint du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, au droit à l'indemnité de chômage (cf. ATF non publié du 17 novembre 2006, C 192/05, consid. 2 et les références, notamment arrêté du Tribunal fédéral des assurances en la cause M. du 26 juillet 1999 [C 123/99]).

En effet, les conjoints peuvent exercer une influence sur la perte de travail qu'ils subissent, ce qui rend leur chômage difficilement contrôlable. En outre, aussi longtemps que cette influence subsiste, il existe une possibilité de réengagement. Dans ce cas également, il s'agit de ne pas détourner la réglementation en matière d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, par le biais d'une disposition sur l'indemnité de chômage (ATF non publié du 7 décembre 2006, C 156/06, consid. 2 ; ATF du 29 août 2005, cause C 163/04).

b) La personne assurée qui a quitté l'entreprise dans laquelle son conjoint ou sa conjointe occupe une position comparable à celle d'un employeur n'a en principe droit à l'indemnité que si elle a perdu un emploi qu'elle occupait chez un autre employeur et qu'elle a accompli une période minimale de cotisation de six mois après son départ de l'entreprise de son conjoint, ou acquis une période de cotisation de douze mois hors de l'entreprise conjugale (circulaire du seco relative à l'indemnité de chômage, janvier 2007, chiffre B 31; ATF non publié du 20 février 2007, C 151/06, consid. 3 ; ATF non publié du 31 mars 2004, cause C 171/03).

6. En l'espèce, il est établi que durant les douze mois précédant son inscription à l'assurance-chômage, le recourant a été salarié de la société X_____ SA, dont son épouse était depuis 2001, et a continué à l'être, l'unique administrateur avec signature individuelle inscrit au registre du commerce. L'épouse du recourant a ainsi exercé et conservé, à tout le moins légalement, une influence sur les décisions de la société et se trouvait pendant les périodes déterminantes dans une position assimilable à celle d'un employeur, quelle que soit la répartition interne de la gestion au sein de la société.

Il ressort d'ailleurs des éléments du dossier que durant la période de cotisation, le recourant a été mis au bénéfice d'un contrat d'emploi temporaire cantonal d'une durée déterminée maximale de douze mois et deux jours. Dans ce cadre, il a effectivement travaillé du 14 janvier au 31 décembre 2005, d'abord pour le service du Tuteur général puis, dès le 28 avril 2005, pour le CTI, soit pendant une durée inférieure à douze mois (11 mois et 16,8 jours), étant précisé que c'est le recourant qui a mis fin à l'emploi temporaire cantonal (cf. attestation d'employeur du SMC).

Il convient ainsi de constater que le recourant a quitté l'entreprise dont son conjoint était l'unique administrateur et que, lors de son inscription au chômage, il n'avait pas accompli une période minimale de cotisation de six mois après le départ de l'entreprise conjugale, ni acquis une période de cotisation de douze mois hors de l'entreprise conjugale. Enfin, il n'y a pas eu de rupture définitive des liens avec cette société, qui a continué à exister et à être administrée par l'épouse du recourant durant la période pour laquelle l'indemnisation a été sollicitée. Ces éléments permettent en principe à eux seuls d'exclure le recourant du droit aux indemnités de chômage.

7. Le recourant soutient toutefois, et c'est son argument principal, qu'il était dans les faits un employé salarié du DCTI et non pas d'X_____ SA, dès lors que son activité pendant 2006 constituait le prolongement de son emploi temporaire cantonal de 2005, et devait donc être qualifiée d'activité dépendante selon les critères développés en matière de cotisations AVS (subordination, obligation de remplir la tâche personnellement, devoir de présence, etc.).

A cet égard, il n'est pas litigieux que le recourant ait revêtu la qualité de salarié pendant l'année 2006, des cotisations à ce titre ayant d'ailleurs été prélevées sur son salaire. Il n'est en revanche pas établi, au vu des pièces du dossier et des déclarations des parties et des témoins, que le recourant eut été le salarié du DCTI. D'une part, c'est X_____ SA qui a versé au recourant un salaire mensuel net de 7'444 fr., de janvier à décembre 2006, le salaire brut s'élevant à 9'000 fr. (cf. fiches de salaires et relevés bancaires). C'est aussi X_____ SA, et non pas le recourant, qui a facturé au DCTI les honoraires en relation avec l'intervention du recourant, les montants facturés s'élevant au total à 157'108 fr. 65 ; la société a ainsi réalisé un bénéfice brut de 24'878 fr. 05 sur le contrat de mandat. Partant, les honoraires qui ont été payés par le DCTI à X_____ SA étaient supérieurs au salaire qui a été versé au recourant. C'est donc bien X_____ SA qui a fixé le montant du salaire qui revenait au recourant, et par conséquent l'étendue des cotisations sociales qui devaient être prélevées, le DCTI n'ayant exercé aucune influence à cet égard.

De plus, le Tribunal de céans constate que le recourant a créé X_____ SA avec son épouse (cf. PV de comparution personnelle du 27 février 2008), qu'il en a été l'administrateur président entre 1997 et 2001 ainsi que son salarié en 1995 et entre 1997 et 2001. Il a enfin signé en décembre 2005 le contrat avec le DCTI, en sa qualité de directeur de cette société (cf. art. 6/3/a du contrat entre le DCTI et X_____ SA et PV d'enquêtes du 27 février 2008, audition C_____, p. 1 et audition B_____, p. 2), à un moment où, formellement, il n'occupait aucune fonction. A cela s'ajoute que la société est détenue par le recourant et son épouse à raison de 25% chacun (PV de comparution personnelle du 27 février 2008). Nonobstant sa démission du conseil d'administration de la société en 2001, le recourant avait ainsi conservé un certain nombre de prérogatives au sein de la société, lui permettant de la représenter vis-à-vis de tiers. Dans ces conditions, il était pour lui aisé de se faire engager en 2006 et d'en être le salarié.

Il y a encore lieu de constater que le contrat avec le DCTI, conclu d'emblée pour une durée déterminée, était censé occuper le recourant, d'après ses propres déclarations, à 60% pendant l'année 2006 (cf. PV de comparution personnelle du 27 février 2008, p. 2), ce qui devait lui permettre de développer ses propres affaires (déclarations des témoins C_____ et B_____, PV d'enquêtes du 27 février 2008). En revanche, le recourant a été engagé à plein temps et pour une durée indéterminée par X_____ SA (cf. demande d'indemnité de chômage du

3 janvier 2007 ; attestation de l'employeur du 10 janvier 2007 et lettre de licenciement du 27 novembre 2006), ce qui démontre que l'emploi pour X_____ SA ne coïncidait pas avec le contrat de mandat conclu avec le DCTI et n'était pas censé se terminer avec celui-ci.

Tous ces éléments démontrent à satisfaction de droit que le recourant n'a pas été un salarié du DCTI au sens de l'assurance-chômage durant l'année 2006, mais bien un employé d'X_____ SA, entreprise dans laquelle son épouse occupait la position légale d'un employeur, ce qui l'exclut, pour les motifs exposés ci-dessus, du droit à l'indemnité de chômage. Dans ces circonstances, la question de savoir si, vu son statut de membre fondateur de la société, d'actionnaire, d'ancien administrateur et d'organe de fait, le recourant ne doit pas être lui-même assimilé à son propre employeur, peut demeurer ouverte. Aussi longtemps qu'X_____ SA est maintenue en activité et que l'épouse du recourant en est l'administratrice, le risque de réengagement du recourant par la société, même s'il peut être qualifié de faible compte tenu des explications du recourant et de son épouse au sujet de la mauvaise marche des affaires, n'est pas inexistant. C'est le lieu de rappeler que la loi entend sanctionner le risque d'abus, que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant lui-même ou son conjoint d'une situation comparable à celle d'un employeur, et non pas l'abus avéré comme tel. Partant, le Tribunal de céans ne peut que confirmer la décision litigieuse.

8. Subsidiairement, le recourant requiert la restitution des cotisations d'assurance-chômage payées durant la période du 1er janvier au 31 décembre 2006.

a) Dans la procédure juridictionnelle administrative, ne peuvent être examinés et jugés, en principe, que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée préalablement d'une manière qui la lie, sous la forme d'une décision. Dans cette mesure, la décision détermine l'objet de la contestation qui peut être déféré en justice par voie de recours. En revanche, dans la mesure où aucune décision n'a été rendue, la contestation n'a pas d'objet, et un jugement sur le fond ne peut pas être prononcé (ATF non publié du 29 août 2007, C 211/06, consid. 3 et les références citées ; ATAS/928/2007 du 3 septembre 2007).

b) En l'occurrence, il n'existe pas de décision au sujet de la restitution éventuelle des cotisations en cause. La conclusion subsidiaire du recours est donc irrecevable (cf. ATF non publié C 211/06, du 29 août 2007, consid. 3).

9. Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté et la décision querellée confirmée.

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

Statuant

1. Rejette le recours dans la mesure où il est recevable.
2. Dit que la procédure est gratuite.
3. 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); 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

Claire CHAVANNES

Maya CRAMER

La secrétaire-juriste :

Verena PEDRAZZINI
RIZZI

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