

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4469/2009

ATAS/558/2010

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

**Chambre 2
du 25 mai 2010**

En la cause

Monsieur S _____, domicilié à GENEVE

recourant

contre

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

intimé

**Siégeant : Sabina MASCOTTO, Présidente; Christine BULLIARD MANGILI et
Patrick MONNEY, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur S_____ (ci-après l'assuré), a créé le 15 juillet 2003 une société à responsabilité limitée X_____ Sàrl (ci-après la société) active dans le conseil, le coaching, l'assistance, etc. dans les domaines des médias, de l'informatique et de la communication, notamment. Il en est l'unique associé et gérant selon le Registre du commerce.
2. Selon les comptes de la société, la marche des affaires de celle-ci a été en déclinant, les honoraires des clients se sont élevés à 441'000 fr. (juillet 2003-décembre 2004), 213'225 fr. (2005), 146'000 fr. (2006), 44'000 fr. (2007) et 82'000 (2008). La société a versé un salaire brut à l'assuré de 228'000 fr.(2003-2004), 122'400 (2005), 114'000 (2006), 108'000 (2007) et 24'000 (2008). Ces montants correspondent à ceux déclarés à l'AVS, sauf pour l'année 2007, car en raison d'un accident de l'assuré, l'assurance perte de gain a versé 55'631 fr. d'indemnités.
3. Le 3 août 2009, l'assuré s'est inscrit auprès de la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la caisse) et a sollicité le versement d'indemnités de chômage pour une aptitude au placement de 80%.
4. Sur la demande d'indemnités signée le 26 août 2009, l'assuré a déclaré avoir travaillé à 100% auprès de la société d'octobre 2004 au 31 décembre 2007, puis avoir réduit son temps de travail à 20% en raison d'un chiffre d'affaire insuffisant.
5. Par pli du 26 août 2009, l'assuré a précisé qu'après un début florissant, le chiffre d'affaire de sa société, dont il était salarié, avait baissé au point qu'il avait dû réduire son salaire de 9'000 fr., pour un 100%, à 2'000 fr, pour une activité réduite à 20% et ce dès le 1^{er} janvier 2008. Il a indiqué qu'il aurait dû s'inscrire à ce moment-là au chômage, mais comptait sur une reprise et pensait pouvoir vivre des bénéfices mis de côté les premières années soit environ 200'000 fr. Malheureusement, tout ce montant, ainsi que son épargne personnelle avaient été dépensés en salaire. Il avait donc accumulé des dettes. Il ne pouvait pas radier sa société, souhaitant garder une activité à 20% qui lui permettrait après de se relancer avec beaucoup plus de souplesse. Il avait par ailleurs obtenu des heures d'enseignement auprès d'une haute école de Genève en 2008 et 2009. Il sollicitait ainsi une prise en charge d'indemnités de chômage à 80%. Pour l'année 2009, il n'avait aucune occupation, ni rentrée de chiffre d'affaires qui lui permettait de payer les 20% de salaire pour la société et il ne travaillait pas pour les 80% restant.
6. La caisse a requis la preuve du versement des cotisations et salaires relatifs à son activité auprès de la société durant les deux années précédant sa demande d'indemnités.

7. Le 14 septembre 2009, l'assuré a remis son relevé de compte bancaire personnel, ainsi que celui de la société, un extrait de compte de cotisation de la FER-CIAM, l'attestation fiscale de 2007 et sa déclaration d'impôts de 2008.
8. Le 15 septembre 2009, la caisse a reçu une attestation d'employeur de l'Etat de Genève, établie le 28 août 2009, indiquant que l'assuré était employé sur appel en qualité de vacataire HES depuis le 5 novembre 2008.
9. Par décision du 1^{er} octobre 2009, l'assuré a été informé qu'aucune suite ne pouvait être donnée à sa demande au motif que sa perte d'emploi auprès de la société était incontrôlable et partant, seule une rupture totale de ses liens avec celle-ci pourrait le faire bénéficier d'une indemnité de chômage. Les relevés de compte bancaire ne mentionnaient pas précisément le versement de salaires, ceux-ci ne pouvaient être considérés comme prouvés et aucune activité salariée ne pouvait par conséquent être reconnue.
10. Le 17 octobre 2009, l'assuré a formé opposition contre cette décision, expliquant être totalement transparent quant à ses rapports avec la société et reconnaissant que l'objectif est de faire repartir son entreprise. Il a rappelé être à la recherche d'un emploi à 80%. S'agissant du versement effectif des salaires, il a transmis des relevés de compte bancaire plus clairs.
11. Par décision du 11 novembre 2009, la caisse a rejeté l'opposition. L'assuré avait certes apporté la preuve du versement des salaires par la société. Une activité soumise à cotisations auprès de celle-ci pouvait par conséquent être reconnue. L'assuré ne pouvait cependant pas prétendre à l'octroi d'une indemnité de chômage tant qu'il conservait un statut assimilable à celui d'un employeur au sein de la société.
12. Par acte du 9 décembre 2009, l'assuré a interjeté recours contre la décision, faisant valoir sa transparence totale et sa bonne foi sans faille. Il explique qu'il garde sa société dans le but de pouvoir la relancer dès que cela est possible.
13. Par réponse du 15 janvier 2010, l'intimée a conclu au rejet du recours pour les motifs indiqués dans la décision litigieuse.
14. Par pli du 18 janvier 2010, le recourant a mis en avant sa bonne foi. Il explique notamment que la société lui doit 108'000 fr., ce qui l'oblige à la garder.
15. Le 16 février 2010, le Tribunal de céans a entendu les parties. Le recourant a expliqué notamment avoir créé son entreprise en 2003, après une période de chômage. Il avait pu se verser un salaire de 9'000 fr. par mois, depuis la création de l'entreprise et jusqu'à mi 2007, et de la sorte faire des économies. De plus, il avait pu faire des réserves dans le cadre de l'entreprise. Les 4'000 fr. que la société lui verse mensuellement depuis janvier 2008 sont du salaire courant à hauteur de

2'000 fr. et le paiement de salaires "arriérés", à savoir le bénéfice fait durant les années précédentes et qui ne lui a pas été versé en tant que salaire. Il s'agit des réserves évoquées plus haut. Il a confirmé faire tous les paiements de la société. S'il avait diminué son salaire de 9'000 fr. à 2'000 fr. par mois, c'est en raison du fait que son chiffre d'affaires ne lui permettait plus de se verser un tel salaire. Il avait fixé le montant à 2'000 fr. pour être dans les normes LPP. Il était le seul salarié de la société. Enfin, le recourant a confirmé ne pas souhaiter abandonner sa qualité d'employeur et d'unique animateur de la Sàrl. Il s'agit d'un moyen de faire transiter les flux financiers provenant des divers cours qu'il donne et il garde espoir de remonter des affaires. De plus, la société lui doit plus de 100'000 fr. mais n'a pas de liquidités. Liquider la Sàrl reviendrait à renoncer au recouvrement de cette somme. Enfin, il fait valoir qu'il a toujours été de bonne foi.

16. Par pli du même jour, le recourant a notamment décrit sa situation familiale et professionnelle. Il a réitéré sa bonne foi.
17. Par ordonnance du 17 février 2010, le Tribunal de céans a requis de la part du recourant, notamment, le bilan et les comptes de pertes et profits pour les années 2003, 2004, 2005 et 2009, ainsi que les relevés des mouvements des comptes dont le recourant est titulaire, ainsi que ceux de la société de janvier 2004 à décembre 2007.
18. Par plis des 17 février et 8 mars 2010, le recourant a transmis les documents requis.
19. Sur ce, la cause a été gardée à juger par le Tribunal de céans le 9 mars 2010.

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. La LPGA est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003 entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 230 consid. 1.1,

335 consid. 1.2, 129 V 4 consid. 1.2, 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références). En l'espèce, le recours concerne le droit à des prestations postérieures à l'entrée en vigueur de la LPGA. En conséquence, sur le plan matériel, cette dernière s'applique au présent litige. Quant aux règles de procédure, elles sont applicables, sauf dispositions transitoires contraires, à tous les cas en cours dès l'entrée en vigueur de la LPGA (ATF 131 V 314 consid. 3.3, 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b).

3. Pour les mêmes motifs, les dispositions de la nouvelle du 22 mars 2002 modifiant la LACI (3^{ème} révision), entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003 (RO 2003 1728), ainsi que les dispositions de l'OACI modifiées le 28 mai 2003, entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2003 également (RO 2003 1828), ayant entraîné un certain nombre de modifications en matière d'indemnisation en cas d'insolvabilité (voir art. 52 al. 1, 55 al. 2 et 58 LACI) sont applicables.
4. Interjeté dans les forme et délai prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56 à 60 LPGA).
5. Le litige porte sur le droit du recourant à des indemnités de l'assurance-chômage.
6. 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). Est réputé sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et qui cherche à exercer une activité à plein-temps (art. 10 al. 1 LACI). Selon l'art. 10 al. 2 LACI, est réputé partiellement sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et cherche à n'exercer qu'une activité à temps partiel (let. a) ou occupe un emploi à temps partiel et cherche à le remplacer par une activité à plein-temps ou à le compléter par une autre activité à temps partiel (let. b) (ATF 121 V 355 consid. 2).

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 (arrêt du 29 août 2005 dans la cause C 163/04). 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. 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 co-décision ou co-responsabilité 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 (cf. 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 RC et examinera 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).

7. En l'occurrence, durant les deux ans précédant sa demande d'indemnités de chômage, soit du 3 août 2007 au 2 août 2009, le recourant allègue avoir travaillé auprès de la société à 100% jusqu'au 31 décembre 2007, puis à 20%. Il sollicite dès

lors l'octroi d'indemnités de chômage pour la perte de travail correspondant au 80%.

Le Tribunal de céans relèvera que la société, créée par le recourant le 15 juillet 2003, n'a pas cessé d'exister. De plus, le recourant en est toujours l'associé-gérant unique, avec signature individuelle. Cette circonstance permet déjà, à elle seule, d'exclure le droit du recourant aux indemnités de chômage. En effet, l'inscription de l'assuré au Registre du commerce (comme organe de la société) constitue un critère aisément vérifiable et important pour déterminer si une personne ayant une position assimilable à celle d'un employeur a droit à l'indemnité de chômage (ATFA non publié du 20 janvier 2006, C 207/04, consid. 3.3).

Qui plus est, le recourant a, à plusieurs reprises, rappelé que son but est de relancer les affaires de la société dès que possible. De par sa position particulière et ses intentions, le recourant peut dès lors exercer une influence sur la perte de travail qu'il subit, ce qui rend justement son chômage difficilement contrôlable. Le fait que le recourant se dise obligé de garder la société car celle-ci lui doit 108'000 fr. ne saurait, quoi qu'il en soit, justifier que l'on s'écarte de la jurisprudence rigoureuse en la matière.

Force est dès lors de constater qu'il y a donc bien un risque d'abus, lequel suffit à nier le droit à l'indemnité de chômage.

8. Quand bien même le recourant ne l'invoque pas, il y a lieu de déterminer s'il subit une perte de travail en raison de son activité auprès de l'Etat de Genève exercée dès le 5 novembre 2008.

Selon l'art. 11 LACI, il y a lieu de prendre en considération la perte de travail lorsqu'elle se traduit par un manque à gagner et dure au moins deux journées de travail consécutives (al. 1er). À cet égard, l'art. 4 al. 1^{er} de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 31 août 1983 (Ordonnance sur l'assurance-chômage, OACI ; RS 837.02) précise qu'est réputée jour entier de travail, au sens de l'art. 11 al. 1 LACI, la cinquième partie de la durée hebdomadaire du travail que l'assuré a normalement accomplie durant son dernier rapport de travail. La perte de travail des assurés partiellement sans emploi (art. 10 al. 2 let. b LACI) est prise en considération lorsqu'elle s'élève au moins à deux jours entiers de travail en l'espace de deux semaines (art. 5 OACI).

On détermine en règle générale s'il y a perte de travail à prendre en considération selon le critère de l'horaire habituel dans l'activité concernée et le cas particulier. Cela étant, en cas de convention particulière, c'est cet horaire de travail qui est déterminant.

Dans un contrat de travail sur appel, les parties conviennent que le temps de travail dépend du volume du travail, c'est-à-dire que le travailleur est occupé au cas par

cas sans droit de se voir donner du travail. Aucun temps d'occupation minimum n'étant convenu contractuellement, cette forme de travail sur appel ne garantit au travailleur ni un certain volume d'occupation, ni un certain revenu ; il ne subit dès lors, dans les périodes où il n'est pas appelé à travailler, ni perte de travail, ni perte de gain au sens de l'art. 11 al. 1 LACI, puisqu'il ne peut y avoir de perte de travail à prendre en considération que si un temps de travail hebdomadaire normal a été convenu entre l'employeur et le travailleur (cf. circulaire du SECO relative à l'indemnité de chômage de janvier 2007 [ci-après : IC 2007], chiffre B95). Si le contrat stipule que le salarié ne travaille que sur appel de l'employeur et qu'il n'est pas obligé d'accepter les missions proposées, le temps de travail résultant de cet accord spécial doit être considéré comme normal et le travailleur n'a partant pas droit à l'indemnité de chômage pour le temps où il n'est pas appelé à travailler.

Par conséquent, selon la jurisprudence, le travailleur sur appel ne subit en principe pas de perte de travail, respectivement pas de perte de gain à prendre en considération lorsqu'il n'est pas appelé. Exceptionnellement, lorsque les appels diminuent après que l'assuré a été appelé de manière plus ou moins constante pendant une période prolongée (période de référence), une telle perte de travail et de gain peut être prise en considération. Plus les appels ont été réguliers, plus la période de référence sera courte. En revanche, si la fréquence des appels varie d'un mois à l'autre et que la durée des interventions subit d'importantes fluctuations, la période de référence sera d'autant plus longue. L'horaire de travail normal ne peut être calculé simplement sur la moyenne (ATF 107 V 61 consid. 1 et les références citées ; ATFA non publié du 20 janvier 2006, C 304/05, consid. 2.1).

Selon le chiffre B97 de la circulaire IC 2007, pour qu'un temps de travail puisse être présumé normal, il faut que ses fluctuations mensuelles ne dépassent pas 20%, en plus ou en moins, du nombre moyen des heures de travail fournies mensuellement pendant la période d'observation de douze mois ou 10% si cette période est de six mois seulement. Si la période d'observation est inférieure à douze mois, mais supérieure à six, le taux plafond des fluctuations admises sera proportionnellement ajusté; pour une période d'observation de huit mois par exemple, ce plafond est de 13 % (20 % : 12 x 8). Si les fluctuations dépassent ne serait-ce qu'un seul mois le plafond admis, il ne peut plus être question d'un temps de travail normal et, en conséquence, la perte de travail et la perte de gain ne peuvent pas être prises en considération. Enfin, en dessous de six mois d'occupation, il paraît très difficile de déterminer de manière probante ce que représente le temps de travail normal (RUBIN, Assurance-chômage, Perte de travail à prendre en considération, in Swisslex ; cf. chiffre B96 IC 2007 : « En dessous de six mois d'occupation, il est impossible de déterminer le temps de travail normal »).

9. En l'espèce, il ressort de l'attestation établie le 28 août 2009 par l'Office du personnel de l'Etat de Genève que le recourant est employé sur appel en qualité de vacataire HES depuis le 5 novembre 2008. En ce qui concerne le temps de travail

fourni, il apparaît qu'au moment de l'inscription au chômage, le 3 août 2009, les rapports de travail avaient duré 9 mois, ce qui correspond à un taux plafond des fluctuations admises de 15% ($20\% / 12 \times 9$).

Or, les variations mensuelles de salaire par rapport au salaire moyen de la période précédant l'annonce au chômage, s'avèrent supérieures à 15%. En effet, les décomptes de salaires établis par l'employeur laissent apparaître les montants suivants : 8'482 fr. 50 en février 2009, 2'743 fr. 25 en mars 2009, 806 fr. 70 en mai 2009 et 2'222 fr. 20 en août 2009 (pièce 14 intimée).

Il s'ensuit qu'aucune perte de travail ne peut être prise en compte s'agissant de l'activité déployée par le recourant auprès de l'Etat de Genève.

10. Eu égard aux considérations qui précèdent, le recours doit être rejeté.

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

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La Présidente

Florence SCHMUTZ

Sabina MASCOTTO

La secrétaire-juriste : Amélia PASTOR

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