

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4482/2008

ATAS/1155/2009

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 2

du 22 septembre 2009

En la cause

Monsieur H_____, domicilié à GENEVE

recourant

contre

CAISSE DE CHOMAGE UNIA, p.a Office de paiement 60121,
sise rue Necker 17, GENEVE

intimée

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

appelée en
cause

**Siégeant : Isabelle DUBOIS, Présidente; Christine BULLIARD MANGILI et Evelyne
BOUCHAARA, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur H_____ (ci-après le recourant) s'est inscrit une première fois auprès de la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE (ci-après l'appelée en cause), et un délai cadre a été ouvert en sa faveur du 15 juillet 2005 au 14 juillet 2007.
2. Depuis le 15 octobre 2005, le recourant a été inscrit auprès du Registre du commerce (ci-après RC) en qualité d'associé de la société X_____ Sàrl (ci-après la société), sans signature, pour une part de 4'000 fr. M. I_____ en était l'associé gérant avec signature individuelle, pour une part de 15'000 fr. M. J_____ était inscrit en qualité d'associé, sans signature, pour une part de 1'000 fr.
3. Par décision du 9 mars 2006, l'appelée en cause a nié le droit aux indemnités de chômage du recourant, à partir du 14 octobre 2005, pour inaptitude au placement.
4. Le recourant a travaillé pour la société jusqu'au 30 juin 2007, date pour laquelle il a été licencié. Après une activité salariée de trois mois chez ADECCO, puis une activité salariée de 2,5 mois pour la société X_____ AG, le recourant s'est inscrit à nouveau, en date du 15 janvier 2008, auprès de la CAISSE DE CHOMAGE UNIA (ci-après l'intimée).
5. Considérant que le recourant a conservé une position analogue à celle d'un employeur, auprès de la société, entrée en liquidation le 27 février 2008, l'intimée a nié le droit aux indemnités de chômage du recourant par décision du 30 avril 2008.
6. Dans son opposition, le recourant fait valoir d'une part qu'il n'a plus aucune influence sur la marche de la société et d'autre part qu'il justifie de 12 mois de cotisation dans le délai cadre de cotisation du 1er février 2006 au 31 janvier 2008, précisant qu'il sollicite l'indemnisation depuis le 1er février 2008.
7. Dans l'examen de cette opposition, l'intimé a constaté que son délai cadre précédent avait été interrompu par la prise d'une activité d'indépendant, de sorte que le délai cadre d'indemnisation devait être prolongé, ce qui est de la compétence de la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, auquel le dossier a été renvoyé.
8. Le 18 juin 2008, le recourant s'est inscrit à nouveau auprès de cette dernière et a sollicité la prolongation de son délai cadre d'indemnisation. L'appelée en cause a refusé cette prolongation, indiquant qu'une personne occupant une position assimilable à celle d'un employeur qui travaille dans sa propre société n'est pas considérée comme une personne indépendante et ne bénéficie pas dès lors de cette prolongation. Cela étant, le traitement de l'opposition était du ressort de l'intimée, auquel le dossier était renvoyé.

-
9. Par décision sur opposition du 10 novembre 2008, la caisse intimée a rejeté l'opposition, au vu de la position assimilable à celle d'un employeur du recourant, toujours inscrit au RC.
 10. Dans son recours du 8 décembre 2008, le recourant rappelle que la société est en liquidation depuis le 27 février 2008, et qu'il n'en est pas le liquidateur ; durant cette procédure, les associés ne sont pas autorisés à obtenir leur radiation du RC ; il a retrouvé un travail depuis le 1er décembre 2008. Il conclut d'une part à la prolongation de son délai cadre d'indemnisation, invoquant une jurisprudence du Tribunal fédéral, d'autre part à ce que le droit à l'indemnité lui soit reconnu dans la mesure où il ne dispose plus d'aucun pouvoir au sein de la société, ni d'aucune influence ; il sollicite le versement des indemnités journalières rétroactivement au 27 février 2008, date de la mise en liquidation de la société.
 11. Dans sa réponse du 13 janvier 2009, l'intimée conclut au rejet du recours.
 12. Par ordonnance du 15 janvier 2008, le Tribunal a ordonné l'appel en cause de la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, et lui a fixé un délai pour se déterminer.
 13. Par écriture du 13 mars 2009, cette dernière explique qu'une prolongation du délai cadre ne se justifie en l'espèce pas, car le recourant a cotisé en qualité de salarié pour la société qui l'employait, pendant plus d'une année, de sorte qu'il remplit la condition relative à la période de cotisation. La prolongation du délai cadre vise les situations où une personne a pris une activité d'indépendant, non soumise à cotisation, puis met fin à cette activité d'indépendant, sans pouvoir bénéficier des prestations de l'assurance-chômage pour défaut de paiement de cotisations durant cette période d'activité indépendante. Par ailleurs, si le recourant devait être considéré comme ayant eu une position assimilable à celle d'un employeur, ce fait l'empêcherait également de bénéficier d'une prolongation du délai cadre car il est réputé avoir toujours une activité tant que la société est inscrite au RC ; s'il démontre ne plus avoir aucun pouvoir décisionnel, cette circonstance permettrait alors d'ouvrir un nouveau délai cadre d'indemnisation, ce qui exclut par conséquent la prolongation du précédent délai cadre.
 14. Le Tribunal de céans a ordonné la comparution personnelle des parties, qui s'est tenue le 21 avril 2009. À cette occasion, le recourant a confirmé que la question litigieuse était circonscrite à la période du 27 février 2008 au 1er décembre 2008. L'associé gérant est devenu le liquidateur de la société et vit actuellement à Bali. C'est lui qui a décidé de mettre fin à toutes les activités de la société, en particulier à la sienne, en raison des mauvais résultats financiers, avec l'avis du troisième associé, qui s'occupait de la comptabilité de la société. Son propre avis lui a été demandé uniquement pour la forme. Sur quoi, le Tribunal a ordonné l'ouverture des enquêtes. Dans l'intervalle, le recourant a produit les statuts de la société ainsi que le contrat de bail des anciens locaux.

15. En date du 8 septembre 2009, le Tribunal a procédé à l'audition de Monsieur J _____ en qualité de témoin. Celui-ci a déclaré ce qui suit :

« J'ai été l'associé de la société X _____ Sàrl, depuis sa création en janvier 2005. J'étais à l'époque salarié dans une entreprise, je m'occupais de la comptabilité de la Sàrl, ce qui m'occupait environ une heure par semaine dans les locaux et deux heures par semaine chez moi.

S'agissant du rôle du recourant dans la société, j'explique que c'est lui qui organisait concrètement les événements, conformément au but de la Sàrl, seul, avec parfois l'appui de Monsieur I _____. C'est donc lui qui recherchait la clientèle, qui concluait les contrats et qui finalement organisait les événements.

Sur question j'indique que Monsieur I _____ pour sa part donnait son appui tant à Monsieur H _____ qu'à moi-même, par exemple par le biais de ses relations, il mettait concrètement la main à la pâte. Je ne saurais dire combien de temps il consacrait à la société, au début il n'avait pas d'autre activité, ensuite il avait une activité en parallèle. Je dirais que le recourant était autonome dans son activité au quotidien, par exemple il n'avait pas à soumettre pour approbation les contrats qu'il concluait. En théorie Monsieur I _____ aurait eu un droit de veto, en qualité de seul associé avec signature et de principal associé, mais concrètement il ne l'exerçait pas, nous étions dans un rapport de confiance. Dans ce métier, la décision de mettre en route un nouvel événement dépend immédiatement des résultats financiers obtenus lors du précédent. La plupart de nos événements se tenaient de façon régulière, pouvait s'ajouter de cas en cas un événement particulier.

Vous m'interrogez sur le motif qui a conduit à la dissolution de la société lors de l'assemblée générale extraordinaire du 25 février 2008. J'explique que le motif en était le manque de résultat et de liquidités, au vu de mes constatations comptables une tendance négative se confirmait, qui commandait que l'on prenne les décisions adéquates. Déjà en juillet 2007 nous avons dû renoncer à nos locaux et nous n'avons pas pu honorer le salaire de Monsieur H _____ depuis lors, qui était de 3'000 fr. brut par mois environ. Il est resté concrètement au service de la société sans salaire jusqu'en février 2008. En fait, les activités se sont essouffées petit à petit, les événements ont rapporté de moins en moins, malgré tous les efforts de Monsieur H _____ qui n'a pas ménagé sa peine. La société a d'ailleurs toujours eu des pertes, croissantes. En juillet 2007 nous avons fait le choix de ne plus verser le salaire du recourant de façon à pouvoir honorer nos créances. C'était une décision pour le bien de la société que Monsieur I _____ et moi-même avons prise. La décision de dissolution a été prise sur ma suggestion, Monsieur H _____ ne s'y est pas opposé mais la signature des trois était requise. J'ai toujours eu un œil extérieur, lié purement aux chiffres. J'étais opposé à ce que l'un de nous trois se désolidarise. Je précise que Monsieur I _____ avait déjà dû mettre de l'argent de sa poche, une fois le capital de base utilisé, et que je dois actuellement faire de même. Si la liquidation, toujours en cours, a pris du retard

c'est parce que j'avais cru comprendre qu'il fallait attendre un an depuis la décision de dissolution, ce qui n'était apparemment pas nécessaire.

Sur question j'indique qu'au moment de l'assemblée générale susmentionnée, la situation comptable était telle qu'une relance de la société aurait été très difficile, cela aurait par exemple supposé que deux personnes bénévoles y travaillent jusqu'à décrocher suffisamment de contrats, ou alors que l'un d'entre nous ou un tiers investisse de l'argent. Notre volonté n'était pas de maintenir cette société active.

Aux mauvais résultats, indiscutables, s'ajoutent que, pour ma part je n'avais plus le temps ni l'envie d'avoir des soucis, je venais d'être papa et que, d'autre part Monsieur I_____ n'avait plus envie non plus de s'investir dans ces conditions. Je maintiens que la décision prise était la seule raisonnable. Vous me demandez si Monsieur H_____ pesait peu dans la balance, il pesait 33% comme chacun d'entre nous.

Il est juste de dire que Monsieur H_____ détenait un savoir-faire, Monsieur I_____ également, mais c'est Monsieur H_____ qui avait la motivation de s'y consacrer. Monsieur I_____ a quitté la Suisse en mars 2009, il est de retour depuis peu. Il vit à Genève.

A la question de savoir si postérieurement à la décision de dissolution il eut été possible, de quelque manière que ce soit, à Monsieur H_____ de redémarrer l'activité, je réponds clairement par la négative. Cela n'a rien à voir avec ses compétences. Monsieur I_____ et moi-même avons décidé de tourner la page. La société avait d'ailleurs déposé une marque, Z_____, au nom de laquelle la majorité de nos événements étaient effectués, et que la société a vendue peu après la dissolution ».

16. À l'issue des enquêtes, les parties ont expressément renoncé à s'exprimer par écrit, de sorte que 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. La LPGA, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, est applicable au cas d'espèce.

3. Le recours, interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, est recevable (art. 56 à 60 LPGa).
4. La question litigieuse principale est de savoir si le recourant a droit ou non à l'indemnité journalière pour la période postérieure à son inscription, le 15 janvier 2008 - respectivement dès le 27 février 2008, date indiquée par le recourant -, ce que l'intimée conteste considérant qu'il a conservé une position assimilable à celle d'un employeur.
5. À ce sujet on rappellera préalablement qu'en vertu de l'art. 8 al. 1^{er} LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a), s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (let. b), s'il est domicilié en Suisse (let. c), s'il a achevé sa scolarité obligatoire, qu'il n'a pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touche pas de rente de vieillesse de l'AVS (let. d), s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (let. e), s'il est apte au placement (let. f) et s'il satisfait aux exigences du contrôle (let. g). Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 218 consid. 2).

S'agissant des conditions relatives à la période de cotisation, l'art. 13 al. 1^{er} LACI dispose que celui qui, dans les limites du délai cadre prévu à cet effet, a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation remplit les conditions relatives à la période de cotisation. Des délais cadres de deux ans s'appliquent aux périodes d'indemnisation et de cotisation. Le délai cadre d'indemnisation commence à courir le premier jour où toutes les conditions dont dépend le droit à l'indemnité sont réunies; le délai cadre de cotisation commence à courir deux ans plus tôt. Lorsque le délai cadre d'indemnisation est écoulé et que l'assuré demande à nouveau l'indemnité de chômage, de nouveaux délais cadres de 2 ans sont ouverts pour les périodes d'indemnisation et de cotisation (cf. at. 9 LACI).

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 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 (ATF 123 V 234, consid. 7b/bb ; ATFA non publié du 29 juin 2004, C 65/04, consid. 2). 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 évidemment d'admettre sans équivoque que l'assuré a quitté la société (ATFA non publié du 29 novembre 2005, C 175/04, consid. 3.2).

Le TFA 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 a ainsi nié le droit aux indemnités à un employé également administrateur unique et actionnaire unique, licencié pour raisons économiques et qui avait repris une activité salariée restreinte au sein de la société (cf. ATFA du 6 mars 2002 cause C/92/02). S'agissant par ailleurs du droit de sous-directeurs d'une grande entreprise à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, le TFA a précisé que le point de savoir si un employé est membre d'un organe dirigeant de l'entreprise et, par conséquent, exclu du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, doit être tranché compte tenu du pouvoir de décision dont il jouit effectivement, en fonction de la structure interne de l'entreprise. Il n'est pas admissible de refuser en règle générale le droit à l'indemnité à des employés exerçant des fonctions dirigeantes, pour l'unique motif qu'ils sont autorisés à représenter l'entreprise par leur signature et inscrits au registre du commerce (ATF 120 V 521 et ss). Pour les administrateurs, le principe est d'exclure le droit aux indemnités car ils disposent ex

lege d'un pouvoir déterminant (ATF 122 V 273 ; ATFA du 24.03.04 cause C 113/01).

6. En l'espèce, au vu des règles rappelées ci-dessus le Tribunal de céans constate que le recourant ne saurait être assimilé à un employeur. Les éléments ressortant du RC en donnent déjà l'indice, puisque le recourant n'était pas associé gérant, n'est pas le liquidateur de la société, et n'a jamais eu de signature. L'instruction de la cause a, par ailleurs, permis de confirmer les allégations du recourant, selon lesquelles il n'avait plus d'influence sur les décisions prises par la société, et ce dès son licenciement, et non pas seulement dès l'entrée en liquidation de la société. En effet, le recourant détenait le savoir-faire nécessaire à la mise en œuvre du but de la société. Salarié à plein temps de celle-ci, il était responsable de l'opérationnel. Pour les décisions prises en commun, il détenait un tiers du pouvoir de décision. S'agissant de l'entrée en liquidation de la société, il n'a pu que se plier à la décision des deux autres associés, prise sur la base des chiffres comptables qui ne permettaient pas raisonnablement la poursuite de l'activité. Le témoin a confirmé que, postérieurement à la décision de dissolution, il n'eut pas été possible au recourant de redémarrer l'activité. Les deux autres associés avaient décidé de tourner la page. La société ne disposait d'ailleurs plus de la marque, Z_____, au nom de laquelle la majorité des événements étaient effectués. De même a-t-il confirmé que la situation comptable était telle qu'une relance de la société aurait été très difficile et aurait nécessité, par exemple, que deux personnes bénévoles y travaillent jusqu'à décrocher suffisamment de contrats, ou alors que l'un des deux autres associés ou un tiers investisse de l'argent.

Ainsi, l'octroi du droit à l'indemnité journalière au recourant ne crée aucun risque d'abus, au sens de la jurisprudence susmentionnée, la perte de travail ayant suivi son licenciement étant tout à fait contrôlable. Il s'ensuit que le recourant a droit au versement de l'indemnité journalière à partir de son inscription, le 15 janvier 2008. C'est à partir de cette date, en effet, que les conditions d'ouverture du droit sont remplies, en particulier la condition des 12 mois de cotisation dans le délai cadre de cotisation qui s'étend du 15 janvier 2006 au 14 janvier 2008 (14 mois de cotisation salariée pour la société, trois mois pour ADECCO et 2,5 mois pour X_____ AG). C'est le lieu de rappeler que le Tribunal établit d'office les faits déterminants pour la solution du litige, et peut accorder plus qu'il n'est demandé (cf. art. 61 LPGa). Vu ce qui précède, il est inutile d'examiner la question relative à la prolongation du délai cadre.

7. Les décisions litigieuses seront par conséquent annulées, et le dossier renvoyé à l'intimé pour calcul et versement des indemnités journalières dues au recourant.

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

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet et annule les décisions des 30 avril et 10 novembre 2008.
3. Renvoie le dossier à la CAISSE DE CHOMAGE UNIA pour nouvelle décision, au sens des considérants.
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

Irène PONCET

Isabelle DUBOIS

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