

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4697/2007

ATAS/571/2008

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 3

du 15 mai 2008

En la cause

Monsieur T _____, domicilié à GENEVE

recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, rue de
Montbrillant 40, case postale 2293, 1211 GENEVE 2

intimé

Siégeant : Karine STECK, Présidente; Valérie MONTANI, Juliana BALDE, Doris WANGELER et Isabelle DUBOIS, Juges, Bertrand REICH et Nicole BOURQUIN, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Monsieur T_____ (ci-après : l'assuré), a déposé en date du 19 avril 2007 une demande d'indemnité auprès de la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse).
2. Dans sa demande d'indemnité datée du 27 avril 2007, l'assuré a mentionné avoir travaillé en dernier lieu auprès de l'entreprise X_____ SARL et ce, du 1^{er} juillet 2004 au 31 mars 2007. Il a expliqué avoir été licencié pour des raisons de restructuration et a déclaré ne pas avoir eu de participation financière à l'entreprise, pas plus que son épouse.

A l'appui de sa demande d'indemnisation, l'assuré a produit notamment une attestation d'employeur dans laquelle la société confirmait la durée des rapports de travail en qualité de responsable d'une épicerie pour une activité à plein temps. Il ressort que cette attestation que son dernier salaire mensuel s'est élevé à 2'000 fr. et qu'il a été licencié le 28 février 2007 pour le 31 mars 2007. La société a également confirmé que ni l'assuré, ni son épouse n'avaient de participation financière à l'entreprise.

3. Cependant, la caisse de chômage, après consultation du registre du commerce (ci-après RC), a constaté le 24 mai 2007 que l'épouse de l'assurée, Madame T_____, de Chenens, était inscrite avec le fonction d'associée-gérante pour une part de 19'000 fr. dans la société, avec signature individuelle. Au surplus, la fille de l'assuré, Mademoiselle T_____, était associée pour une part de 1'000 fr. sans signature. Le siège de la société se trouvait à l'adresse privée de l'assuré.
4. Par décision du 18 juin 2007, la caisse de chômage a refusé de donner suite à la demande d'indemnité de l'assuré aux motifs que ce dernier avait été employé par une société dans laquelle son épouse assumait la fonction d'associée-gérante, que son licenciement était intervenu pour des raisons économiques et qu'il était peu probable qu'il ne consacre pas une partie de son temps à l'entreprise familiale afin de la sauvegarder. Constatant que la perte d'emploi devenait, dès lors, incontrôlable et que seule une cessation définitive des activités de l'entreprise ou l'accomplissement d'une nouvelle période d'activité de six mois au moins dans une tierce entreprise en qualité de simple employé permettraient d'assurer à l'intéressé des indemnités de chômage, la caisse a rejeté la demande d'indemnisation de l'intéressé.
5. Par courrier du 11 juillet 2007, l'assuré a formé opposition contre cette décision, en expliquant que le magasin exploité par la société X_____ SARL, sis à Genève, avait été fermé au 31 mars 2007. Il a ajouté que quand bien même son épouse en était la propriétaire, il avait été lié à la société par un contrat de travail ordinaire et n'avait jamais été gérant de la société, mais simple vendeur de denrées alimentaires.

L'assuré a affirmé être sans emploi et disponible pour exercer une activité à plein temps.

6. Par décision sur opposition du 22 octobre 2007, la caisse a confirmé sa décision du 18 juin 2007.

Elle a d'abord relevé qu'en date du 18 octobre 2007, l'épouse de l'assuré était toujours inscrite à la fonction d'associée-gérante au RC, de même que sa fille, âgée de 10 ans.

La caisse s'est référée à une communication du Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : SECO) du 22 juin 2004, relative au bulletin MT/AC 2003/4, fiche 4/3, dont il ressort que l'assuré qui occupe une position comparable à celle d'un employeur, de même que son conjoint ou sa conjointe qui travaillait dans la même entreprise, n'ont droit à une indemnité que s'ils justifient d'une période de cotisations de six mois au moins, acquise dans une tierce entreprise. Elle a ajouté qu'il faut entendre par là une entreprise dans laquelle ni l'assuré ni son conjoint exercent de position semblable à celle d'un employeur.

Constatant qu'en l'espèce, l'épouse de l'assuré était toujours inscrite au RC en tant qu'associée-gérante de l'entreprise X_____ SARL et que l'entreprise elle-même figurait toujours au RC, la caisse a considéré que le seul fait que l'entreprise n'exploitait plus l'épicerie située à Genève, n'excluait pas le risque d'abus car la société pouvait à tout moment relancer son activité dans l'un des domaines constituant son but commercial, à savoir toute "activité dans le domaine de l'épicerie et la vente de produits alimentaires et de boissons alcoolisées ou autres".

La caisse a encore relevé que l'entreprise était domiciliée à l'adresse privée de l'assuré et que ce dernier, en qualité de conjoint de l'employeur, continuait à influencer, voire à fixer les décisions de son épouse de manière déterminante.

En définitive, la caisse a considéré que seule la radiation au RC de la société ou l'exercice d'une activité salariée durant six mois dans une tierce entreprise pourrait permettre à l'assuré de percevoir des indemnités.

7. Par courrier du 29 novembre 2007, l'assuré a interjeté recours contre cette décision. Il allègue que le magasin a été fermé définitivement le 31 mars 2007, que le bail a été résilié et les locaux rendus à leur propriétaire, de sorte que la société a donc cessé toute activité, même si son inscription au registre foncier (recte : du commerce) n'a pas été radiée. Il relève qu'une demande d'autorisation pour la vente de boissons alcoolisées a été octroyée et que cette autorisation est liée à l'emplacement sur lequel se trouvait le magasin. Il fait remarquer que s'il entreprenait une nouvelle activité, celle-ci serait immédiatement connue de l'administration, puisque le bureau des patentes, la police du commerce et l'administration fiscale en seraient informées. Il en tire la conclusion que sa

situation est donc contrôlable et qu'il n'y a pas de risque d'abus. Il fait remarquer, par ailleurs, qu'il n'a jamais eu de participation, ni été administrateur de la société, pas plus qu'il n'a disposé de la signature. Il en tire la conclusion qu'il n'a jamais été qu'un simple employé payant ses cotisations AVS et qu'il ne peut être assimilé à un employeur.

8. Invité à se déterminer, la caisse, dans sa réponse du 10 janvier 2008, a conclu au rejet du recours.

L'intimée fait remarquer que la société X_____ SARL, dans la mesure où elle figure toujours au RC et consiste en une petite entreprise familiale, pourrait être réactivée à tout moment. Son but social est large, puisqu'il comprend "les activités dans le domaine de l'épicerie et de la vente de produits alimentaires et de boissons alcoolisées et autres", de sorte qu'il n'est pas obligatoire que l'associée-gérante sollicite une autorisation pour vendre des boissons alcoolisées. La société pourrait ainsi très bien louer d'autres locaux et vendre toutes sortes de produits, à l'exclusion des boissons alcoolisées.

Enfin, la caisse relève que l'intéressé et son employeur ont donné de fausses indications sur la demande d'indemnités et l'attestation de l'employeur qu'ils ont produits à l'appui de la demande d'indemnisation, puisqu'ils ont répondu par la négative à la question de savoir si l'intéressé ou son épouse avaient une participation financière dans l'entreprise susnommée.

9. Une audience de comparution personnelle s'est tenue en date du 5 mai 2008. A cette occasion, le recourant a expliqué que si la société n'a pas été radiée du RC, c'est parce que son épouse ne voulait pas procéder à la radiation tant que tous les créanciers ne seraient pas totalement désintéressés.

Invité à s'expliquer sur les raisons pour lesquelles il a répondu par la négative à la question de savoir si lui-même ou son épouse avait une participation financière dans l'entreprise, le recourant a répondu qu'il devait s'agir d'une erreur. Il a affirmé ne jamais avoir voulu sciemment dissimuler ce fait dont il a fait remarquer qu'il était au demeurant facile à établir. Quant au fait que son épouse a fait de même dans le formulaire à remplir par l'employeur, le recourant a émis l'hypothèse qu'elle n'avait pas dû comprendre qu'elle entrait également en considération. Elle a sans doute répondu en ce sens parce que lui n'a effectivement jamais eu de participation financière dans la société.

Le recourant a indiqué que son épouse continue de travailler à l'ONU et que lui-même n'a pas retrouvé d'emploi.

Le recourant a tenu à préciser qu'il n'a jamais eu aucun pouvoir décisionnel dans cette petite entreprise. C'est son épouse qui a décidé de la mettre sur pied pour

pouvoir disposer d'une source de revenus au cas où l'un de ses contrats - de durée déterminée et à court terme - à l'ONU ne devait pas être renouvelé.

Le recourant a émis l'opinion que, dans son cas, il n'y a aucun risque d'abus, sa situation étant facile à contrôler.

L'intimée a pour sa part maintenu sa position en rappelant que la jurisprudence n'exige pas un abus avéré mais un simple risque.

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'article 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982. Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.
2. Interjeté dans les forme et délai prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56 à 60 LPGA).
3. Le litige porte sur le point de savoir si le recourant remplit ou non les conditions du droit à l'indemnité de chômage (art. 8 s. LACI).
4. Selon l'art. 31 al. 3 let. c LACI, 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 à l'entreprise; il en va de même des conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise.
5. Dans un arrêt M. du 4 septembre 1997 publié aux ATF 123 V 234, le Tribunal fédéral des assurances a explicité les motifs fondant l'application analogique de cette règle à l'octroi de l'indemnité de chômage.

D'après cette 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'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, en particulier l'art. 31 al. 3 let. c LACI.

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 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).

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 l'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 (ATF 123 V 239 consid. 7b/bb; DTA 2003 n° 22 p. 242 consid. 4).

Le TFA a eu l'occasion de préciser que ce n'est pas l'abus avéré comme tel que la loi et la jurisprudence ont pour but de sanctionner mais bien le risque d'abus que représente déjà le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur (DTA 2003 p. 240).

6. En l'occurrence, on peut considérer que la situation est similaire à celle de l'assuré qui a définitivement quitté l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci. Il n'est en effet pas contesté que le magasin exploité par la société a fermé ses portes et que le bail a été résilié. Certes, la société n'a pas été formellement radiée du RC, mais on ne saurait considérer comme un risque d'abus suffisant le fait qu'elle pourrait rouvrir un magasin en un nouveau lieu sans que l'intimée en soit forcément informée. La situation est bien différente de celle où la société qui employait l'assuré continue à exercer une activité dans laquelle il pourrait s'investir à l'insu de la caisse de chômage. En l'occurrence, l'activité précédemment déployée par la société nécessite un stock et des locaux, ce qui ne saurait se constituer du jour au lendemain et être dissimulé aux autorités. On ne saurait donc conclure, dans le cas particulier, à une difficulté de contrôler le chômage de l'assuré. Tout comme il l'a déjà jugé à quelques reprises (cf. par exemple ATAS 979/2006 du 7 novembre 2006

ou ATAS 1095/2007 du 9 octobre 2007), le Tribunal de céans considère que, dans le cas concret, il n'existe donc pas de risque d'abus suffisant.

7. Eu égard aux considérations qui précèdent, le recours est admis.

**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 18 juin et 22 octobre 2007.
3. Renvoie la cause à l'intimée pour calcul des indemnités dues.
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); 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

Brigitte LUSCHER

Karine STECK

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