

GE_GERICHTE A/3313/2008 vom 3. November 2009

GE Cour de justice, 2009-11-03, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_3313_2008

FR: GE_GERICHTE A/3313/2008 du 3 novembre 2009

IT: GE_GERICHTE A/3313/2008 del 3 novembre 2009

Regeste

; AC ; GAIN INTERMÉDIAIRE ; DEVOIR PROFESSIONNEL | Le gain intermédiaire, qu'il provienne d'une activité salariée ou indépendante, doit être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels (les règles légales en la matière, les statistiques, l'échelle des salaires dans l'entreprise en cause, les conventions collectives de travail, les directives émises par les associations professionnelles). | LACI 24;

Volltext

Genève Cour de justice (Cour de droit public) Chambre des assurances sociales 03.11.2009 A/3313/2008

; AC ; GAIN INTERMÉDIAIRE ; DEVOIR PROFESSIONNEL | Le gain intermédiaire, qu'il provienne d'une activité salariée ou indépendante, doit être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels (les règles légales en la matière, les statistiques, l'échelle des salaires dans l'entreprise en cause, les conventions collectives de travail, les directives émises par les associations professionnelles). | LACI 24;

A/3313/2008 ATAS/1350/2009 (2) du 03.11.2009 (CHOMAG) , PARTIELMNT ADMIS
Descripteurs : ; AC ; GAIN INTERMÉDIAIRE ; DEVOIR PROFESSIONNEL Normes :
LACI 24; Résumé : Le gain intermédiaire, qu'il provienne d'une activité salariée ou indépendante, doit être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels (les règles légales en la matière, les statistiques, l'échelle des salaires dans l'entreprise en cause, les conventions collectives de travail, les directives émises par les associations professionnelles). En fait En droit RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE POUVOIR JUDICIAIRE A/3313/2008 ATAS/1350/2009 ARRET DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES Chambre 1 du 3 novembre 2009 En la cause Monsieur B_____, domicilié à Genève, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître CARRON Geneviève recourant contre CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, sise rue de Montbrillant 40, Genève intimée EN FAIT Monsieur B_____, (ci-après l'assuré ou le recourant), né en 1961, ingénieur civil diplômé EPF, s'est inscrit une première fois auprès de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après OCE) en 1999. Un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur du 1 er juillet 1999 au 30 juin 2001. L'assuré a été indemnisé jusqu'au 13 mars 2000, date à laquelle il a retrouvé un emploi auprès de la société X_____ SA en qualité de "Country Head Client Account Manager". Le but social de cette société était en substance la fourniture de prestations de service en matière informatique et commerciale. L'activité de l'assuré au sein de cette entreprise consistait en le fait d'approcher des sociétés, clientes potentielles, afin de leur proposer de bénéficier des prestations de services de la société, à définir leur besoins et à leur fournir, à partir de la banque de données de la société, les informaticiens compétents à même d'y répondre, ainsi qu'à préparer les contrats prévoyant l'intervention de ces experts

auprès desdites sociétés. En date du 10 janvier 2001, il a été licencié avec effet immédiat pour justes motifs. Il s'est alors inscrit une nouvelle fois à l'OCE le 16 janvier 2001. Le 22 février 2001, l'assuré a introduit une demande en paiement devant la juridiction des Prud'hommes comprenant notamment une indemnité de 24'000 fr. à titre de licenciement immédiat injustifié; cette procédure a suspendu l'instruction initiée par l'OCE. L'assuré a trouvé un nouvel emploi auprès de la succursale à Genève de la société Y_____ du 1^{er} juillet 2001 au 30 avril 2002 en qualité de responsable d'agence. En date du 25 avril 2002, il a déposé une nouvelle fois une demande d'indemnité de chômage, son contrat de travail auprès de l'entreprise Y_____ ayant été résilié le 30 mars 2002 pour le 30 avril 2002. Un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur du 1^{er} mai 2002 au 30 avril 2004. L'assuré a ainsi perçu de l'OCE des indemnités de chômage jusqu'au 31 mars 2004. La Cour d'Appel des Prud'hommes a débouté l'assuré de toutes ses conclusions par un arrêt rendu le 1^{er} septembre 2003, lequel a été transmis à la caisse de chômage. Cet arrêt est aujourd'hui définitif. Par décision du 14 juin 2004, la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la caisse) a nié tout droit à une quelconque prestation et ce rétroactivement durant le délai cadre susmentionné. Se référant à l'arrêt rendu par la Cour d'appel des Prud'hommes, elle a notamment estimé que le recourant, inscrit en tant qu'associé-gérant avec signature individuelle, assumait une fonction importante au sein d'une société inscrite au Registre du commerce sous la raison sociale "Z_____ Sàrl" depuis le 13 mars 2002, soit antérieurement à sa demande d'indemnités de chômage du 25 avril 2002 et que partant, il était peu vraisemblable que l'assuré n'eut pas consacré son temps à l'exploitation de ladite entreprise. En outre, alors que l'assuré avait répondu par la négative à la question 4 relative à une éventuelle fonction dirigeante ou participation financière au sein de l'entreprise figurant sur l'attestation d'employeur du 25 avril 2002, il résultait d'un extrait du Registre du commerce du canton de Genève que l'assuré exerçait en réalité la fonction de directeur de succursale au sein de la société Y_____ avec signature individuelle. En date du 13 juillet 2004, l'assuré a formé opposition contre la décision du 14 juin 2004. Il a notamment allégué que s'il n'avait pas annoncé à l'OCE la création de la société Z_____ Sàrl, c'est parce que ladite société n'avait déployé aucune activité jusqu'en automne 2003, que les personnes contactées pour l'assister dans le développement d'un projet de catalogue sur CD qu'il avait l'intention de réaliser, s'étaient montrées peu motivées et qu'aucune démarche concrète n'avait été effectuée, le projet étant ainsi resté sans suite. De plus, du mois d'avril 2002 à fin septembre 2003, il avait travaillé environ une à deux heures par mois, la société étant "dormante". Enfin, en septembre 2003, il avait connu des ennuis de santé, lesquels avaient donné lieu à des arrêts maladie à raison de 100 % du 22 octobre au 8 mars 2004 et à de 70 % du 9 mars au 30 avril 2004. Il a ainsi affirmé n'avoir exercé aucune activité au sein de ladite société et n'avoir perçu aucune rémunération. Par décision sur opposition du 30 août 2005, le Groupe réclamation a rejeté l'opposition, confirmant l'inaptitude au placement de l'assuré du 1^{er} mai au 30 août 2002, date à laquelle sa fonction de directeur au sein de Y_____ avait été radiée du Registre du commerce et renvoyant le dossier à la section assurance-chômage (ci-après, SACH), afin qu'elle détermine si l'assuré pouvait bénéficier d'indemnité dès le 31 août 2002, vu sa qualité d'associé-gérant de la société Z_____ Sàrl. L'assuré a formé recours contre ladite décision sur opposition puis y a renoncé, de sorte que cette dernière est entrée en force. Par décision du 22 mars 2006, la SACH, a confirmé l'inaptitude au placement de l'assuré et ce dès le 1^{er} mai 2002 au regard de sa qualité d'associé-gérant de la société Z_____ Sàrl. La SACH a retenu, sur la base des comptes de pertes de Z_____

Sàrl, les montants suivants : - Au 31.12.2002 Au 31.12.2003 Au 31.12.2004 Bénéfice brut CHF 3'842.30 CHF 53'449.54 CHF 174.890.84 Frais clients et représentation CHF 707.25 CHF 4'541.50 CHF 12'807.20 Frais voyage et déplacement CHF 136.25 CHF 19'778.85 CHF 19'532.65 Loyer commercial CHF 8'000 CHF 14'100 CHF 18'000 Salaires CHF 11'892.50 CHF 64'837 Sous-Traitants CHF 17'200 La caisse a par ailleurs relevé que, dans une lettre du 9 mars 2006, l'assuré avait précisé que la société Z_____ Sàrl n'employait aucune personne en 2002 et pendant le 1^{er} semestre 2003 et que le seul employé en 2003 et 2004 était Monsieur C_____, lequel avait ainsi travaillé au sein de la société avant même d'avoir présenté sa demande AIT. Une décision sur opposition a été rendue par le Groupe réclamation, le 14 juillet 2006 admettant partiellement la réclamation de l'assuré. Il a en effet estimé que le droit à l'indemnité devait être nié du 1^{er} mai au 30 août 2002 (date de la radiation de sa fonction de directeur de Y_____), qu'en revanche le recourant était apte au placement du 31 août 2002 au 30 avril 2004, dès lors qu'il avait toujours rempli ses obligations en matière de recherches d'emploi et qu'il avait de surcroît trouvé un emploi de salarié dès le 15 mai 2004. Dans ces circonstances, le Groupe réclamation a renvoyé le dossier auprès de l'office afin que ce dernier effectue le calcul du gain intermédiaire pour cette seconde période durant laquelle le recourant exerçait la fonction d'associé-gérant au sein de Z_____ Sàrl ; les périodes durant lesquelles l'assuré était en incapacité de travail devaient toutefois être exclues de ce calcul. L'assuré a interjeté recours le 13 septembre 2006 contre la décision du 14 juillet 2006. Il a conclu à ce que le Tribunal de céans "annule la décision sur opposition du 14 juillet 2006 en tant qu'elle nie le droit aux indemnités pour la période du 1^{er} mai au 30 août 2002, confirme le droit à l'indemnité pour la période du 1^{er} mai au 30 août 2002, confirme pour le surplus la décision rendue sur opposition le 14 juillet 2006, dans le sens que l'assuré est apte au placement pour la période du 31 août 2002 au 30 avril 2004". Par arrêt du 28 novembre 2006, le Tribunal de céans a déclaré le recours irrecevable dans la mesure où les indemnités concernant la période litigieuse du 1^{er} mai au 30 août 2002, avait déjà été tranchée définitivement par la décision du 30 août 2005. Faisant suite au renvoi du 14 juillet 2006, la Caisse a rendu une décision, le 3 août 2007, aux termes de laquelle elle a nié l'octroi d'une quelconque indemnité pour la période allant du 22 octobre 2003 au 30 avril 2004. Elle a tout d'abord estimé que le montant du gain assuré s'élevait au montant mensuel de 8'610 fr., lequel correspondait à la moyenne des salaires réalisés par l'assuré auprès de la société Y_____ et qui n'avaient par ailleurs jamais été contestés. Le salaire conforme était, quant à lui, estimé à 7'000 fr., montant correspondant au salaire perçu par l'assuré en tant que salarié au sein de la société X_____..SA, dont le but inscrit au Registre du commerce correspondait à celui de la société Z_____ Sàrl. Dans la mesure où le salaire conforme aux usages professionnels et locaux, soit 7'000 fr. était supérieur à l'indemnité de chômage, soit 6'888 fr., l'assuré ne subissait aucune perte et aucune indemnité ne devait lui être octroyée depuis le 2 septembre 2002. Au surplus, s'agissant de la période durant laquelle l'assuré était en incapacité de travail, la Caisse a estimé que ce dernier ne remplissait pas les conditions relatives à la période de cotisation. L'assuré a contesté le 14 septembre 2007 ladite décision. Il allègue, en substance, que la société Z_____ Sàrl avait été constituée dans l'unique but d'effectuer efficacement des recherches d'emploi et qu'il n'entendait pas s'occuper de cette société ni de son développement, raison pour laquelle d'ailleurs il avait engagé Monsieur C_____ afin que ce dernier travaille de façon indépendante et que la seule activité développée par lui-même se résumait à l'achat et à la vente de moins de dix montres. L'activité exercée

réellement ne correspondait de plus pas à celle décrite dans les buts des sociétés X_____. SA et Z_____ Sàrl et il était, selon lui, erroné de se fonder sur le salaire qu'il avait reçu de la société X_____. SA, lequel ne correspondait pas à la situation réelle. Enfin, la société Z_____ Sàrl n'avait généré aucun bénéfice du 30 août 2002 au 30 avril 2004 et il n'avait perçu aucun bénéfice de son activité de commerçant dans l'horlogerie. Par décision sur opposition du 7 août 2008, la Caisse a débouté l'assuré. En substance cette dernière a indiqué que les faits, notamment les factures de téléphone et le contrat de bail, démontraient que ce dernier avait été actif au sein de son entreprise, que tous les indices cités démontraient également que les sociétés Z_____ Sàrl et X_____. SA œuvraient dans le domaine informatique et non dans le domaine de l'horlogerie, ce dernier constituant seulement une activité accessoire et que partant, le salaire conforme fixé à 7'000 fr. était correct. Par ailleurs, elle a indiqué, à titre indicatif, que les recommandations salariales concernant les salaires 2002 édités par la Société suisse des employés de commerce, préconisaient selon le niveau de formation de l'intéressé et de son activité, un salaire moyen annuel de 85'325.75 fr., soit 7'110.45 fr. par mois. En outre, faute de pouvoir effectuer une évaluation quantitative de l'activité déployée par l'assuré, il convenait de considérer que ladite activité s'était déroulée à plein temps. Enfin, elle a également confirmé la décision de l'instance précédente en tant qu'elle constatait que l'assuré ne remplissait ni les conditions de l'art. 13, ni celles de l'art. 14 LACI à compter du 22 octobre 2003, premier jour de son incapacité totale de travail pour cause de maladie. L'assuré a interjeté recours auprès du Tribunal de Céans le 15 septembre 2008 contre la décision sur opposition du 7 août 2008, concluant principalement, à l'annulation de ladite décision, au recalcule de son salaire conforme et à la confirmation que les indemnités de chômage versées du 31 août 2002 au 30 avril 2004 sont dues et ne doivent pas être restituées. Il expose, en substance, que le coût des factures de téléphones comprenait tous les téléphones fixes et mobiles ainsi que la connexion internet rendus nécessaires par ses recherches d'emploi, dont le nombre, soit 55 recherches pour 54 semaines, était justifié par le fait qu'il avait ciblé ses recherches dans des domaines dans lesquels il avait des chances réelles de décrocher un emploi. Par ailleurs, il allègue que les comptes démontrent que c'est avec l'arrivée de Monsieur C_____ que la société a débuté son activité, le seul bénéfice brut du recourant ayant été, durant ce laps de temps, celui relatif à la vente des montres, soit le montant de 3'842 fr. 30 en 2002 et de 2'004 fr. 20 en 2004. Ainsi, son activité au sein Z_____ Sàrl était très réduite. Dans sa réponse du 28 octobre 2008, la Caisse conclut au rejet du recours et à la confirmation de sa décision sur opposition. Elle rappelle, notamment, que le recourant a occupé une position dominante dans plusieurs sociétés, qu'il est dès lors resté en permanence actif, qu'il a de surcroît mené plusieurs activités de front alors qu'il était employé chez X_____.COM SA. En outre au vu de sa position plénipotentiaire auprès d'Z_____ Sàrl, il est impossible de contrôler ses dires selon lesquels il n'a fait que s'occuper de vendre et acheter des montres. De surcroît, il n'a jamais informé la caisse de ses activités ou positions auprès de Y_____ Sàrl ou Z_____ Sàrl et les chiffres figurant au bilan de cette dernière ne sont pas déterminants dans la mesure où ils ne reflètent pas les activités déployées individuellement par le recourant ou son employé. De plus, ce dernier s'est conduit en tant qu'employeur de Z_____ Sàrl puisqu'il a requis une allocation d'initiation au travail (ci-après, AIT), qu'il s'est présenté en tant que formateur de Monsieur C_____ et qu'il a par conséquent développé une activité autre que l'achat de montres. En outre, l'intimée s'étonne de ce qu'une société ait été créée dans le but unique de permettre au recourant d'effectuer des recherches d'emploi, dans la mesure

où, selon elle, le but paraît disproportionné aux moyens et que la structure de XA_____ SA, dans laquelle ce dernier exerçait la fonction d'administrateur-secrétaire du 26 mars 1992 au 18 février 2005, en liquidation, aurait pu parfaitement remplir ce rôle. Enfin, l'intimée rappelle qu'elle était tenue de fixer un gain conforme et qu'elle s'est par conséquent fondée notamment sur le domaine d'activité de Z_____ Sàrl, sur l'activité exercée précédemment auprès de X_____ SA et de Y_____ Sàrl et des positions qu'il y occupait ainsi que des salaires qu'il y touchait. Une comparution personnelles des parties a eu lieu le 13 janvier 2009. Sur question de la Caisse, le recourant a indiqué les éléments suivants : "je n'ai pas voulu "liquider" la société, car elle m'était utile dans ma recherche d'emploi. Je jugeais plus propice l'ambiance d'un bureau et j'étais plus tranquille qu'à la maison où ma plus jeune fille n'était à l'époque âgée que de cinq ans. Il m'était plus facile de me présenter pour des postes à responsabilité en étant dans le cadre d'une société plutôt que comme chômeur (...). Si l'AIT avait été accordée à Monsieur C_____ en 2003, ce n'est évidemment pas moi qui aurais assuré sa formation puisque je suis ingénieur EPFL et non spécialisé en informatique. Monsieur C_____ m'avait assuré qu'il connaissait de nombreux spécialistes prêts à le former. (...). J'ai suivi un cours dans le domaine de l'informatique lorsque je travaillais chez X_____ SA. Ce cours m'était utile parce que cette société avait pour but de mettre à disposition des consultants en informatique. Le but de Z_____ concerne principalement le domaine de l'informatique, le notaire ayant des statuts tous prêts dans ce domaine. Je lui ai toutefois demandé d'ajouter "ainsi que des montres". Mon activité chez X_____ SA consistait au démarchage auprès des entreprises qui utilisaient le programme SAO. Je leur proposais cas échéant la mise à disposition d'un consultant informatique. (...) Je considérais que je n'avais pas d'activité au sein de Z_____ car je n'y consacrais que quelques heures par mois pour l'achat et la vente de quelques montres. Sur les IPA je répondais par la négative à la question y relative, en toute bonne foi, puisque je ne passais pas réellement du temps à m'occuper de la société." Une audience d'enquêtes s'est tenue le même jour, lors de laquelle Monsieur C_____ a été entendu en qualité de témoin. Il a indiqué avoir une formation de technicien dans l'industrie du bois et avoir travaillé chez Z_____ Sàrl en tant qu'informaticien. Il avait demandé une AIT qui lui a été refusée mais a obtenu la prise en charge de cours dans le domaine de l'informatique et des télécom. Il a indiqué qu'il avait fixé lui-même le montant de son salaire qu'il touchait uniquement si suffisamment d'argent avait été versé sur le compte que l'assuré avait ouvert au nom de la société pour son activité. Il avait été par ailleurs convenu avec le recourant qu'il serait indépendant dans le secteur qu'il développerait dans le domaine de l'informatique. En outre, durant les deux années au cours desquelles il a travaillé chez Z_____ Sàrl, il a déclaré n'avoir eu aucun lien de travail avec l'assuré et n'avoir jamais travaillé dans les locaux de Z_____. Il se rendait dans les locaux de cette entreprise uniquement pour relever le courrier et pour prendre la marchandise livrée. Enfin, il a déclaré ne pas avoir souvent vu le recourant sur place. A l'issue de cette audience, un délai a été accordé aux parties au 6 février 2009 pour la production de diverses pièces. Dans ses observations du 5 mars 2009, la Caisse a notamment souligné que le contrat de bail des locaux commerciaux avait été conclu par l'assuré et non la société Z_____ Sàrl et qu'il était, en outre, postérieur à l'inscription au Registre du Commerce. En outre, elle relève que "M. C_____ indique qu'un loyer de CHF 500.- par mois a été facturé à la société dès janvier 2004. Cela n'explique en rien pourquoi le loyer de CHF 8'000.- (selon les comptes de la société) ou de CHF 8'400.- (selon le contrat de bail) a passé de CHF 14'000.- en 2003 et CHF 18'000.- en 2004, sauf à

présumer qu'une activité croissante a permis le règlement de ce dernier". Elle a ajouté qu'elle s'étonnait de ce que le recourant, qui avait mis à disposition de son voisin d'immeuble la structure de sa société alors que ce dernier n'avait pas d'expérience en informatique, prenne autant de responsabilités, sauf à s'occuper en réalité sérieusement de cette société. Par ailleurs, même si le témoin a déclaré s'occuper seul de son domaine, il n'en demeurerait pas moins que le recourant avait dû contrôler l'activité de celui-là et développer la sienne de son côté. Enfin, concernant l'activité exercée par l'assuré au sein de la société Z_____ Sàrl, les déclarations du témoin n'étaient d'aucune utilité puisqu'il n'avait jamais travaillé dans les mêmes locaux que lui. Au surplus, elle a estimé que le recourant minimisait le temps consacré à la vente des montres au regard de la valeur et de la qualité des objets vendus. Par ailleurs, le recourant avait à plusieurs reprises omis de déclarer ses activités. Enfin concernant un prêt octroyé par l'assuré à la société, elle a estimé l'explication, selon laquelle ce prêt avait pour objectif d'empêcher le surendettement de la société, peu plausible, dès lors qu'il était peu convenu d'augmenter les dettes d'une société afin d'empêcher son surendettement. Dans ses observations du 18 mars 2009, le recourant a persisté dans l'intégralité de ses conclusions. Il a rappelé n'avoir pas eu la moindre activité dans le domaine informatique au sein de Z_____ Sàrl et que la seule activité déployée consistait à l'achat et la vente de montres. Il n'avait pas ailleurs aucune formation ni expérience professionnelle d'informaticien. En outre, ladite société lui était utile dans le cadre de ses recherches d'emploi, ce qui avait d'ailleurs porté ses fruits puisqu'il avait obtenu une activité à plein temps auprès de la société ZB_____ SA depuis le mois de mai 2004. Au surplus, le but de la société Z_____ Sàrl concernait principalement le domaine de l'informatique et dans la mesure où son activité au sein de ladite société se résumait à quelques heures par mois, il ne considérait pas avoir d'activité auprès de cette société. Par courrier du 16 juillet 2009, l'OCE a fait parvenir au Tribunal de céans des pièces, à savoir les prestations versées par l'assurance-chômage. Il en ressort que les montants versés se sont élevés à 53'958 fr. pour l'année 2002, à 77'763 fr. pour l'année 2003 et à 5'744 fr. pour l'année 2004. Par courrier du 31 août 2009, le recourant a indiqué, pièces à l'appui que les modifications de loyer de la société Z_____ Sàrl s'expliquaient de la façon suivante : s'agissant tout d'abord de l'année 2002, le loyer a été réglé durant 8 mois. et s'élevait mensuellement à 700 fr auquel s'ajoutait un montant de 300 fr. au titres de charges. Le montant annuel s'élevait ainsi à 8'000 fr. Pour l'année 2003, le loyer était également de 1'000 fr. par mois, charges comprises, pour les mois de janvier à août 2003, soit un montant de 8'000 fr. Dès le 1 e septembre 2003, il a loué une pièce supplémentaire pour pouvoir accueillir Monsieur C_____. Le coût supplémentaire s'élevait ainsi à 500 fr. par mois pour le loyer et 25 fr. à titre de charges. Le loyer pour les mois de septembre à décembre 2003 s'est ainsi élevé à 6'100 fr. et le total pour l'année à 14'100 fr. ; pour l'année 2004, il a préféré utiliser comme bureau une pièce de son domicile, facturant à Z_____ Sàrl un loyer de 500 fr. par mois. Ainsi le coût total du loyer pour l'année 2004 s'est élevé à 12'000 fr. pour les locaux situés au Pas-de-l'Echelle et à 6'000 fr. pour son bureau, soit un montant total de 18'000 fr. Par ailleurs, les revenus perçus en 2002 se sont élevés à 31'791 fr. pour la période de janvier à avril et à 53'958 fr. pour le reste de l'année, étant précisé que ce dernier montant correspond aux indemnités de chômage versées. Pour l'année 2003, il n'a perçu que des indemnités de chômage pour un montant total de 77'763 fr. Enfin, en 2004, il a commencé son activité auprès de son nouvel employeur et a ainsi perçu un salaire s'élevant à 56'000 fr., auquel il convenait d'ajouter les indemnités de chômage versées, soit un montant de 22'186 fr., pour les mois de janvier et avril. S'agissant de la situation de la

société Z _____ Sàrl, l'année 2002 s'est soldée par une perte de 16'034 fr. 05, l'année 2005 par une perte de 10'181 fr. 78 et dès lors une perte reportée totale de 26'215 fr. 83. L'année 2004 a quant à elle généré un bénéfice de 8'105 fr. 19. Enfin, il n'a touché ni dividende ni tantième de la société. Dans sa détermination du 8 octobre 2009, l'OCE s'est étonné des déclarations du recourant selon lesquelles Monsieur C _____ s'était finalement installé dans les locaux de la société, dans la mesure où ceci était contredit par celles faites lors de l'audience du 12 janvier 2009. Elle a de plus attiré l'attention du Tribunal de céans sur le fait qu'il ressortait de la demande d'allocation d'initiation au travail que la société distribuait en exclusivité pour l'Europe un serveur de SMS professionnel destiné aux deux entreprise. Par ailleurs, il résulte du courrier du recourant du 13 juillet 2004 que ce dernier a tenté, à tout le moins, de développer un projet de catalogue sur CD avec des tiers pour Z _____ Sàrl, ce qui démontre que le but de cette société n'était pas seulement de permettre à l'assuré de bénéficier simplement d'une structure pour la recherche d'un emploi. Enfin, il paraît peu plausible que l'assuré prenne "des risques en confiant le manteau de sa société, sans rémunération et à un voisin". Sur quoi, la cause a été gardée à juger EN DROIT 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) 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. En vertu de l'art. 1er al. 1 et 2 LACI, les dispositions de la LPGA, à l'exclusion de ses art. 21 et 24 al. 1er, s'appliquent à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité Déposé dans les forme et délai prévus par la loi (art. 38 al. 4 let b et 56 ss LPGA), le présent recours est recevable. La question litigieuse est celle de savoir si c'est à bon droit que l'OCE a refusé d'octroyer des prestations au recourant, dès le 2 septembre 2002, motif pris, d'une part, que l'assuré, ayant perçu un gain intermédiaire, n'a subi aucun manque à gagner suite à son licenciement et, d'autre part, s'agissant de la période durant laquelle il était en incapacité de travail, qu'il n'a pas cotisé durant la période minimale prévue par la loi. Singulièrement, il s'agit d'examiner si le gain intermédiaire et le délai cadre d'indemnisation ont été correctement fixés par l'OCE. Aux termes de l'art. 11 al. 1 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. Pendant la période d'indemnisation, l'assuré peut être amené à exercer une activité lucrative et à en tirer un gain intermédiaire. Dans ce cas de figure, l'indemnité chômage se calcule, selon le principe de la perte de gain, en soustrayant du montant de l'indemnité pleine tel que défini selon l'art. 22 LACI, le gain réalisé grâce à l'activité intermédiaire (art. 24 al. 1 LACI). Aux termes de l'art. 24 LACI, est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle. L'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain. Le taux d'indemnisation est déterminé selon l'art. 22 (al. 1er). Est réputée perte de gain la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux. Les gains accessoires ne sont pas pris en considération (al. 3). Le droit à la compensation de la perte de gain est limité aux douze premiers mois de l'activité visée à l'al. 1er, et à deux ans pour les assurés qui ont des obligations d'entretien envers des enfants ou qui sont âgés de plus de 45 ans (al. 4). Si l'assuré, afin d'éviter d'être au chômage, accepte d'exercer pendant au moins une période de contrôle une activité à plein

temps pendant laquelle il touche une rémunération inférieure aux indemnités auxquels il aurait droit, l'art. 11 al. 1er n'est pas applicable durant les délais fixés à l'al. 4 (al. 5). De jurisprudence constante, le Tribunal fédéral estime que le gain intermédiaire minimal à prendre en considération est le gain conforme aux usages professionnels et locaux dans la branche considérée, et non pas le gain effectivement réalisé. Lorsque le gain conforme aux usages professionnels et locaux n'est pas atteint, le concept de gain intermédiaire ne fait pas défaut, mais il faut au contraire, en effectuant la comparaison entre gain intermédiaire et gain assuré se baser sur le salaire qui correspond pour le moins à la rémunération en usage dans la profession et la localité plutôt que sur le salaire effectif (ATFA n.p. du 13 mai 1993 EG c. Ufficio cantonale del lavoro, c. 2b). Ainsi, les gains qui ne remplissent pas l'exigence de conformité aux usages professionnels et locaux doivent être corrigés dans la mesure correspondante (ATFA n.p. 9 juillet 1997- C 394/96). Le Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après le Seco) précise dans ses directives que s'il n'y a pas conformité, l'assuré a simplement droit à 80% de la différence entre le salaire réputé conforme et le gain assuré (SECO, circ. IC 01.92.n° 190). La caisse doit, en d'autres termes, fixer le salaire que le travailleur serait en droit d'attendre pour le travail effectué (SECO, Bulletin AC 98/1 fiche 44). Tel est le cas également s'agissant d'une activité indépendante. La justification de ce mode de calcul réside dans le fait qu'il n'appartient pas à l'assurance-chômage de supporter un « dumping » organisé unilatéralement par l'assuré qui, pour une activité indépendante à plein temps avec horaire incontrôlable, annoncerait un gain très bas pour bénéficier des indemnités de chômage. C'est pourquoi les revenus provenant d'une activité indépendante qui ne correspondent pas aux usages professionnels et locaux doivent, comme les revenus provenant d'une activité salariée, être adaptés fictivement par les caisses de chômage pour être pris en considération (SECO, circ. C144 et ss). Plus concrètement, le Tribunal fédéral a indiqué, s'agissant d'une personne exerçant une activité intermédiaire en tant que mandataire, qu'en l'absence d'une convention ou d'un usage, le juge doit déterminer la rémunération due au mandataire selon des principes généraux, en calculant des honoraires objectivement équitables. A cet occasion, il a également rappelé qu'il "ne fait dès lors aucun doute que le gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI, qu'il provienne d'une activité salariée ou indépendante, doit être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux" (ATF 120 V 515 , p. 520). Ainsi, selon notre Haute Cour, les dispositions relatives au gain intermédiaire sont applicables aussi bien aux activités dépendantes qu'indépendantes (ATF 120 V 518). Dans un arrêt plus ancien, le Tribunal fédéral a estimé, pour une personne tenancière d'un bar, exerçant une activité lucrative indépendante, que la prise en compte d'un gain intermédiaire conforme aux usages professionnels et locaux lors des premières années d'activité de l'établissement était justifié par le but visé de l'art. 24 al. 3 LPGA, cela quand bien même aucun revenu n'avait été réalisé durant les premiers mois. Même si cette façon de procéder pouvait paraître injuste dans un cas particulier, elle se justifiait à la lumière du but visé par la réglementation du gain intermédiaire prévue à l'article 24, alinéa 3 LACI. Ainsi, notre Haute Cour a pris comme gain intermédiaire les salaires minimums appliqués pour les employés dans le domaine de la gastronomie, soit un montant mensuel de 2'450 fr. par mois pour un taux horaire de 42 heures par semaine. (Arrêt non publié, C 12/01 consid. 4b/bb).) Dans un autre contexte, le Tribunal fédéral a retenu que, pour une activité de collaborateur au service externe, le salaire mensuel de 3'500 fr. retenu par la caisse en tant que gain intermédiaire, correspondant à 20 fr. l'heure était conforme aux usages professionnels et locaux. Le TF a ainsi retenu que pour un collaborateur au service externe, le montant de 20 fr. l'heure était

justifié (arrêt non publié C 230/2003, consid. 5). Le Tribunal fédéral a également estimé, pour le calcul du gain intermédiaire, pour une activité de "wine broker", consistant à conclure et à négocier des affaires pour le compte d'une société, qu'une rémunération de 20 fr. par heure était conforme aux usages professionnels et locaux, étant précisé que notre Haute Cour a assimilé cette fonction à une activité déployée au sein du service externe d'une société (arrêt non publié, 8C_774/2008). Il résulte ainsi des exemples tirés de la jurisprudence que le gain intermédiaire, lorsqu'il ne peut être calculé de façon concrète, doit être évalué en fonction de salaires minimaux dans la branche considérée. Les montants sont ainsi fixés relativement bas au regard des activités concrètement exercées. La doctrine précise enfin que pour déterminer le salaire conforme aux usages professionnels et locaux, il convient de prendre comme référence le salaire des travailleurs en question, en se fondant sur les règles légales, les statistiques, l'échelle des salaires dans l'entreprise en cause, les CTT et les CCT, ainsi que les directives émises par les associations professionnelles concernées. Enfin, lorsque l'horaire de travail n'est pas contrôlable, faute de renseignements crédibles, l'assuré est présumé travailler à plein temps (RUBIN, Assurance-chômage, Survol des mesures cantonales de procédure, 2 e édition mise à jour et complétée p. 332, et les références citées). En l'espèce, il apparaît que l'OCE, dans sa décision du 3 août 2007, n'a pas pris, comme gain intermédiaire, le revenu que le recourant allègue avoir réalisé, soit un montant total de 5'846 fr. 50 relatif aux ventes de montres. Elle a toutefois considéré que le salaire mensuel effectivement perçu par le recourant lorsqu'il était salarié chez X_____. SA., soit 7'000 fr., pouvait être considéré comme gain intermédiaire, dès lors que le but de la société Z_____ Sàrl était similaire à celui de X_____. SA. Elle explique du reste dans sa décision sur opposition du 7 août 2007 que les recommandations salariales concernant les salaires 2002 édités par la Société suisse des employés de commerces préconisent selon le niveau de formation de l'assuré un salaire moyen annuel de 85'325 fr.75, soit un montant mensuel de 7'110 fr. 45 (Niveau X, 41 ans, salaire moyen majoré de 5.9% dans la région de Genève). A cet égard, le Tribunal constate qu'au regard de la jurisprudence précitée, il n'apparaît pas possible de prendre en considération, en tant que gain intermédiaire, le dernier revenu réalisé par le recourant en tant que salarié au sein de la société X_____. SA. Il n'existe par ailleurs aucune règle légale, statistiques, échelle des salaires ou convention collective de travail correspondant à l'activité d'employé de commerce telle que retenue par la caisse. En revanche, les recommandations salariales de la société suisse des employés de commerce peuvent servir de référence pour le calcul du gain intermédiaire. Cependant, conformément aux diverses jurisprudences précitées (C 12/01 ; C.230/03 ; 8C_774/2008), il convient de prendre en compte le revenu minimum auquel peut prétendre un employé de commerce. Ainsi, le gain intermédiaire tel que fixé par l'autorité cantonale à 7'110 fr. 45 ne saurait être retenu dans la mesure où il se réfère à un gain moyen pour un employé de commerce ayant des qualifications particulières. L'assuré allègue qu'il n'a pas les qualifications requises pour s'occuper du domaine d'activité relatif à l'informatique, étant ingénieur-civil diplômé EPF et non informaticien, raison pour laquelle il a d'ailleurs engagé un employé. Pour les mêmes raisons, il ne pouvait former lui-même son employé dans le cadre de l'AIT requise. L'assuré explique ainsi que la seule activité qu'il a exercée au sein de Z_____ Sàrl, est l'achat et la vente de quelques montres ; la société lui a par ailleurs principalement servi de structure pour ses recherches d'emploi qu'il pouvait difficilement effectuer chez lui en raison de la présence de sa fille âgée de cinq ans. Ces allégations n'emportent toutefois pas la conviction du Tribunal. En effet, le but de la société Z_____ Sàrl tel qu'il figure au registre du commerce est pour rappel le suivant :

"exploiter un bureau actif dans le domaine de l'informatique et des multimédias, notamment par la création de sites Internet/Intranet, de serveurs Web et de logiciels; fournir des conseils, services et développements informatiques, en particulier dans les domaines Internet/Intranet, soit conception et création de sites Internet (homepage), production de produits audio-visuels ainsi que conception et réalisation de ces derniers; agir en qualité de consultant et de formateur dans les domaines informatiques et de la communication, en particulier dans le secteur des systèmes et des développements et applications Internet/Intranet; importer, exporter, faire le commerce, distribuer et faire la représentation de biens, accessoires, logiciels, matériel électronique, appareils électroniques et informatiques, ainsi que de montres". Or, le recourant a déjà exercé une activité dans le domaine de l'informatique auprès de la société X_____. SA en tant que Country Head Client Account Manager consistant en substance en le fait d'approcher des sociétés afin de leur proposer de bénéficier de prestations de services. Pour ce faire, ce dernier a d'ailleurs dû suivre des cours informatiques. Cette activité s'apparente ainsi en partie aux activités de consultant et de commerce en informatique figurant notamment dans le but de Z_____ Sàrl. De surcroît, le seul employé du recourant ne dispose pas non plus de qualifications particulières dans le domaine informatique, dès lors qu'il est au bénéfice d'une formation de technicien dans l'industrie. Ce manque de qualification a du reste nécessité une demande d'AIT, laquelle a toutefois été refusée. Il ressort par ailleurs d'un courrier adressé à la caisse le 13 juillet 2004 que le recourant a tenté de développer un projet de catalogue sur CD avec des tiers pour sa société, projet qu'il a dû abandonner en raison d'un manque d'intérêt de potentiels investisseurs. Ceci démontre, contrairement à ce qu'il allègue, qu'il ne s'est pas contenté de vendre quelques montres ou d'utiliser cette société uniquement comme structure pour ses recherches d'emploi. S'agissant de cette dernière allégation, le Tribunal relève qu'il apparaît nettement disproportionné, aux regard des charges inhérentes à l'exploitation d'une telle entreprise, d'utiliser une telle structure uniquement pour effectuer plus efficacement des recherches d'emploi prétendument rendues difficiles par la présence de sa jeune fille à son domicile. Sur ce dernier point, il convient de souligner également que le recourant a indiqué dans son courrier du 31 août 2009, avoir finalement installé son bureau à son domicile, ce qui contredit ses premières déclarations. Enfin, il sera également rappelé qu'il ressort du bilan de la société que les postes "frais clients & représentation" et "frais voyage & déplacement" sont passés de 843 fr. 50 en 2002 à 24'320 fr. en 2003 et à 32'339.85 en 2004, ce qui démontre une activité croissante de cette société. C'est donc à juste titre que la caisse a retenu que le recourant a été actif au sein de sa société. Il n'est toutefois pas réellement déterminant de savoir si l'assuré a exercé une activité en tant qu'employé de commerce dans le domaine informatique ou non, dès lors qu'il conviendra de prendre le revenu minimum d'un employé de commerce comme gain intermédiaire. Le fait de retenir une activité à plein temps pour le calcul de ce gain n'est pas non plus critiquable, au vu de la doctrine susmentionnée. Enfin, s'agissant de l'allégation du recourant selon laquelle il n'a concrètement perçu de son activité au sein de Z_____ Sàrl aucun revenu, dividende ou tantième, comme cela ressort des déclarations fiscales produites, le Tribunal rappellera qu'il ne saurait s'écarter de la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle il convient de traiter de la même façon les personnes exerçant un gain intermédiaire en qualité d'indépendant que les personnes salariées et ce quand bien même l'activité indépendante ne fait que débiter et que les revenus concrètement perçus sont très faibles. Il ne peut être ainsi tenu compte du fait que l'assuré a, selon lui, tiré de son activité indépendante que des revenus dérisoires, étant par ailleurs précisé que les montants relatifs

à l'achat et à la vente de quelques montres qu'il allègue avoir perçu ne correspondent pas aux revenus figurant dans les déclarations fiscales produites. Il découle de ce qui précède que la cause sera renvoyée à l'OCE afin que le calcul du gain intermédiaire soit effectué conformément aux critères fixés par la jurisprudence du Tribunal fédéral. La date d'ouverture du délai-cadre d'indemnisation sera également revue. PAR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme : Déclare le recours recevable. Au fond : L'admet partiellement et annule les décisions des 3 août 2007 et 7 août 2008. Renvoie le dossier à la Caisse cantonale genevoise de chômage pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Condamne l'intimée à verser au recourant une indemnité de 1'000 fr. à titre de dépens. Dit que la procédure est gratuite. 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 Nathalie LOCHER La présidente Doris WANGELER La secrétaire-juriste : Hermione STIEGER Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'au Secrétariat d'Etat à l'économie par le greffe le

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.