



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1406/2004

ATAS/477/2005

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

1^{ère} chambre

du 31 mai 2005

En la cause

Monsieur S _____, mais comparant par Maître Olivier CRAMER en recourant
l'Etude
duquel il élit domicile

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE,
sise rue de Montbrillant 40 à Genève

intimée

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mmes Juliana BALDE et Isabelle DUBOIS, Juges

EN FAIT

1. Monsieur S _____ a été engagé dès le 1^{er} mars 2000 en qualité de garde du corps-chauffeur de Monsieur P _____ par la société Y _____ SA. Le contrat daté du 21 décembre 1999 prévoyait un salaire mensuel brut de 9'300 fr., treize fois l'an pour 60 heures par semaine.

Un second contrat a été établi avec la société X _____ Sàrl le 1^{er} février 2002 aux termes duquel :

« Vous travaillerez en qualité de chauffeur-garde du corps. Le présent contrat prend effet au 1^{er} janvier 2002 pour une durée fixe de 13 mois, soit jusqu'à la fin janvier 2003. Il remplace le précédent contrat de travail conclu avec notre société et annule toutes les autres dispositions contractuelles antérieures. Votre salaire mensuel de base est de CHF 10'000.00 brut (12 x par année), pour des horaires de 60 heures par semaine (week-end compris) ».

Par convention du 21 novembre 2002, les accords suivants ont été signés par l'assuré et la société Y _____ SA soit pour elle Messieurs R _____ et Didier P _____ :

- Monsieur S _____ accepte la résiliation de son contrat de travail avec la société X _____ Sàrl pour le 31 octobre 2002,
- son salaire sera payé jusqu'à fin octobre 2002. Le versement sera effectué le 25 novembre 2002,
- pour solde de tout compte, y compris solde de vacances et autres éventuelles prétentions financières relatives à son contrat de travail, Y _____ SA lui versera la somme de 45'000 fr. Le règlement sera effectué au plus tard le 30 novembre 2002.

Selon l'extrait du registre du commerce figurant dans le dossier, Monsieur Didier P _____ a été administrateur-président du 3 avril 2000 au 22 novembre 2001, directeur du 14 mai 2001 au 10 juillet 2002, puis administrateur à compter du 22 novembre 2001 de la société Y _____ SA ; que la société X _____ Sàrl a pour associé-gérant Monsieur K _____ et pour associé Monsieur M _____.

2. Par courrier du 26 mars 2003, Monsieur Didier P _____, sur papier à en-tête de la société X _____ Sàrl, a constaté que le solde dû à l'assuré n'avait pas été versé, s'en excuse et propose un plan de paiement en dix mensualités, le premier versement au 14 avril 2003, puis à chaque fin de mois, le dernier étant prévu pour le 31 décembre 2003.

Monsieur S _____ a finalement fait notifier à la société Y _____ SA soit pour elle Monsieur P _____, un commandement de payer en date du 8

juillet 2003 pour un montant de 45'000 fr. sous déduction de 10'000 fr. versés le 23 décembre 2002. Le commandement de payer n'a pas été frappé d'opposition.

Monsieur S_____ a requis la continuation de la poursuite le 16 septembre 2003.

Par jugement du 10 novembre 2003, le Tribunal de première instance a prononcé la faillite de la société Y_____ SA.

L'intéressé a produit dans le cadre de la faillite sa créance de salaire pour un total de 36'916 fr. 65. L'Office des faillites a écarté ladite production, « dès lors que les fiches de paies et le contrat produits sont au nom de X_____ Sàrl ».

3. L'intéressé a déposé le 8 janvier 2004 une demande visant à l'octroi d'une indemnité en cas d'insolvabilité auprès de la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la Caisse).
4. Par décision du 12 janvier 2004, la Caisse a rejeté sa demande, considérant elle aussi que le contrat de travail ainsi que les fiches de salaire avaient été établis par la société X_____ Sàrl.
5. L'intéressé, représenté par Maître Olivier CRAMER, a formé opposition le 18 février 2004. Il explique avoir dès mars 2000 travaillé en qualité de garde du corps-chauffeur de Monsieur P_____, pour la société Y_____ SA. Il ajoute que, bien qu'un second contrat ait été conclu le 1^{er} février 2002 avec la société X_____ Sàrl, il a continué à exercer strictement la même activité de garde du corps-chauffeur de Monsieur P_____ ; que par convention du 21 novembre 2002, la société Y_____ SA a repris les engagements relatifs à son contrat de travail ; que le 23 décembre 2002, il a reçu un montant de 10'000 fr. de la société Y_____ SA, soit pour elle Monsieur P_____. Il souligne que la société Y_____ SA n'a pas frappé d'opposition son commandement de payer du 8 juillet 2003. Il considère dès lors être créancier pour des arriérés de salaire et autres prestations découlant du contrat de travail de la société Y_____ SA et non de la société X_____ Sàrl. Il conclut à l'octroi d'une indemnité au sens de l'art. 51 al. 1 let. a de loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (ci-après LACI), la société Y_____ SA étant en faillite.
6. Par décision sur opposition du 1^{er} juin 2004, la Caisse a confirmé sa décision du 12 janvier 2004. Elle a en effet considéré que l'intéressé ne possédait pas de créance envers la société Y_____ SA qui n'était pas son employeur. Elle a à cet égard rappelé que suite au contrat conclu le 1^{er} février 2002, toutes les fiches de salaire, de mars à octobre 2002, avaient été établies par la société X_____ Sàrl, et que le 26 mars 2003, c'est encore cette société qui s'excuse auprès de l'intéressé du retard pris dans le paiement du solde dû.

-
7. L'intéressé a interjeté recours contre ladite décision sur opposition le 2 juillet 2004. Il soutient que la décision de l'Office des faillites d'écarter sa créance produite dans la faillite de la société Y _____ SA ne saurait lier ni la Caisse, ni le Tribunal de céans et informe ce dernier qu'il entend quoi qu'il en soit contester cette décision « incompréhensible » par la voie d'une action en contestation de l'état de collocation. Il reproche également à la Caisse d'avoir pris en considération le courrier du 26 mars 2003 pour en conclure que l'employeur serait la société X _____ Sàrl et non la société Y _____ SA, alléguant que « Monsieur P _____ n'a jamais disposé du moindre droit d'engager la société X _____ Sàrl et que dès lors ce courrier a été établi sans droit et vraisemblablement à l'insu des organes autorisés de cette société ». Il affirme par ailleurs que, bien que les fiches de salaire aient été établies au nom de la société X _____ Sàrl, il avait en réalité été rémunéré par Monsieur P _____. Il relève également que sa créance relève bien de prétentions dues pour les années 2000 et 2001, années durant lesquelles il était employé de Y _____ SA selon contrat du 21 décembre 1999. Il ajoute enfin que quand bien même il avait été formellement engagé du 1^{er} février au 31 octobre 2002 par la société X _____ Sàrl, son activité n'avait en réalité subi aucune modification par rapport à la période durant laquelle il était employé de la société Y _____ SA.
 8. Invitée à se déterminer, la Caisse a conclu au rejet du recours.
 9. Le Tribunal de céans a souhaité entendre en comparution personnelle les parties. Le conseil de l'assuré l'a cependant informé le 21 février 2005 que celui-ci s'était installé au Canada.
 10. Renseignements pris auprès de la CIAM, caisse de compensation auprès de laquelle les deux sociétés étaient affiliées, le recourant figure sur les attestations de salaires annuels de Y _____ SA du 1^{er} mars 2000 au 31 janvier 2001 et sur celles de X _____ Sàrl du 1^{er} février 2001 au 31 octobre 2002.
 11. Entendu en qualité de témoin le 19 avril 2005 par le Tribunal de céans, Monsieur P _____ a expliqué que X _____ Sàrl et Y _____ SA appartenaient au même groupe, sans qu'il y ait toutefois de holding officiellement. Il a confirmé que le recourant avait été engagé pour être à son seul service et que l'activité de celui-ci n'avait subi aucune modification après la conclusion du contrat du 1^{er} février. Il a encore précisé que la convention du 21 novembre 2002 avait été établie à la demande du recourant lui-même, inquiet parce que Y _____ Sàrl ne lui versait pas régulièrement son salaire. Il a dit considérer que le recourant était resté salarié de X _____ Sàrl, Y _____ SA n'intervenant que pour payer le solde du salaire dû. Il a conclu en déclarant qu'« on peut tout à fait dire que Monsieur S _____ a été engagé par un groupe dont font partie Y _____ SA, Y _____ X _____ Sàrl ».

12. Dans son mémoire après enquêtes du 17 mai 2005, le recourant souligne que l'audition du témoin a permis de confirmer que le transfert des rapports de travail à X _____ Sàrl n'avait été que formel. Il considère qu'il ne faut pas s'arrêter à l'apparence créée par le contrat de travail du 1^{er} février 2002, mais retenir qu'il a travaillé dans les faits pour Y _____ SA de février 2000 à fin octobre 2002.
13. L'intimée quant à elle persiste dans sa position. Elle ajoute que même si par impossible l'on admettait que Y _____ SA était devenue l'employeur avec effet rétroactif, les conditions de l'art. 52 al. 1 LACI ne seraient pas remplies. L'indemnité pour cause d'insolvabilité ne pourrait en effet être versée pour le mois de novembre 2002, la faillite de Y _____ SA ayant été prononcée le 10 novembre 2002. Le recourant ne pourrait pas non plus prétendre à des indemnités pour les treizièmes salaires des années 2000 et 2001, puisqu'elles ne correspondent pas à des prestations dues sur les quatre derniers mois du rapport de travail. Quant au treizième salaire de l'année 2002, il n'est pas prévu par le contrat de travail du 1^{er} février 2002. Enfin l'art. 52 al. 1 LACI limite la couverture du salaire à 8'900 fr.
14. Ces écritures ont été transmises aux parties le 19 mai 2005 et la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1^{er} août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 8 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'art. 56 LPGA qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 et à l'art. 49 al. 3 de la loi cantonale en matière de chômage, du 11 novembre 1983, en matière de prestations cantonales complémentaires. Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

-
3. Aux termes de l'art. 51 al. 1 LACI, les travailleurs assujettis au paiement des cotisations, qui sont au service d'un employeur insolvable sujet à une procédure d'exécution forcée en Suisse ou employant des travailleurs en Suisse, ont droit à une indemnité pour insolvabilité lorsqu'une procédure de faillite est engagée contre leur employeur et qu'ils ont, à ce moment-là, des créances de salaire envers lui (let. a).
 4. En l'espèce, l'intimée a rejeté la demande d'indemnité en cas d'insolvabilité présentée le 8 janvier 2004 par le recourant, au motif que celui-ci ne possédait pas de créance envers la société Y _____ SA, dont la faillite a été prononcée le 10 novembre 2003. Elle a considéré que son employeur était X _____ Sàrl.
 5. Le litige porte dès lors sur la question de savoir qui de Y _____ SA ou de X _____ Sàrl, était l'employeur du recourant.
 6. La notion d'employeur propre à l'AVS s'applique à l'assurance-chômage (cf. DSD N° 1032). Du reste, selon l'art. 2 LACI, est tenu de payer des cotisations de l'assurance-chômage l'employeur qui doit payer des cotisations en vertu de l'art. 12 LAVS (cf. également art. 11 LPGA). Est considéré comme employeur celui qui verse au travailleur une rémunération au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS ; il s'agit d'une présomption qui peut être renversée lorsque le salaire est payé sur l'ordre d'un tiers (RCC 1990, p. 141 ; RCC 1987, p. 32). En matière AVS, la notion d'employeur est une notion autonome qui n'implique pas forcément entre les parties l'existence d'un contrat de travail au sens des art. 319 et ss. CO ou d'un rapport de service de droit public (Jean-Louis DUC, commentaire des articles 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, note 4, ad. art. 12).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, lors de situations ambiguës, on considère comme employeur tenu de faire les décomptes et de payer les cotisations celui qui verse le salaire déterminant à son employé. Il n'est pas nécessaire que la personne obligatoirement assurée se trouve en rapport de service ou d'engagement avec la personne ou la collectivité de personnes qui lui verse un salaire. Il suffit qu'elle dépende soit du point de vue de l'économie d'entreprise soit de celui de l'organisation de celui pour lequel elle travaille. Si l'assuré est en même temps et pour la même activité en rapport de dépendance et de subordination à l'égard de plusieurs personnes, l'obligation de faire des décomptes et de payer les cotisations incombe à l'employeur qui a le contact le plus immédiat et le plus étroit avec l'assuré (RCC 1987, p. 31 consid. 2b).

7. En l'espèce, le recourant a travaillé comme garde du corps-chauffeur de Monsieur P _____ dès le premier contrat, à savoir dès le 1^{er} mars 2000 et ce jusqu'au 31 octobre 2002. L'activité qu'il a déployée auprès de Monsieur P _____ n'a subi aucune modification durant toute cette période.

Un premier contrat du 21 décembre 1999 a été signé par Monsieur R _____ pour la société Y _____ SA, un second cependant du 1^{er} février 2002 par Monsieur M _____ pour la société X _____ Sàrl. Quant à la convention du 21 novembre 2002, elle l'a été par Messieurs R _____ et P _____ pour la société Y _____ SA.

Il appert des attestations de salaires annuels adressées à la caisse de compensation AVS que le recourant a été déclaré par Y _____ SA du 1^{er} mars 2000 au 31 janvier 2001 et par X _____ Sàrl du 1^{er} février 2001 au 31 octobre 2002, soit conformément aux deux contrats.

Il est vrai toutefois que les deux sociétés apparaissent très étroitement liées, à telle enseigne qu'il arrivait à Monsieur P _____ de verser directement au recourant son salaire même lorsque celui-ci travaillait pour X _____ Sàrl selon le contrat conclu le 1^{er} février 2002, étant rappelé à cet égard que Monsieur P _____ n'avait jamais exercé aucun pouvoir au sein de cette société. Il a par ailleurs écrit au recourant le 26 mars 2003 sur papier à en-tête de X _____ Sàrl, mais ne se souvient pas pour quelle raison il a utilisé le nom de cette société (cf. procès-verbal d'enquêtes du 19 avril 2005).

Le transfert des rapports de travail de Y _____ SA à X _____ Sàrl le 1^{er} février 2002 n'aurait ainsi été que formel, selon le recourant, et ne correspondrait pas à la réalité des faits. Il convient au surplus de rappeler que, Y _____ SA a repris les dettes salariales de X _____ Sàrl envers le recourant par la convention du 21 novembre 2002.

La question de savoir quelle société est l'employeur du recourant peut quoi qu'il en soit rester ouverte dans la mesure où ce dernier ne pourrait en réalité prétendre à aucune indemnité pour cause d'insolvabilité même s'il était considéré comme le salarié de Y _____ SA. En effet, aux termes de l'art. 52 al. 1 LACI :

« l'indemnité couvre les créances de salaire portant sur les quatre derniers mois du rapport de travail qui a précédé le prononcé de la faillite, ainsi que les éventuelles créances de salaire portant sur les prestations de travail fournies après le prononcé de la faillite, jusqu'à concurrence, pour chaque mois, du montant maximum visé à l'art. 3, al. 2. Les allocations dues aux travailleurs font partie intégrante du salaire ».

Or, les créances que fait valoir le recourant contre Y _____ SA sont composées du salaire afférent au mois de novembre 2002, des treizièmes salaires pour les années 2000 (mars à décembre), 2001 (janvier à décembre) et 2002 (janvier à novembre). Le salaire du mois de novembre 2002 ne saurait être dû, le contrat de travail ayant été résilié avec effet au 31 octobre 2002. Les treizièmes salaires pour 2000 et 2001 sont des créances qui ne portent ni sur les quatre derniers mois du rapport de travail, ni sur une période travaillée après la faillite.

Le treizième salaire n'est pas prévu par le contrat du 1^{er} février 2002 lequel fixe le salaire mensuel de base à 10'000 fr. brut (12 x par année).

Force dès lors est de constater que le recourant ne peut pas prétendre à l'indemnité pour cause d'insolvabilité. Aussi le recours doit-il être rejeté.

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

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

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 par plis recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière:

Marie-Louise QUELOZ

La Présidente :

Doris WANGELER

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