RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1383/2006 **ATAS/771/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 4

Du 6 septembre 2006

En la cause

Monsieur S_____, domicilié GENEVE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître NIDEGGER Yves	recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, rue de Montbrillant 40, 1211 GENEVE 2	intimée

Siégeant : Juliana BALDE, Présidente ; Karine STECK et Isabelle DUBOIS, Juges

EN FAIT

1. Monsieur S_____ s'est inscrit le 1er août 2005 auprès de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après l'OCE) et a sollicité des indemnités de chômage. L'intéressé a travaillé en qualité de directeur de la société X_____ SA du 1er avril 2001 au 31 janvier 2005, au bénéfice d'un contrat de durée indéterminée, puis du 1er février 2005 au 31 juillet 2005 au bénéfice d'un contrat de durée déterminée, pour un salaire mensuel brut de 8'125 fr.

2. Par courrier du 28 juin 2005, l'employeur a informé l'intéressé que son contrat de travail ne serait pas prolongé, en raison d'une restructuration de l'entreprise.

3. Lors d'un contrôle interne, la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la caisse) a constaté que Madame S_____, épouse de l'intéressé, avait été inscrite au Registre du commerce en qualité d'administratrice, avec signature individuelle, de la société X_____ SA, du 3 mai 2001 au 15 février 2005 puis, dès cette date et jusqu'au 27 septembre 2005, en qualité de directrice au bénéfice d'une signature individuelle.

4. Par décision du 26 septembre 2005, la caisse a informé l'intéressé qu'il ne pouvait être mis au bénéfice d'indemnités de chômage, compte tenu de sa position de conjoint de l'employeur.

5. L'intéressé, représenté par Me Yves NIDEGGER, a formé opposition le 14 octobre 2005. Il a rappelé que la société X_____ SA a géré le tea-room "Z_____" jusqu'au 28 octobre 2004, date à laquelle les actifs du tea-room ont été cédés à la société Y_____ SA. Son épouse est titulaire d'une patente de cafetier, raison pour laquelle elle a été inscrite en qualité d'organe de la société. Il a allégué que le transfert du tea-room à une autre société n'avait pas affecté sa situation au sein de la société et que ni lui, ni son épouse ne détenaient des actions de X_____ SA. S'agissant du non renouvellement de son contrat de travail en juillet 2005, il a fait valoir que son épouse n'était plus dans les faits un organe de la société depuis octobre 2004 déjà, date du transfert des actifs de Z_____ à la société Y_____ SA, et formellement depuis le 30 mars 2005, date à laquelle l'assemblée générale de X_____ SA avait décidé de résilier son mandat de directrice. Il a conclu à l'annulation de la décision et à l'octroi d'indemnités journalières.

6. Par décision du 13 mars 2006, la caisse a rejeté l'opposition de l'intéressé. Après instruction, elle a considéré que la situation de l'intéressé n'était pas claire, dans la mesure où il a fait valoir des indemnités de chômage en relation avec la perte de son emploi de directeur de Z_____. En effet, dès lors que la propriété du tea-room a été cédée à la société Y_____ SA en octobre 2004, il est peu vraisemblable que l'intéressé ait continué d'occuper son poste de directeur de

Z_____ après cette date tout en étant rémunéré par Y_____ SA. Quant à l'épouse de l'intéressé, son inscription en qualité de directrice avec signature individuelle n'a été radiée au registre du commerce qu'en date du 27 septembre 2005 et, entre-temps, elle a été inscrite en qualité d'organe de Y_____ SA. Il s'ensuit que pendant toute la durée de son activité de directeur de Z_____, l'épouse de l'intéressé a été liée à l'exploitation du tea-room, que ce soit lorsque ce dernier était propriété de X_____ SA ou de Y_____ SA. Enfin, la caisse a relevé que l'intéressé n'avait pas été en mesure de démontrer avoir effectivement perçu un salaire de 8'125 fr. pendant la durée de ses rapports de service.

7. Par l'intermédiaire de son mandataire, l'intéressé a interjeté recours le 18 avril 2006. Il allègue que la caisse a fait une mauvaise application de la loi et fait preuve de formalisme excessif en niant son droit à l'indemnité de chômage. Il relève que son épouse a été radiée de sa fonction d'administratrice de la société X_____ SA le 15 février 2005, que Madame P_____ lui a succédé, qu'elle ne devait figurer au Registre du commerce qu'une quinzaine de jours supplémentaires en qualité de directrice, soit jusqu'au 30 mars 2005, date à laquelle l'assemblée générale de X_____ SA a prononcé la résiliation de son mandat de directrice avec effet immédiat. Ce procès-verbal a été adressé au Registre du commerce par Madame P_____ et elle ignore pourquoi ce dernier n'a procédé à sa radiation que le 27 septembre 2005, après un rappel de Madame P_____. Cette dernière est tombée malade et X_____ SA est entrée en faillite début 2006. Il rappelle qu'il est sorti du chômage le 10 avril 2006, en retrouvant une acté à plein temps dans la restauration. Il soutient que les pouvoirs de son épouse au sein de la société X_____ SA ont été supprimés avec effet immédiat le 30 mars 2005 et qu'à compter de cette date, il ne saurait être assimilé, par l'intermédiaire de son conjoint, à une personne qui fixe les décisions que prend la société. S'agissant de ses salaires, il rappelle avoir produit copies des attestations d'employeur, de son contrat de travail, de ses fiches de salaires de juillet 2004 à juillet 2005, signées par l'employeur sous la plume de Madame P_____. Il ne s'agit-là pas de simples allégués, mais de moyens de preuve dont l'autorité doit se satisfaire. Il conclut à l'annulation de la décision et à l'octroi d'indemnités journalières du 1er août 2005 au 9 avril 2006.

8. Dans sa réponse du 24 mai 2006, la caisse relève que lors de la résiliation du contrat de travail de l'intéressé, son épouse était toujours inscrite au registre du commerce, de sorte qu'il se justifie de lui appliquer, par analogie, la réglementation en matière d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail. Selon la caisse, la radiation permet d'admettre, sans équivoque, que l'assuré a quitté la société; par conséquent, un éventuel droit à l'indemnité ne pourrait être examiné qu'à partir du 27 septembre 2005. Subsidiairement, la caisse relève que se poserait encore la question de la réalisation des conditions relatives à la période de cotisations et c'est à l'assuré de prouver qu'il a perçu son salaire au moyen d'une attestation bancaire ou

postale. Or, en l'occurrence, l'intéressé n'a pas produit de pièces permettant d'établir l'effectivité du versement du salaire par la société, ni son montant. La caisse conclut au rejet du recours.

9. Par réplique du 19 juin 2006, le recourant persiste dans ses conclusions et produit copie du certificat de salaire pour la déclaration d'impôt pour la période du 1er janvier 2005 au 31 juillet 2005, ainsi que copie des éléments fiscaux relatifs aux années 2003 et 2004, dont il ressort qu'en 2004, suite à une maladie, il a perçu des indemnités versées par l'assureur perte de gain de X_____ SA à hauteur de 43'528 fr. Il relève enfin que son contrat de travail de durée déterminée, conclut du 1er février 2005 au 31 juillet 2005, ne fait pas mention du tea-room, l'administratrice ayant pris la peine de créer un nouveau document et en tenant compte de la nouvelle adresse de la société, postérieurement à l'aliénation de Z_____.

10. Dans sa duplique du 7 juillet 2006, la caisse relève que ce selon la jurisprudence, ce n'est pas l'abus avéré qui doit être sanctionné, mais le risque que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur ou à son conjoint. Pour le surplus, la caisse fait remarquer que le recourant ne produit aucune pièce comptable permettant d'attester le versement et le montant du salaire durant la période minimale de cotisation et que Madame P_____ n'occupe une fonction dirigeante au sein de X_____ SA que depuis le 15 février 2005, de sorte qu'elle ne saurait attester de faits antérieurs à son entrée en fonction, si ce n'est sur la base des informations reçues des personnes l'ayant précédée, soit notamment l'épouse du recourant. La caisse persiste dans ses conclusions.

11. Ces écritures ont été communiquées au recourant en date du 13 juillet 2006 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 1er 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. 56V al. 1 let. a ch. 8 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'art. 56 de la loi 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.

3. La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 230 consid. 1.1; 335 consid. 1.2; ATF 129 V 4 consid. 1.2; ATF 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références). Les règles de procédure quant à elles s'appliquent sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b). La LPGA s'applique donc au cas d'espèce.

   Interjeté dans les forme et délai prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA).

4. Le litige porte sur le droit à l'indemnité de chômage du recourant du 1er août 2005 au 9 avril 2006.

5. L'assuré a droit à l'indemnité de chômage notamment s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 8 al. 1 let. a LACI) et s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (art. 13 et 14 LACI).

   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.

   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. 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 (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. C'est la raison pour laquelle le Tribunal fédéral des assurances 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.

La jurisprudence étend l'exclusion du conjoint du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, au droit à l'indemnité de chômage (cf. arrêt non publié M. du 26 juillet 1999 [C 123/99]; voir aussi Regina JÄGGI, Eingeschränkter Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei arbeitgeberähnlicher Stellung durch analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG, RSAS 2004, p. 9 s.). En effet, les conjoints peuvent exercer une influence sur la perte de travail qu'ils subissent, ce qui rend leur chômage difficilement contrôlable. En outre, aussi longtemps que cette influence subsiste, il existe une possibilité de réengagement. Dans ce cas également, il s'agit de ne pas détourner la réglementation en matière d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, par le biais d'une disposition sur l'indemnité de chômage (DTA 2005 p. 131 [arrêt W. du 7 décembre 2004, C 193/04]).

6. Selon la jurisprudence, le point de savoir si un travailleur 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 525 et sv. consid. 3b). Toutefois, lorsque le travailleur (ou son conjoint) est membre du conseil d'administration d'une société anonyme, il dispose ex lege (art. 716-716b CO) du pouvoir de fixer les décisions que la société est amenée à prendre comme employeur ou, à tout le moins, de les influencer considérablement au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI. Cette circonstance permet à elle seule d'exclure son droit aux indemnités de chômage, sans qu'il soit nécessaire de déterminer plus concrètement ses responsabilités (respectivement celles de son conjoint) exercées au sein de la société (ATF 122 V 272 consid. 3).

   La jurisprudence relative à l'art. 31 al. 3 let. c LACI réserve en principe le droit à l'indemnité d'un assuré qui, s'étant trouvé dans une position assimilable à celle de l'employeur, a quitté définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci, ou a rompu définitivement tout lien (par suite de résiliation du contrat) avec une entreprise qui continue d'exister (ATF 123 V 238 consid. 7b/bb; DTA 2003 p. 241 consid. 2 et les références [arrêt F. du 14 avril 2003, C 92/02]). De jurisprudence

constante, l'inscription de l'assuré au registre du commerce (comme organe de la société) constitue un critère aisément vérifiable et important pour déterminer si une personne ayant une position assimilable à celle d'un employeur a droit à l'indemnité de chômage (arrêt K. du 8 juin 2004, C 110/03); la radiation de l'inscription permet d'admettre sans équivoque que l'assuré a quitté la société.

7. En l'espèce, l'intimée considère que le recourant ne saurait prétendre aux indemnités de chômage, puisqu'il était conjoint d'un organe de l'employeur pendant toute la durée des rapports de travail.

Le recourant conteste la position de l'intimée, au motif que son épouse a quitté le conseil d'administration de la société X_____ SA le 30 mars 2005.

Il résulte de l'extrait du Registre du commerce que du 3 mai 2001 au 15 février 2005, que l'épouse du recourant était administratrice, au bénéfice d'une signature individuelle, de la société anonyme X_____ SA ; à compter du 15 février 2005, elle a été inscrite en qualité de directrice, au bénéfice d'une signature individuelle, jusqu'au 27 septembre 2005, date de sa radiation. Ladite société gérait le tea-room Z_____, dont le recourant était le directeur. Un contrat de travail à durée déterminée a été établi par X_____ SA en date du 1er février 2005, aux termes duquel la société précitée engage le recourant du 1er février 2005 au 31 juillet 2005; il était en outre prévu que le contrat peut être renouvelé de six mois en six mois, sauf résiliation au 30 juin 2005, pour le 31 juillet 2005. X_____ SA a résilié le contrat de travail par courrier du 28 juin 2005.

Certes, lors de l'assemblée générale de X_____ SA du 30 mars 2005, le mandat de directrice de l'épouse du recourant a été résilié avec effet immédiat. Il n'en demeure pas moins que sa radiation au registre du commerce n'a été effective qu'en date du 27 septembre 2005. Le Tribunal de céans relève par ailleurs qu'en date du 28 octobre 2004, les actifs de la société X_____ SA relatifs à l'exploitation du tea-room Z_____ ie ont été cédés à la société Y_____ SA, en voie de constitution. Or, cette société a été inscrite au registre du commerce le 17 mai 2005, avec pour but social l'exploitation du tea-room à l'enseigne Z_____ et l'épouse du recourant a été inscrite au registre du commerce avec un droit de signature collective à deux. Elle a ainsi indiscutablement gardé des liens avec son employeur, que ce soit à travers la société X_____ SA où elle est demeurée inscrite comme directrice, avec signature individuelle, ou Y_____ Sa où, de l'aveu même du recourant et de l'administratrice Madame P_____, elle est devenue organe dès le 17 mai 2005. Or, aussi longtemps qu'une personne occupant une fonction dirigeante maintient des liens avec sa société, non seulement la perte de travail qu'elle subit est incontrôlable mais la possibilité subsiste qu'elle décide d'en poursuivre le but social. Dans un tel cas de figure, il est donc impossible de déterminer si les conditions légales sont réunies sauf à procéder à un examen a posteriori de l'ensemble de la

situation de l'intéressé, ce qui est contraire au principe selon lequel cet examen a lieu au moment où il est statué sur les droits de l'assuré. Au demeurant, ce n'est pas l'abus avéré comme tel que la loi et la jurisprudence entendent sanctionner ici, mais le risque d'abus que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur (ATFA du 14 avril 2003, cause C 92/02, du 29 août 2005, cause C 163/04).

Au vu de ce qui précède, force est de constater que durant toute la durée effective de ses rapports de travail en qualité de directeur de Z_____, le recourant avait le statut de conjoint de l'employeur. Or, les conjoints peuvent exercer une influence sur la perte de travail qu'ils subissent, ce qui rend leur chômage difficilement contrôlable. En effet, aussi longtemps que cette influence subsiste, il existe une possibilité de réengagement. Dans ce cas également, il s'agit de ne pas détourner la réglementation en matière d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, par le biais d'une disposition sur l'indemnité de chômage (ATFA du 29 août 2005, cause C 163/04). Par ailleurs, la personne assurée qui a quitté l'entreprise dans laquelle son conjoint ou sa conjointe occupe une position comparable à celle d'un employeur n'a en principe droit à l'indemnité que si elle a perdu un emploi qu'elle occupait chez un autre employeur et qu'elle a accompli une période minimale de cotisation de six mois hors de l'entreprise de son conjoint (Bulletin AC du SECO 2003/4 fiche 4/3, 2004/3 fiche 3; circulaire relative à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, janvier 2005, chiffre B 44; ATFA du 31 mars 2004, cause C 171/03).

Au vu de ce qui précède, le recourant ne peut prétendre aux indemnités de chômage.

Mal fondé, le recours sera 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).

Le greffier — La Présidente :

Walid BEN AMER

Juliana BALDE

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