

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1400/2004

ATAS/845/2004

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

2^{ème} chambre

du mardi 26 octobre 2004

En la cause

Madame N_____, comparant par Me Jean-Jacques MARTIN, recourante
avocat, en l'Etude duquel elle élit domicile

contre

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

**Siégeant : Madame Isabelle DUBOIS, Présidente, Mmes Doris WANGELER et Karine
STECK, juges.**

EN FAIT

1. Madame N_____ (ci-après la recourante), née en 1949, professeur de rythmique de formation, a travaillé à temps partiel dans cette profession pour le compte de l'Etat de GENEVE depuis le 1^{er} septembre 1987. Par ailleurs, elle a travaillé à temps partiel du 1^{er} octobre 2002 au 31 janvier 2004 dans l'entreprise de son époux, la société N_____ SA, dont elle été licenciée le 27 novembre 2003 pour le 31 janvier 2004.
2. La recourante s'est inscrite le 13 février 2004 à l'office cantonal de l'emploi (ci-après OCE) et a demandé à bénéficier des indemnités de chômage dès cette date.
3. Sur sa demande d'indemnité, signée le 19 février 2004, la recourante a expliqué avoir été licenciée en raison de la maladie de son employeur et de la mauvaise situation économique. Elle a également déclaré continuer à percevoir un revenu de son activité salariée auprès de l'Etat de Genève.
4. Par jugement du 24 février 2004, le Tribunal de première instance du canton de GENEVE a accordé à la société N_____ SA un sursis concordataire de six mois jusqu'au 24 août 2004, nommant M. B_____ en qualité de commissaire au sursis, et limitant le pouvoir de disposition de Monsieur N_____, administrateur unique, et/ou de tout tiers dans le cadre de la réalisation de l'ensemble des actifs de N_____ SA, en donnant un pouvoir de signature au commissaire au sursis conjointement avec l'administrateur unique ou tout tiers.
5. Sur l'attestation d'employeur du 11 mars 2004, le Département de l'instruction publique a confirmé que la recourante travaillait à temps partiel, soit à raison de 14 heures par semaine sur un horaire plein de 26 heures par semaine, depuis le 1^{er} septembre 1987 et que son contrat de travail était toujours en cours.
6. Sur l'attestation d'employeur du 11 mars 2004, la société N_____ SA a déclaré que la recourante avait travaillé du 1^{er} octobre 2002 au 31 janvier 2004 en qualité d'assistante de Monsieur N_____ à raison de 8 heures par semaine, et que son contrat de travail avait été résilié en raison de la mise en sursis concordataire de la société.

La société N_____ SA a également répondu par l'affirmative à la question de savoir si l'assurée ou son conjoint avait une participation financière à l'entreprise ou y occupait une fonction dirigeante.

7. Par décision du 26 mars 2004, la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après l'intimée) a informé la recourante qu'elle ne pouvait pas donner suite à sa demande d'indemnités au motif qu'elle était la conjointe de son employeur, la société en question étant administrée par son époux.

8. Dans son opposition du 28 avril 2004, la recourante a conclu à l'annulation de la décision du 26 mars 2004, à ce qu'elle soit déclarée apte au placement et à ce que des indemnités d'assurance-chômage lui soient octroyées. Elle a exposé avoir travaillé à temps partiel pour la société N_____ SA et avoir été licenciée le 27 novembre 2003 pour le 31 janvier 2004 pour des raisons économiques. Tout le personnel de la société avait été licencié et la société n'avait plus d'activité. N_____ SA était au bénéfice d'un sursis concordataire. La société souhaitait pouvoir réaliser calmement le stock de pierres précieuses sans voir cette marchandise bradée dans le cadre d'une liquidation par voie de faillite. Seul M. N_____ s'employait à trouver des acheteurs au prix du marché pour ce stock et lui seul exerçait encore une activité au sein de la société. Cela fait, celle-ci serait certainement mise en liquidation. Ayant été licenciée de la même manière que le reste du personnel, la recourante a allégué avoir effectivement et définitivement rompu tout lien avec la société N_____ SA et elle était dès lors apte au placement.

La recourante a notamment joint à son opposition la liste des personnes licenciées par la société N_____ SA, à savoir ses six employés, dont elle-même.

9. Selon l'extrait du registre du commerce, état au 9 juin 2004, la société N_____ SA a été inscrite le 3 avril 1981 avec comme but social : « achat, vente, courtage, transformation, taille de toutes pierres précieuses, naturelles ou autres, diamants, objets de bijouterie et perles ». La société est constituée d'un capital social de 200'000 fr. composé de 20 actions au porteur de 1'000 fr. Monsieur N_____ est inscrit depuis le 29 juin 1989 comme administrateur avec signature individuelle.
10. L'intimée a rendu le 11 juin 2004 une décision sur opposition, par laquelle elle rejetait l'opposition du 28 avril 2004 et confirmait la décision entreprise. Elle a expliqué que l'époux de la recourante était exclu du droit à l'indemnité de chômage en raison de son statut d'administrateur de la société N_____ SA et qu'il le resterait tant qu'il ne romprait pas tout lien avec cette dernière. Par conséquent, la recourante était, lors de son inscription à l'OCE, la conjointe d'une personne ayant une position assimilable à un employeur au sein de la société N_____ SA et ne pouvait, en cette qualité, pas prétendre à des indemnités de chômage. L'intimée a précisé que, malgré le sursis concordataire dont bénéficiait la société, l'époux de la recourante disposait toujours d'une signature collective à deux, et partant possédait un pouvoir de décision au sein de la société. Il n'avait en outre pas quitté cette société, dès lors qu'il continuait à y travailler. Par ailleurs, il n'était pas établi que la société serait réellement liquidée au terme du sursis concordataire. L'intimée en concluait que c'était à juste titre qu'elle avait nié le droit de la recourante à l'indemnité de chômage.

11. Dans son recours du 2 juillet 2004, la recourante a conclu à l'annulation de la décision du 11 juin 2004, à ce qu'elle soit déclarée apte au placement et à ce que des indemnités de chômage lui soient versées à compter du 13 février 2004. La recourante a fait remarquer que son époux ne disposait que d'une signature collective à deux dans le cadre du sursis concordataire et qu'il ne pouvait engager la société N_____ SA sans le consentement du commissaire au sursis. Il était par ailleurs manifeste que la seule raison du maintien de la société était la liquidation du stock et le désintéressement des créanciers et que sa liquidation interviendrait au terme du sursis concordataire. La recourante a relevé qu'il était erroné de lui appliquer les règles concernant la réduction de l'horaire de travail, du fait qu'elle avait été définitivement licenciée de la société et que celle-ci ne conservait qu'une existence provisoire. Par ailleurs, la recourante a fait valoir qu'il n'y avait aucun risque qu'elle abuse de l'assurance-chômage du fait de son statut de conjointe de l'employeur, car elle n'avait travaillé qu'à temps partiel pour la société et n'avait aucune influence sur la marche de l'entreprise. Le risque d'abus avait dans tous les cas disparu avec son licenciement. La recourante se trouvait dès lors dans une position comparable à celle des autres employés, à la différence que ceux-ci avaient pu toucher des indemnités chômage pour insolvabilité. Au demeurant, la recourante cherchait activement un nouvel emploi.
12. Dans sa réponse du 22 juillet 2004, l'intimée a proposé le maintien de sa décision du 11 juin 2004, la recourante n'apportant aucun élément nouveau.
13. Par courrier du 20 août 2004, le Tribunal de céans a informé les parties que la cause était gardée à juger, à moins que la recourante ne demande expressément son audition d'ici au 3 septembre 2004, ce qu'elle ne fit pas.

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.

Statuant sur un recours de droit public, le Tribunal fédéral a, dans un arrêt du 1^{er} juillet 2004, confirmé que la disposition transitoire constituait la solution la plus rationnelle et était conforme, de surcroît, au droit fédéral (ATF 130 I 226).

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'article 56 de la loi sur la partie générale du droit des assurances sociales (ci-après LPGA) qui sont 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.

3. Interjeté dans les délais et forme légaux, le recours est recevable (art. 56 à 60 LPGA).
4. La question à résoudre en l'espèce est de savoir si la recourante a droit aux indemnités prévues aux art. 18 et ss de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (ci-après LACI), c'est-à-dire si elle remplit les conditions d'indemnisation de l'art. 8 LACI.
5. Conformément à l'article 8 alinéa 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il remplit plusieurs conditions, notamment s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 10), s'il subit une perte de travail à prendre en considération (art. 11) et s'il est apte au placement (art. 15).

Selon la jurisprudence, il existe un étroit parallélisme entre le droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail et le droit à l'indemnité de chômage (ATF non publié C 355/00 du 28 mars 2001, consid. 2).

La perte de travail doit être contrôlable, dans les deux cas, et c'est pour cela que n'ont pas droit à ces indemnités 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, et les conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise (art. 31 al. 3 let. c LACI ; ATF non publié C 355/00 du 28 mars 2001, consid. 2).

Selon la jurisprudence, un travailleur qui jouit d'une situation professionnelle comparable à celle d'un employeur n'a pas droit à l'indemnité de chômage lorsque, bien que licencié formellement par une entreprise, il continue à 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 des dispositions sur l'indemnité de chômage la réglementation en matière d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, en particulier l'art. 31 al. 3 let. c LACI (cf. ATF 123 V 238 consid. 7b/bb).

On parlera de détournement de la règle lorsque l'entreprise continue d'exister au-delà de la fin des rapports de travail et que l'assuré conserve une position

comparable à celle d'un employeur. Ces personnes n'ont par conséquent pas droit à l'indemnité de chômage qu'elles fassent valoir un chômage complet ou partiel (Secrétariat d'Etat à l'économie, ci-après SECO, circulaire IC janvier 2003 ch. B 31).

La situation est en revanche différente lorsque 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 qu'un tel salarié, par suite de résiliation de son contrat, rompt définitivement tout lien avec la société. Dans un cas comme dans l'autre, l'intéressé peut en principe prétendre à des indemnités de chômage (cf. ATF 123 V 238 consid. 7b/bb ; ATF non publié C 355/00 du 28 mars 2001, consid. 2).

Au surplus, 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 s'il a perdu l'emploi qu'il occupait chez un autre employeur et qu'il a accompli la période minimale de cotisation de douze mois hors de l'entreprise de son conjoint (SECO, Bulletin MT/AC 2003/4 fiche 4/3 chiffre 2).

Ces règles visent à éviter un licenciement fictif. Le TFA a rappelé les motifs qui président à ces exigences. Il s'agit 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 ils 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 TFA a posé des critères stricts permettant de lever d'emblée toute ambiguïté relativement à l'existence et à l'importance de la perte de travail d'assurés dont la situation professionnelle est comparable à celle d'un employeur.

6. En l'espèce, la recourante a travaillé en qualité de salariée de la société N_____ SA à temps partiel à compter du 1^{er} octobre 2002. Elle a été licenciée par courrier du 27 novembre 2003 pour le 31 janvier 2004, à l'instar du reste du personnel, soit les cinq autres employés.

Son époux, Monsieur N_____, administrateur de la société N_____ SA depuis le 29 juin 1989, a bénéficié de la signature individuelle dès cette date. La société N_____ SA a été mise en sursis concordataire par jugement du 24 février 2004 du Tribunal de première instance du canton de GENEVE. Dès lors,

l'époux de la recourante n'a plus disposé que d'une signature collective à deux, conjointe à celle du commissaire au sursis.

Dès lors, au vu des règles légales et jurisprudentielles susmentionnées, la recourante n'a pas droit aux indemnités de chômage en raison de la perte de son emploi au sein de la société, du fait qu'elle est l'épouse de M. N _____.

Le risque, en l'occurrence, est que la recourante travaille à maintenir l'entreprise en vie ou à la remettre sur pied, ou collabore avec son conjoint à cette tâche, tout en touchant les indemnités journalières. Le risque d'abus décrit plus haut est donc très concret. A noter que cette activité rendrait en outre la recourante inapte au placement.

Au vu de ces considérations, c'est à juste titre que l'intimé a nié à la recourante le droit à l'indemnité de chômage dès le 13 février 2004.

Le recours est donc 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 pli 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:

Pierre Ries

La Présidente :

Isabelle DUBOIS

Le secrétaire-juriste :

Alain ACHER

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