

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1474/2006

ATAS/230/2007

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 3

du 1^{er} mars 2007

En la cause

Madame W _____, domiciliée, GENEVE, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître Nicolas DROZ

recourante

contre

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

intimée

Siégeant : Karine STECK, Présidente, Juliana BALDE et Valérie MONTANI, Juges

EN FAIT

1. Madame W_____ - a travaillé du 31 mai 2002 au 31 mai 2005 comme responsable auprès de la société X_____ SA.
2. Le 2 juin 2005, l'intéressée s'est annoncée à l'office cantonal de l'emploi (OCE).
3. Ce dernier, par décision du 18 octobre 2005, a rejeté sa demande d'indemnités. Il a été relevé que l'assurée avait été inscrite au Registre du commerce en qualité d'administratrice avec signature individuelle de la société qui l'employait et avait ainsi occupé une position assimilable à celle de l'employeur. Il a par ailleurs été souligné que la société était toujours active et que l'assurée n'avait pu prouver le versement effectif de ses salaires.
4. Le 15 novembre 2005, l'assurée a formé opposition à cette décision. Elle a allégué n'avoir occupé le poste d'administratrice de la société Y_____ SA que pour des raisons pratiques et avoir procédé à sa radiation auprès du Registre du commerce en date du 27 octobre 2005. Elle a expliqué qu'elle avait été salariée de Y_____ SA, que ses salaires avaient été versés par la caisse de la société et qu'elle avait payé les charges sociales y relatives. A l'appui de ses dires, elle a produit la copie d'une attestation non datée établie par Monsieur B_____, administrateur de la société Y_____ SA, attestant qu'il en était le seul propriétaire et actionnaire depuis 1998 et que Madame Marina W_____ - n'avait jamais détenu la moindre action dans la société ni reçu aucune rémunération pour son poste d'administratrice. L'assurée a également produit un extrait de compte individuel de sa caisse de compensation AVS dont il ressort que des salaires ont été déclarés pour l'année 2004.
5. Par courrier du 12 janvier 2006, l'assurée a été invitée à produire les copies des pièces comptables de la société, soit les comptes "caisse", les bilans et les comptes d'exploitation des années 2004 et 2005.
6. L'assurée s'est exécutée en date du 24 janvier 2006. Il ressort de ces documents qu'un salaire mensuel de 4'700 fr. a été régulièrement comptabilisé dans le compte caisse de la société, du mois de janvier 2004 au mois d'avril 2005, hormis pour le mois de mai 2004 durant lequel il ne s'est élevé qu'à 4'600 fr. D'après les autres pièces comptables, ces salaires ont été versés.
7. Par décision sur opposition du 10 mars 2006, la caisse cantonale genevoise de chômage a partiellement admis l'opposition, annulé la décision du 18 octobre 2005 et reconnu un droit à l'indemnité en faveur de l'assurée dès le 28 octobre 2005 pour autant que les autres conditions soient remplies. La caisse a établi que le contrat de travail de l'assurée avait certes pris fin le 31 mai 2005 mais que celle-ci était restée administratrice avec signature individuelle de la société Y_____ SA jusqu'au

27 octobre 2005, date de sa radiation au Registre du commerce. La caisse a estimé que l'attestation établie par Monsieur B_____ ne changeait rien au fait que l'intéressée avait ainsi occupé une position assimilable à celle d'un employeur au sein de la société tant qu'elle avait conservé sa position d'administratrice avec signature individuelle. La caisse a par ailleurs admis que l'assurée avait prouvé - en produisant les pièces comptables de l'entreprise - qu'un salaire lui avait été régulièrement versé durant une période de douze mois au minimum à l'intérieur du délai-cadre de cotisations et que lesdits salaires avaient été déclarés à la caisse de compensation AVS.

8. Par courrier du 25 avril 2006, l'assurée a interjeté recours contre cette décision.. Elle demande que lui soit reconnu un droit aux indemnités dès le 2 juin 2005. A cet égard, elle fait valoir que l'unique actionnaire de Y_____ SA est Monsieur Philippe B_____ et qu'elle-même n'a jamais détenu la moindre participation.

Elle a fait remarquer que le 22 novembre 2004, la société Z_____ a résilié le contrat d'exploitation qui la liait à Y_____ SA pour le 31 mai 2005, et que, par voie de conséquence, son contrat de travail a également été résilié pour cette date. En effet, bien que la recourante ait été formellement employée par Y_____ SA, son salaire provenait en réalité de Z_____, puisqu'il était prélevé directement dans la caisse de la station-service exploitée. Depuis lors, la société Y_____ a perdu son activité principale et est demeurée en sommeil. La recourante soutient que la société n'a plus alors existé que pour liquider les affaires courantes. Elle a expliqué que c'est pour cette raison et seulement dans cette mesure qu'elle est restée officiellement administratrice : pour liquider toutes les formalités qui restaient à accomplir, notamment en matière de TVA, étant précisé qu'à compter du 31 mai 2005, elle n'a plus reçu le moindre revenu.

Elle a ajouté qu'à l'époque, elle était en outre en pourparlers avec X1_____ et Y1_____ en vue de reprendre l'exploitation d'une station-service appartenant à l'une de ces deux entités; or, dans le milieu de la distribution d'hydrocarbures, l'exploitation d'une station-service n'est envisageable que par l'intermédiaire d'une société anonyme, raison pour laquelle il était nécessaire de conserver la société Y_____ SA.

Selon la recourante, il est erroné de lui attribuer une position assimilable à celle de l'employeur dans la mesure où elle n'a jamais détenu aucun pouvoir de décision qui lui aurait permis d'influencer d'une manière ou d'une autre les affaires de Y_____ SA, celle-ci étant, de fait, la société de Monsieur B_____ dont la volonté a toujours présidé à la prise de toute décision.

S'agissant des activités qu'elle a déployées jusqu'au 27 octobre 2005, elle a assuré qu'elles ont consisté en quelques activités administratives effectuées à titre gracieux.

-
9. Invitée à se prononcer, la caisse, dans sa réponse du 24 mai 2006, a conclu au rejet du recours.

Elle soutient que tant que l'assurée a été inscrite comme administratrice avec signature individuelle de la société, elle n'a pas rompu tous ses liens avec ladite société et ne peut prétendre à l'indemnité de chômage. Elle fait remarquer que, l'assurée, seule personne inscrite auprès du RC en qualité d'administratrice avec signature individuelle durant la période litigieuse, était la seule susceptible de gérer représenter et engager la société par sa signature. C'est d'ailleurs elle-même qui a signé, le 22 juin 2005, l'attestation d'employeur.

La caisse relève par ailleurs que les membres du conseil d'administration doivent être considérés comme appartenant au cercle des personnes visées par les dispositions légales sans que leur fonction au sein de l'entreprise où leur participation financière doive faire l'objet d'un examen approfondi. Certes, Monsieur B_____ a été administrateur avec signature individuelle de septembre 1998 à mai 2002 mais qu'il a été radié le 2 mai 2002, date à laquelle l'intéressée a pris sa place. Elle souligne au surplus que la société n'avait pas pour seul but l'exploitation de la société Z_____ puisque d'après le RC, le but social était le suivant : "opérations financières et gestion de fortune, importation et exportation de matériel électronique". Elle en tire la conclusion que la résiliation du contrat d'exploitation par la société Z_____ pour le 31 mai 2005 ne signifiait pas pour autant la fin des activités de la société Y_____ SA. D'ailleurs, si les négociations avec X1_____ et Y1_____ avaient abouti, la société aurait pu poursuivre son activité. Il a été relevé que le fait que l'intéressée n'ait pas reçu de rémunération pour sa fonction d'administratrice n'était pas pertinent.

Enfin l'intimée conteste l'affirmation de la recourante selon laquelle son salaire a été versé en réalité par la société Z_____. A cet égard, la caisse s'est en effet renseignée le 23 novembre 2005 auprès de Monsieur B_____, délégué commercial auprès de la société Z_____, qui lui a indiqué que les parties étaient liées par un contrat de station-service ordinaire : Madame Marina W_____ - exploitait la station service comme indépendante, elle était la seule responsable de la gestion de la station, des salaires, des cotisations et la société Z_____ n'a jamais versé l'argent à la société Y_____ SA ou à Madame W_____ - en guise de salaire.

10. Dans sa réplique du 27 juin 2006, l'assurée a répété qu'elle n'était demeurée formellement administratrice de la société après le 31 mai 2005 qu'à seules fins d'assumer toutes les formalités administratives, notamment en matière de TVA.

Elle a par ailleurs sollicité l'audition des représentants respectifs de X1_____ et de Y1_____, soit Messieurs V_____ et P_____.

Par ailleurs, la recourante a fait remarquer que si Monsieur B_____ a certes été radié de sa fonction d'administrateur en 1998, il l'a reprise le 27 octobre 2005. Elle allègue ne détenir qu'une seule action, à titre fiduciaire uniquement.

Quant au but de la société, elle soutient qu'il était uniquement d'exploiter une station-service et qu'aucun détournement de la réglementation en matière d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail n'était par conséquent envisageable, dans la mesure où Y_____ SA n'avait plus eu la moindre activité depuis la résiliation du contrat la liant à Z_____.

Enfin elle a fait valoir que si Z_____ n'a pas matériellement versé son salaire, c'est parce que ledit salaire est constitué de la marge bénéficiaire, après déduction du paiement des factures. Il n'en demeure pas moins, selon elle, qu'il provenait bel et bien de Z_____. A cela elle ajoute que l'organe de contrôle de Y_____ SA était imposé par Z_____ et qu'elle-même ne pouvait être considérée comme indépendante puisqu'en sa qualité d'exploitante d'une station-service Z_____, elle était rémunérée par cette dernière qui imposait en plus à Y_____ SA certaines obligations.

11. Dans sa duplique du 28 juillet 2006, l'intimée a fait remarquer que, selon la jurisprudence, s'il est vrai qu'en principe, l'étendue du pouvoir de décision est examinée concrètement, une exception est prévue précisément pour les membres du conseil d'administration. Elle fait valoir qu'il est vraisemblable que Monsieur B_____ a laissé un pouvoir de décision considérable à l'assurée durant le laps de temps pendant lequel elle a été administratrice de la société, sans quoi il n'aurait pas eu de raison de lui céder sa place d'administrateur durant cette période. Par ailleurs, elle a répété que la société aurait pu être "réactivée" à tout moment. Enfin, l'intimée a souligné que la recourante a été, entre 1998 et 2005, administratrice ou associée dans 19 sociétés. L'intimée a encore produit une note téléphonique datée du 13 juillet 2006 dont il ressort que Monsieur B_____, délégué commercial chez Z_____ a indiqué que Z_____ et son partenaire préparaient ensemble les budgets annuels, qu'en fonction des résultats de la stations, les budgets projetés pouvaient être dépassés, que l'assurée était totalement indépendante dans la gestion de la station, le montant du salaire qu'elle prélevait et le nombre d'employés qu'elle engageait.
12. Par courrier du 7 août 2006, Monsieur Christian P_____, directeur régional de Y1_____ Z1_____ SA, a confirmé que la recourante l'a contacté par écrit en date du 7 avril 2005 pour lui demander une gérance. Y1_____ n'en avait alors aucune à remettre.
13. Ce courrier a été communiqué aux parties qui ont renoncé à entendre Monsieur P_____.

-
14. A en revanche été entendu à titre de témoin, en date du 24 août 2006, Monsieur B _____, délégué commercial auprès de la société Z _____.

Il a expliqué que le contrat qui liait Z _____ et Y _____ SA était un contrat type de station-service qui définit la collaboration pour l'exploitation des stations. C'est l'exploitant de la station-service, souvent sous forme de SàRL ou de SA, qui gère cette dernière sous sa propre responsabilité. C'est avec Madame W _____, au nom de la société Y _____ SA, que le témoin était en contact. Il n'a jamais eu affaire à Monsieur B _____.

Monsieur B _____ a confirmé que Z _____ a pour exigence que ses partenaires soient des SàRL ou des SA et ne conclut pas de contrat avec des particuliers. Il a également confirmé son exigence d'exclusivité. Outre le réviseur de la société, Z _____ impose à ses partenaires de se soumettre tout au long de l'année au contrôle d'une société fiduciaire désignée par elle.

Le témoin a encore expliqué que, dans le cadre du contrat, aucun salaire n'était prévu; en revanche, un budget prévisionnel était établi qui permettait d'équilibrer les recettes et les dépenses et de déterminer à l'avance le revenu d'exploitation de leur partenaire. Y figure une rubrique "frais personnel" qui constitue une estimation de la masse salariale nécessaire. Dans le cadre du contrat, liant Z _____ à Y _____ SA, ce poste était fixé à 341'403 fr. (p. 7 de l'annexe 2A du contrat). En principe, tout dépassement était à la charge de l'exploitant. Cependant, Z _____ pouvait, à bien plaisir, décider de participer, par le biais de notes de crédit, selon les raisons à l'origine de ce dépassement. Les revenus de Madame W _____ étaient donc effectivement constitués de la différence entre les recettes et les charges.

15. A également été entendu à titre de témoin, en date du 28 septembre 2006, Monsieur André VAV _____, collaborateur de société X1 _____. C'est lui qui était en contact avec les personnes exploitant des stations service pour le compte de X1 _____.

Il a confirmé que, comme Z _____, X1 _____ demandait à ses exploitants de prendre la forme d'une société, SA ou SARL et exigeait l'exclusivité. Les exploitants ont l'obligation de soumettre leur comptabilité à une fiduciaire homologuée par la compagnie.

Les exploitants ne perçoivent donc pas de salaire puisqu'ils gèrent leur commerce. Au lieu de cela, des budgets prévisionnels sont établis : les volumes sont estimés avec une marge définie. Il y a les frais fixes (redevances, salaires), la différence constitue le salaire de l'exploitant. Compte tenu de l'exclusivité, l'exploitant ne dégage pas d'autres revenus que ceux pour la société.

Le témoin a confirmé avoir eu plusieurs entretiens au printemps 2005 avec Madame W_____, dans la mesure où X1_____ recherchait un couple de gérants pour une station-service. La seule raison pour laquelle la candidature de Madame W_____ n'a pas été retenue est précisément qu'elle était seule. Le dernier entretien avec l'intéressée a eu lieu le 29 septembre 2005.

16. A l'issue de cette audience, l'intimée a encore fait remarquer que si le recours devait être admis, la cause devrait lui être renvoyée afin qu'elle examine si les autres conditions d'ouverture du droit étaient remplies. Sur ce, 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'article 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 (LACI).

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. Interjeté dans les forme et délai prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56 à 60 LPGA).
4. Le litige porte sur le point de savoir si la recourante remplit ou non les conditions du droit à l'indemnité de chômage (art. 8 s. LACI).
5. 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.

6. Dans un arrêt M. du 4 septembre 1997 publié aux ATF 123 V 234, le Tribunal fédéral des assurances a explicité les motifs fondant l'application analogique de cette règle à l'octroi de l'indemnité de chômage.

D'après cette jurisprudence, un travailleur qui jouit d'une situation professionnelle comparable à celle d'un employeur n'a pas droit à l'indemnité de chômage lorsque, bien que licencié formellement par une entreprise, il continue de fixer les décisions de l'employeur ou à influencer celles-ci de manière déterminante. Dans le cas contraire, en effet, on détournerait par le biais d'une disposition sur l'indemnité de chômage la réglementation en matière d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, en particulier l'art. 31 al. 3 let. c LACI.

La situation est en revanche différente quand le salarié, se trouvant dans une position assimilable à celle d'un employeur, quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci; en pareil cas, on ne saurait parler d'un comportement visant à éluder la loi. Il en va de même quand l'entreprise continue d'exister mais que le salarié, par suite de la résiliation de son contrat, rompt définitivement tout lien avec la société. Dans un cas comme dans l'autre, l'intéressé peut en principe prétendre des indemnités de chômage (ATF 123 V 238 consid. 7b/bb; SVR 2001 ALV n° 14 pp. 41-42 consid. 2a; DTA 2003 n° 22 p. 241 consid. 2).

Le fait de subordonner, pour un travailleur jouissant d'une position analogue à celle d'un employeur, le versement des indemnités de chômage à la rupture de tout lien avec la société qui l'employait peut certes paraître rigoureux selon les circonstances du cas d'espèce. Il ne faut néanmoins pas perdre de vue les motifs qui ont présidé à cette exigence. Il s'est agi avant tout de permettre le contrôle de la perte de travail du demandeur d'emploi, qui est l'une des conditions mises au droit à l'indemnité de chômage (cf. art. 8 al. 1 let. b LACI). Or, si un tel contrôle est facilement exécutable s'agissant d'un employé qui perd son travail, ne serait-ce que partiellement, il n'en va pas de même des personnes occupant une fonction dirigeante qui, bien que formellement licenciées, poursuivent une activité pour le compte de la société dans laquelle elles travaillaient. De par leur position particulière, ces personnes peuvent en effet exercer une influence sur la perte de travail qu'elles subissent, ce qui rend justement leur chômage difficilement contrôlable (ATF 123 V 239 consid. 7b/bb; DTA 2003 n° 22 p. 242 consid. 4).

C'est la notion matérielle de l'organe dirigeant qui est déterminante car c'est la seule façon de garantir que l'art. 31 al. 3 let. c LACI, qui vise à combattre les abus, remplisse son objectif. En particulier, lorsqu'il s'agit de déterminer quelle est la possibilité effective d'un dirigeant d'influencer le processus de décision d'une entreprise, il convient de prendre en compte les rapports internes existant dans cette entreprise. On établira l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes (DTA 1997/1996 p. 227).

Selon le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), en règle générale, il convient de considérer les personnes qui ont un droit de signature individuel ou dont la participation dans l'entreprise s'élève à 20% ou plus comme personne exerçant une influence sur les décisions de l'employeur (circulaire RHT 01/92 p. 4 n° 16).

La seule exception à ce principe reconnue par le TFA concerne les membres de conseils d'administration car ils disposent ex lege (art. 716, 716 b CO) d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI. Pour les membres du conseil d'administration, le droit aux prestations peut être exclu sans qu'il soit nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'ils exercent au sein de la société (ATF 122 V 273 ; ATFA C 113/03 du 24 mars 2004). Dans ces cas, le TFA a estimé que la perte de travail n'était pas contrôlable car les intéressés avaient un pouvoir réel dans la société et pouvaient chercher à obtenir des indemnités afin de maintenir en vie leur société pendant une période économiquement difficile par des licenciements simulés alors qu'ils n'avaient pas droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail.

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

7. En l'espèce, force est de constater que, durant la période litigieuse, la recourante est restée formellement organe de la société qui l'employait et n'a de loin pas coupé tout lien avec l'entreprise puisqu'elle s'est chargée des tâches administratives est s'est efforcée de trouver de nouveaux partenaires pour réactiver la société. Ainsi que le fait remarquer l'intimée, il ne s'agit pas de le lui reprocher mais de constater qu'il y avait donc bien un risque d'abus - lequel suffit selon la jurisprudence, rigoureuse - puisque la société aurait donc pu reprendre une activité. Dans la mesure où la recourante était administratrice et donc membre du conseil d'administration, elle disposait ex lege d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI, de sorte que le droit aux prestations peut être exclu sans qu'il soit nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'elle exerçait (ATF 122 V 273 ; ATFA C 113/03 du 24 mars 2004). Certes, a posteriori, il s'est avéré que la société n'a pas repris son activité durant le laps de temps considéré mais tel aurait pu être le cas. Le risque d'abus existait donc.
8. Eu égard aux considérations qui précèdent, le recours est 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

La Présidente :

Janine BOFFI

Karine STECK

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