REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1578/2006 **ATAS/683/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 6

du 28 juillet 2006

En la cause

Madame R_____, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître DROZ Nicolas	recourante

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, rue de Montbrillant 40, case postale 2293, 1211 GENEVE 2	intimée

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

EN FAIT

1. Mme R_____ (ci-après : l'assurée), née le 11 juillet 1968, mariée, a travaillé depuis le 1er juillet 2000 pour la société X_____ SA (ci-après : la société) en tant qu'assistante de direction à 80 %.

2. La société a deux administrateurs, soit M. B_____, administrateur président, et M. R_____, conjoint de l'assurée, tous deux avec signature collective à deux. M. B_____ est propriétaire de 125 actions, M. R_____ de 50 et M. B_____ de 25. Du 30 septembre 1998 au 16 janvier 2005, MM. R_____ et B_____ étaient directeurs, avec signature collective à deux et M. C_____, administrateur avec signature individuelle.

3. Le 31 octobre 2005, la société, en raison d'une mésentente entre M. Benoît B_____ et l'assurée, a résilié le contrat de celle-ci pour le 31 décembre 2005. La lettre de licenciement a été signée par MM. B_____ et R_____.

4. Le 1er janvier 2006, l'assurée a requis des indemnités de chômage.

5. Le 19 janvier 2006, la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse) a décidé de ne pas donner suite à la demande d'indemnité de l'assurée au motif que son conjoint était son employeur, propriétaire de la société.

6. Le 14 février 2006, l'assurée a fait opposition à cette décision en relevant que son époux n'était actionnaire qu'à raison de 25 % de la société et, compte tenu de la signature collective à deux, ne disposait d'aucun pouvoir de décision lui permettant d'influencer la marche des affaires de la société. Il était sous le joug de la famille B_____, laquelle, au bénéfice de 75 % des actions, pouvait notamment le révoquer du conseil d'administration.

7. Dès le 1er mars 2006, l'assurée a débuté un nouvel emploi à 100 %.

8. Le 17 mars 2006, la caisse a rejeté l'opposition de l'assurée en considérant que M. R_____ avait la capacité d'influencer considérablement les décisions que prenait l'employeur en tant que conjoint de l'assurée. En particulier, il disposait du même pouvoir décisionnel et de la même capacité et responsabilité d'engager la société que M. B_____.

9. Le 4 mai 2006, l'assurée a recouru auprès du Tribunal cantonal des assurances sociales à l'encontre de cette dernière décision en reprenant les arguments soulevés dans son opposition. Son époux ne disposait d'aucun pouvoir lui permettant de déterminer la volonté de la société puisqu'il n'était pas au bénéfice de la signature individuelle. Enfin, seuls deux mois d'indemnité étaient requis.

10. Le 3 mars 2006, la caisse a conclu au rejet du recours en relevant que dans le cas des membres des organes décisionnels supérieurs des sociétés, le droit aux prestations pouvait être exclu sans nécessité de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'ils exerçaient au sein de la société. Le pouvoir de M. R_____ était égal à celui de l'actionnaire majoritaire dans les faits.

11. Le 26 juin 2006, le Tribunal de céans a entendu les parties en audience de comparution personnelle.

    La recourante a déclaré :

    "J'ai été licenciée à la demande expresse de M. B_____, l'associé de mon époux. Celui-ci a dû signer ma lettre de licenciement dès lors qu'il bénéficie de la signature à deux. Je ne supportais plus de travailler avec M. B_____ ce qui fait que mon départ était devenu nécessaire. Je précise que mon époux ne s'entend pas avec son associé. Il est lié à la société en raison de l'emprunt. Cette société a été rachetée par mon époux et la famille B_____. Il s'agit de son activité lucrative unique. Mon licenciement n'a pas modifié les rapports de force existants au sein des administrateurs de la société. Mon poste a été repourvu au 1er janvier 2006. Je demande des indemnités de chômage pour les mois de janvier et février 2006. Ayant travaillé et cotisé durant cinq ans j'estime avoir droit à l'indemnité de chômage. Ce d'autant que si j'avais seulement été compagne ou concubine de M. R_____ j'aurais eu droit aux indemnités de chômage. Je suis choquée de cette situation".

12. Sur quoi, 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. 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 en temps utile le recours est recevable (art. 60 LPGA).

4. Est litigieux en l'espèce, le droit de la recourante à l'indemnité de chômage du 1er janvier au 28 février 2006.

5. a) 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). Est réputé sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et qui cherche à exercer une activité à plein-temps (art. 10 al. 1 LACI). Selon l'art. 10 al. 2 LACI, est réputé partiellement sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et cherche à n'exercer qu'une activité à temps partiel (let. a) ou occupe un emploi à temps partiel et cherche à le remplacer par une activité à plein-temps ou à le compléter par une autre activité à temps partiel (let. b) (ATF 121 V 355 consid. 2).

   b) Selon la jurisprudence (ATF 123 V 234), 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. Selon cette disposition légale, n'ont pas droit à l'indemnité 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 de l'entreprise; il en va de même des conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise.

   A cet égard, il n'est pas admissible de refuser, de façon générale, le droit aux prestations aux employés au seul motif qu'ils peuvent engager l'entreprise par leur signature et qu'ils sont inscrits au registre du commerce. Il n'y a pas lieu de se fonder de façon stricte sur la position formelle de l'organe à considérer; il faut bien plutôt établir l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes. C'est donc 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 (SVR 1997 ALV n° 101 p. 311 consid. 5d). En particulier, lorsqu'il s'agit de déterminer quelle est la possibilité effective d'un dirigeant d'influencer le processus de décision de l'entreprise, il convient de prendre en compte les rapports internes existant dans l'entreprise. On établira l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes (DTA 1996/1997 n° 41 p. 227 sv. consid. 1b et 2; SVR 1997 ALV n° 101 p. 311 consid. 5c). La seule exception à ce principe que reconnaît le Tribunal fédéral des assurances concerne les membres des conseils d'administration car ils disposent ex

lege (art. 716 à 716b CO), d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI (DTA 1996/1997 n° 41 p. 226 consid. 1b et les références). 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 (cf. ATF 122 V 273 consid. 3; DTA 2004 n° 21 p. 198 consid. 3.2; ATFA du 27 janvier 2005, cause C 45/04).

c) 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 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.

Il n'y a pas de place, dans ce contexte, pour un examen au cas par cas d'un éventuel abus de droit de la part d'un assuré. Lorsque l'administration statue pour la première fois sur le droit à l'indemnité d'un chômeur, elle émet un pronostic quant à la réalisation des conditions prévues par l'art. 8 LACI. 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).

d) De jurisprudence constante, l'inscription de l'assuré au registre du commerce (comme organe de la société) est décisive pour déterminer s'il occupe une position assimilable à celle d'un employeur; la radiation de l'inscription permet d'admettre

sans équivoque que l'assuré a quitté la société (ATF du 29 novembre 2005, cause C 175/04). Dans cet arrêt, le TFA a considéré que l'intéressé n'avait ni quitté définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci, ni rompu tout lien avec la sàrl. Devenu liquidateur de celle-ci, il avait conservé des prérogatives analogues à celles dont il disposait précédemment. En particulier, il était chargé de la gestion et de la représentation de la société en liquidation, avec pouvoir d'accomplir tous les actes qui entraient dans le cadre du but de la liquidation, y compris, le cas échéant, de nouvelles opérations. En d'autres termes, le statut de liquidateur de la sàrl avait eu pour effet de maintenir l'intéressé dans le cercle des personnes qui fixent les décisions de l'employeur ou qui les influencent de manière déterminante. De ce chef, il n'avait pas droit à l'indemnité, ce que la jurisprudence avait d'ailleurs déjà admis dans des affaires analogues concernant des liquidateurs (DTA 2002 p. 185 consid. 3c [arrêt S. du 19 mars 2002, C 373/00]; arrêt G. du 12 septembre 2005, C 131/05).

e) 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 M. du 26 juillet 1999, cause C 123/99). 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 (ATFA du 29 août 2005, cause C 163/04).

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).

6. En l'espèce, la recourante ne remplit pas la condition d'une période de cotisation de six mois hors de l'entreprise de son conjoint. Or, celui-ci a le statut d'administrateur de la société, avec signature collective à deux. Conformément à la jurisprudence restrictive du TFA, il dispose ainsi d'un pouvoir déterminant ex lege, au sens de l'art. 31 al. 3 let. a LACI et le droit aux prestations peut être exclu sans qu'il soit nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'il exerce au sein de la société.

Par ailleurs, ce refus du droit aux prestations s'étend au conjoint de l'administrateur (ATFA du 26 juillet 2005 précité).

Certes, dans le cas d'espèce, le risque de réengagement de la recourante au sein de la société parait très faible dès lors que celle-ci a expliqué qu'elle avait été licenciée en raison d'une mésentente avec M. B_____, autre administrateur de la société, titulaire de la signature collective à deux avec le conjoint de la recourante. Celui-ci ne dispose ainsi pas du pouvoir d'engager son épouse contre l'avis de M. B_____.

Toutefois, étant rappelé que c'est le risque d'abus que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant lui-même ou son conjoint d'une situation comparable à celle d'un employeur et non pas l'abus avéré comme tel que la loi entend sanctionner, le Tribunal de céans ne peut que confirmer la décision litigieuse.

7. Au vu de ce qui précède, 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).

La greffière	La Présidente
Nancy BISIN	Valérie MONTANI

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