RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

**A/1647/2006** **ATAS/979/2006**

# ARRET

# DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

## Chambre 2

## du 7 novembre 2006

En la cause

| | |
|---|---|
| Madame A_____, domiciliée 1228 PLAN-LES-OUATES, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître SCHNEIDER Jacques-André | recourante |

contre

| | |
|---|---|
| CAISSE DE CHOMAGE SYNA, p.a Office de paiement 57/040, rte du Petit-Moncor à FRIBOURG | intimée |

**Siégeant : Isabelle DUBOIS , Présidente; Karine STECK et Valérie MONTANI, Juges**

## EN FAIT

1. Madame A_____ (ci-après la recourante), née en 1974, a travaillé en qualité de «account manager» auprès de la société X_____S.A. (ci-après l'employeur) du 28 janvier 2000 au 31 janvier 2006, date pour laquelle son employeur a résilié le contrat.

2. La recourante a déposé une demande d'indemnités de chômage le 25 janvier 2006, auprès de la CAISSE DE CHOMAGE SYNA (ci-après la caisse) en vue de la perception des indemnités de chômage dès le 1er février 2006 à temps partiel (initialement 70 %, modifiée en 80 %).

3. Par décision du 22 février 2006, la caisse a refusé à la recourante le droit à l'indemnité de chômage, au motif que son conjoint avait la qualité d'employeur. Il ressortait en effet de l'extrait du registre du commerce relatif à l'employeur que celui-là la qualité d'administrateur de la société, avec signature collective à deux, depuis le début de l'année 2005.

4. Suite à l'opposition de la recourante du 17 mars 2006, la caisse a confirmé sa position, par décision sur opposition du 11 avril 2006.

5. Dans son recours du 8 mai 2006, la recourante conclut à l'annulation de la décision litigieuse, et à ce qu'il soit dit qu'elle a droit aux indemnités de chômage, avec suite de dépens.

   Elle explique avoir travaillé pour son employeur depuis l'année 2000. Elle était à cette époque co-fondatrice de la société et travaillait à 100 %. Elle s'est mariée la même année et a réduit son taux d'activité à 80 % en 2001. Après la naissance de son premier enfant, elle a repris son activité professionnelle en 2003 toujours à raison de 80 %. Son mari est arrivé dans la société au mois de janvier 2005. Au mois d'août 2005, elle a eu son deuxième enfant. Après le congé maternité, il est apparu qu'il était impossible à la recourante de reprendre une activité à un taux supérieur à 70 %, ce qui n'était pas envisageable pour l'employeur. Tel est le motif du licenciement. Elle offre de prouver qu'actuellement tous les postes similaires au sien, au sein de la société, sont des postes à 100 %, y compris celui de sa remplaçante.

   Concernant son mari, elle allègue que, malgré sa qualité d'administrateur et de directeur au sein de la société, il n'a joué aucun rôle dans son licenciement. D'ailleurs, la réglementation appliquée par la caisse est arbitraire et contraire au principe d'égalité entre hommes et femmes puisque si les époux n'avaient pas été mariés et avaient vécu en union libre la recourante aurait eu droit aux indemnités de chômage puisque la qualité d'administrateur de son compagnon ne serait pas apparue. Enfin, la règle de l'art. 31 al. 3 let. c de la loi fédérale sur l'assurance-

chômage et l'insolvabilité (ci-après LACI), appliquée par la caisse et selon laquelle n'ont pas droit à l'indemnité les personnes qui fixent les décisions que prend l'employeur, ou peuvent les influencer considérablement, concerne le droit à l'indemnité en cas de chômage partiel (réduction d'horaire). Si les tribunaux appliquent cette règle par analogie au chômage complet, cela ne peut être cependant qu'avec retenue. De toute façon on doit être en présence d'une personne ayant pu concrètement influencer la décision de l'employeur, en l'occurrence le licenciement, ce qui n'est pas le cas ici. Il faut également garder à l'esprit que la recourante a fondé l'entreprise et y a travaillé longtemps avant que son mari ne rejoigne la société.

6. Dans sa réponse du 26 mai 2006, la caisse conclut, implicitement, au rejet du recours. Elle rappelle les faits, puis les dispositions légales et la jurisprudence applicables.

7. Le Tribunal de céans a ordonné la comparution personnelle des parties, qui s'est tenue le 11 juillet 2006. À cette occasion, la recourante a expliqué ce qui suit :

   «Le 80% était déjà très difficile avec un enfant, dans le cadre d'une agence de communication. D'une part il est quasiment impossible de terminer le soir vers 17h30-18h d'autre part les gros clients acceptent assez mal le temps partiel. Avec un deuxième enfant, il m'était tout à fait impossible de tenir ce rythme. J'ai envisagé, avec mon patron, de réduire mon temps de travail à 70% en ayant une demi-journée de congé de plus mais cela n'était pas possible en raison des gros clients dont je m'occupais. Quant à limiter son horaire de travail à 18 heures c'est tout à fait impossible dans ce type d'agence. X_____ a pris rapidement de l'ampleur depuis sa création et la charge de travail a beaucoup augmenté en 6 ans.

   Sur question, j'indique donc que la reprise de mon activité aux mêmes conditions après mon deuxième congé maternité était tout à fait impossible. Par conséquent, j'aurais dû donner mon congé, quitte à être sanctionnée par la caisse pour une suspension du droit à l'indemnité pour chômage fautif. C'est mon employeur qui m'a proposé de me licencier, je pense pour m'arranger.

   Je maintiens mon inscription pour un 80%. Je n'ai toujours pas trouvé de travail ».

   Le représentant de la caisse a déclaré qu'il était vraisemblable, en effet, que dans un tel cas la recourante aurait dû donner son congé, et non le recevoir. « Compte tenu des circonstances du cas d'espèce, nous sommes d'accord d'envisager la possibilité d'accorder le droit aux indemnités journalières à la recourante, mais après une suspension du droit à l'indemnité, qu'il resterait à fixer. En effet, si l'assurée est contrainte de donner son congé, il n'apparaît pas qu'il y ait un risque d'abus au sens de la jurisprudence du TFA. Nous souhaiterions pouvoir examiner les recherches d'emploi de la recourante depuis son inscription ».

8. Les recherches d'emploi de la recourante ont été transmises à la caisse le 25 juillet 2006.

9. Par courrier du 29 août 2006, la caisse a cependant informé le Tribunal qu'il ne lui été pas possible d'aller dans le sens envisagé en audience.

10. Par pli du 5 septembre 2006, la recourante a demandé que la cause soit instruite par l'audition de témoins.

11. Par ordonnance du 8 septembre 2006, le Tribunal a ordonné l'ouverture des enquêtes et l'audition de l'ex-employeur de la recourante.

12. Lors de son audition le 26 septembre 2006, Monsieur G_____a déclaré ce qui suit :

    «Je suis le fondateur de X_____ SA que je dirige depuis le commencement. Je m'occupe de sa gestion opérationnelle et financière et clients, j'en suis par conséquent le directeur général. Je m'occupe en particulier des engagements ou des licenciements, souvent toutefois secondé par une deuxième personne.

    M. Didier Z_____est mon associé et dirige le domaine de la création. Nous nous complétons. Sur questions, j'indique qu'il est mon subordonné dans la mesure où je suis le responsable de la gestion de la société vis-à-vis du Conseil d'administration puisque j'en suis l'administrateur délégué. Techniquement, je pourrais le licencier. M. Z_____ est directeur du Département création, le second département est celui de la clientèle dont je m'occupe plus particulièrement. S'agissant par conséquent du Département Création, M. Z_____ peut engager ou licencier du personnel. S'agissant des décisions stratégiques de l'entreprise, il n'a pas son mot à dire, en revanche, il est intéressé aux résultats de l'entreprise.

    La recourante était account-manager, c'est-à-dire responsable d'une partie de la clientèle rattachée à LABEL. Elle était donc l'unique interlocutrice pour le client entre le Département création et nos autres partenaires extérieurs. Elle était en particulier responsable de notre plus gros client, qu'elle et moi avions amené à X_____ SA. Par conséquent, elle était rattachée au département clientèle. Sur questions, j'indique que la recourante n'aurait pas pu travailler au département création, elle n'en a pas du tout le profil. Les collaborateurs de ce service sont principalement des graphistes.

    Je confirme que la recourante était la seule à travailler à temps partiel, en tout cas dans notre département. Lorsqu'elle m'a fait la demande en 2001, j'étais contre, cela ne m'arrangeait pas, mais j'ai accepté parce qu'elle était la plus qualifiée de nos account-manager. A cette époque, ce temps partiel était encore possible chez nous, car il était aménageable en fonction des besoins, en particulier, les horaires étaient souples. Il y avait un risque qu'elle parte en cas de refus.

    J'explique qu'à l'arrivée du premier enfant, la situation s'est déjà crispée un peu plus, la recourante était moins disponible qu'avant. Lorsqu'elle a été enceinte du deuxième, elle m'a indiqué qu'elle souhaitait diminuer encore son temps de travail si possible, or pour moi, ça ne l'était pas. D'une part, le gros client de l'époque avait disparu, d'autre part, elle n'était plus la seule account-manager. Enfin, notre société était en progression et nous avions besoin de gens disponibles et compétents à la

fois. Je lui ai donc indiqué qu'il était pour moi exclu qu'elle travaille moins qu'avant.

J'en ai parlé avec elle, j'avais déjà abordé le sujet avant l'arrivée du deuxième enfant. Lorsqu'elle est revenue du congé maternité, et que la situation que j'avais imaginée s'est effectivement produite, je lui ai confirmé que cela n'était pas possible pour la société et je l'ai licenciée, d'abord oralement puis par écrit.

Je confirme que dans ce genre de poste, notre société n'a que des temps pleins, à l'exception d'un cas particulier (90% équivalant à un temps plein et quelques jours de congés supplémentaires). Les temps pleins travaillent d'ailleurs à 140%, un temps partiel est en fait envisageable, mais avec une très grande souplesse qui suppose que l'on travaille le week-end, le soir, etc..Il n'y a d'ailleurs pas de femmes avec enfants dans notre entreprise. ».

13. À l'issue de l'audience, les parties ont déclaré maintenir leurs positions, et renoncer à faire des écritures complémentaires. 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.

   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.

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

2. La loi sur la partie générale du droit des assurances sociales, entrée en vigueur au 1er janvier 2003 (LPGA), est applicable au cas d'espèce. Ainsi, les conditions de forme et délai à respecter pour la recevabilité du recours sont celles des art. 56 à 60 LPGA. Interjeté dans les délai et forme légaux le recours est recevable.

3. 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 LACI, c'est-à-dire si elle remplit les conditions d'indemnisation de l'art. 8 LACI.

4. 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).

S'agissant par ailleurs du droit de sous-directeurs d'une grande entreprise à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, le TFA a précisé que le point de savoir si un employé 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 521 et ss). Pour les administrateurs, le principe est d'exclure le droit aux indemnités car ils disposent ex lege d'un pouvoir déterminant (ATF 122 V 273 ; ATFA du 24.03.04 cause C 113/01).

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.

5. Sur la base de ces dispositions et jurisprudences, le Tribunal de céans a, par exemple, exclu du droit à l'indemnité l'épouse, salariée et licenciée, d'un administrateur d'une société mise en sursis concordataire, au motif que le risque existait 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 (cf. ATAS 845/2004). Il l'a admis, en revanche, s'agissant d'une personne employée en qualité de directeur et inscrit au RC comme administrateur, et qui avait donc la double qualité d'employé et d'employeur, dans la mesure où l'instruction du dossier avait permis de rendre vraisemblable, d'une part, qu'il n'avait plus la capacité d'influencer son employeur ou les sociétés affiliées, et d'autre part que tout risque d'abus devait être considéré comme écarté (cf. ATAS 350/2006).

6. Dans le cas d'espèce, on peut constater que la poursuite des rapports contractuels n'était plus possible pour l'employeur et que, sans modification du taux d'activité, elle n'était plus possible non plus pour la recourante. S'ajoute à cela que l'époux de la recourante n'aurait pas eu la possibilité ou les compétences de réengager son épouse. S'il détient bien des responsabilités en la matière, les enquêtes ont montré que c'est uniquement dans le département de création, dans lequel ne travaillait pas la recourante et dans lequel elle n'aurait pas pu travailler vu son profil. Tout risque d'abus postérieurement au licenciement est dès lors exclu

7. Vu ce qui précède, le Tribunal considère que le refus du droit aux indemnités de chômage par la caisse, en tant qu'il repose sur le motif que le conjoint de la recourante à la qualité d'employeur, est injustifié. Les décisions litigieuses seront, par conséquent, annulées et la cause renvoyée à la caisse pour examen des autres conditions du droit à l'indemnité.

8. La recourante, qui obtient gain de cause, a droit des dépens, qui seront fixés en l'espèce à 2'000 fr.

***

**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. L'admet, et annule les décisions des 22 février 2006 et 11 avril 2006.

3. Renvoie le dossier à la caisse pour nouvelle décision, au sens des considérants.

4. Condamne la caisse au paiement d'un émolument en faveur de la recourante de 2'000 fr.

5. 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 | La présidente

Pierre RIES | Isabelle DUBOIS

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe le