RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1926/2004 **ATAS/133/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

3ème chambre

du 17 février 2005

En la cause

Monsieur B_____, recourant

contre

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

Siégeant : Madame Karine STECK, Présidente,

Mesdames Juliana BALDE et Doris WANGELER, juges.

EN FAIT

1. Monsieur B_____ a fondé en septembre 1999 l'entreprise FINLAB SA, dont le but est de développer et commercialiser des logiciels d'aide financière et de donner des conseils en investissements. Il ressort de l'extrait du Registre du commerce (RC) qu'il a été administrateur-président et délégué avec signature collective à deux du 10 septembre 1999 au 30 juin 2000, administrateur et délégué avec signature collective à deux du 30 juin 2000 au 20 juin 2003, administrateur vice-président et délégué avec signature collective à deux du 20 juin 2003 au 31 mars 2004, puis administrateur et vice-président avec signature collective à deux dès le 31 mars 2004. Il l'est encore à ce jour. Est également administrateur avec signature collective à deux Monsieur Olivier C_____ (depuis le 20 juin 2001). Monsieur D_____est inscrit comme administrateur, président, directeur avec signature collective à deux depuis le 20 juin 2003.

2. Licencié avec effet au 31 décembre 2003, Monsieur B_____ s'est inscrit auprès de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après OCE) et a sollicité le versement d'indemnités de chômage à compter du 1er janvier 2004.

3. Par décision du 19 février 2004, l'OCE a rejeté sa demande au motif qu'il réunissait sur sa personne la double qualité d'employeur et d'employé, qu'il était par conséquent impossible de certifier qu'il avait réellement perdu son emploi et que seule une cessation définitive des activités de l'entreprise ou une rupture totale des liens de l'intéressé avec cette dernière pourrait lui permettre de bénéficier d'une indemnité.

4. L'assuré a formé réclamation contre cette décision le 19 mars 2004. Il a expliqué avoir perdu le contrôle de sa société en mars 2002, après une augmentation du capital. Il ne détient désormais que 20% de ce dernier et reste administrateur « afin de préserver ses intérêts contre les autres actionnaires ». Il a allégué avoir été licencié par le conseil d'entreprise et le troisième administrateur, Monsieur D_____, lequel contrôle la majorité du capital de la société et voulait embaucher l'un de ses amis, Monsieur S_____ en lieu et place de l'assuré. Ce dernier a contesté avoir le moindre pouvoir de décision dans la société et allégué par ailleurs que d'autres employés, également actionnaires, avaient été licenciés et avaient bénéficié d'indemnités de chômage.

5. L'OCE a invité l'assuré à fournir divers documents, notamment le registre des actionnaires de la société et une copie du procès-verbal de l'assemblée générale des actionnaires faisant état de son licenciement et de l'engagement de Monsieur S_____.

6. L'assuré a répondu, par message électronique du 5 juillet 2004, qu'en tant qu'administrateur non délégué, il ne pouvait prendre seul la décision de transmettre

le registre des actionnaires. Il a néanmoins confirmé « sur son honneur qu'il ne contrôlait ni directement ni indirectement plus de 20% du capital de la société et qu'il n'avait donc aucun pouvoir de décision contre la volonté de l'actionnaire majoritaire ». S'agissant de son licenciement il a précisé que ce dernier avait été décidé non pas par l'assemblée des actionnaires mais de manière unilatérale par Monsieur D_____.

7. Par message du 12 juillet 2004, l'assuré a encore précisé que son statut d'administrateur se justifiait par le fait qu'il était à l'origine de la société et qu'il souhaitait préserver l'image de cette dernière et les emplois après une période difficile. Il a indiqué que les actions qu'il détenait représentaient l'ensemble de son patrimoine et qu'en restant administrateur, il tenait « à surveiller un minimum les agissements de l'actionnaire majoritaire » bien que ce statut ne lui confère aucun pouvoir de décision.

8. Par décision sur opposition du 16 juillet 2004, le Groupe réclamations a confirmé la décision du 19 février 2004. Il a relevé que l'assuré était toujours vice-président et administrateur de la société avec signature collective à deux et qu'il détenait 20% du capital de la société, ce qui suffisait, selon la jurisprudence, à admettre qu'il exerce une influence sur les décisions. Il a été relevé que l'assuré avait d'ailleurs admis qu'il restait administrateur afin de préserver ses intérêts contre les autres actionnaires. Estimant qu'il n'avait donc pas rompu tout lien avec la société, le droit à des indemnités lui a été nié. Il a enfin été souligné qu'aucune comparaison n'était possible avec d'autres employés actionnaires de la société, chaque droit à l'indemnité étant examiné individuellement selon les fonctions de chacun.

9. Par courrier du 15 septembre 2004, l'assuré a interjeté recours contre cette décision. Il dit comprendre que des abus aient pu être commis dans des situations semblables à la sienne mais soutient que tel n'est pas son cas. Il propose de faire entendre quelques employés de la société pour prouver que son licenciement est réel et sans équivoque. Il conteste par ailleurs avoir la possibilité d'influencer la volonté de l'entreprise de manière déterminante. Il produit une attestation de X_____ dont il ressort que le dernier montant crédité sur son compte de la part de la société est celui de 9'369 fr. 30 le 30 décembre 2002. Son salaire ne lui a en revanche pas été versé en 2003. Il a également joint une copie de l'extrait de son compte individuel (état au 12 juillet 2004). Il en ressort que le dernier salaire versé a été de 142'458 fr. pour l'année 2002.

10. Invitée à se prononcer, l'autorité intimée, dans sa réponse du 11 octobre 2004, a conclu au rejet du recours. Elle rappelle que s'agissant des membres du conseil d'administration, il n'est pas nécessaire de déterminer concrètement les responsabilités qu'ils exercent au sein de la société, puisqu'ils disposent ex lege d'un pouvoir déterminant. Le recourant, administrateur et actionnaire, tombe dans cette catégorie. Au surplus, l'autorité intimée fait remarquer que le recourant ne

remplit pas non plus les conditions relatives à la période de cotisations dans la mesure où il n'a pas réellement perçu de salaire et où les montants ont simplement été comptabilisés comme créances. Alors que le délai-cadre de cotisation court du 1er janvier 2002 au 31 décembre 2003, l'assuré n'a touché un salaire que jusqu'au mois de novembre 2002, soit durant onze mois.

EN DROIT

1. La loi genevoise du 22 novembre 1941 sur l'organisation judiciaire (LOJ ; E 2 O5) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales. composé de cinq juges, dont un président et un vice-président, cinq suppléants et seize juges assesseurs (art. 1 let. r et 56T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des juges assesseurs par le Tribunal fédéral (TF) le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente (art. 162 LOJ) permettant au TCAS de siéger sans assesseurs, à trois juges titulaires, 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 TCAS connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 LPGA relatives à la loi fédérale 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est donc établie.

3. Le litige porte sur le point de savoir si le recourant remplit ou non les conditions du droit à l'indemnité de chômage (art. 8 s. LACI).

4. 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.

5. 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).

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).

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).

6. En l'espèce, force est de constater que le recourant a non seulement conservé 20% du capital-actions mais qu'il est au surplus demeuré organe – administrateur vice-président - de la société qui l'employait, de son aveu même, pour tenter de « préserver ses intérêts contre les autres actionnaires ». Il est donc loin d'avoir coupé tout lien avec l'entreprise ; même s'il se défend de pouvoir y exercer un rôle prépondérant, il reconnaît indirectement conserver ainsi une certaine influence. Il n'y a donc en l'occurrence pas suffisamment d'éléments permettant de s'écarter de la présomption qu'il pourrait y avoir abus, dans la mesure où, ex lege, le recourant dispose encore des moyens d'influencer la formation de la volonté de la société qui l'a licencié.

7. 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