RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/226/2004 **ATAS/328/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 4 mai 2004

1ère Chambre

En la cause

Monsieur M_____, recourant

contre

SYNA CAISSE DE CHOMAGE intimé
Route du Petit-Moncor 1 à Fribourg

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mmes Juliana BALDE et Maya CRAMER, Juges

EN FAIT

1. Monsieur M_____ est administrateur, titulaire d'une signature collective à deux, des sociétés X XX, X XY et X XZ. La X XZ a pour but le développement de logiciels Internet et opérations commerciales et financières s'y rapportant et la X Interactive l'exploitation, le commerce et la maintenance d'outils informatiques en Suisse et à l'étranger. L'intéressé est également associé-gérant pour une part de 10'000 fr. de la Y Sàrl, qui ne serait plus en activité.

2. L'assuré a travaillé au service de la société X XY depuis le 1er janvier 2001. Il a été licencié par courrier du 28 février 2003 avec effet au 31 mars 2003.

   Il a été mis au bénéfice d'indemnités de chômage depuis le 1er avril 2003.

3. Par décision du 13 novembre 2003, la Caisse de chômage SYNA lui a réclamé le remboursement de la somme de 6'655 fr., représentant les indemnités versées à tort depuis le 1er avril 2003.

   Il a formé opposition le 5 décembre 2003, alléguant que :

   « J'affirme ne pas avoir perçu indûment les prestations de l'assurance-chômage.

   a) Licencié de X XY avec un salaire assuré de 4'000 fr., j'avais depuis longtemps choisi de recevoir un petit salaire afin de pouvoir libérer des salaires plus importants à d'autres collaborateurs.

   b) Lorsque j'ai dû reprendre quelques tâches actives auprès de X, je les ai déclarées comme gain intermédiaire, dans le respect de la LACI.

   c) Je recherche toujours un emploi fixe, ou temporaire à défaut, afin de soulager l'assurance-chômage.

   Je peux parfaitement prouver que mon statut d'administrateur de X n'est pas un statut privilégié, qu'il ne me laisse aucun dividende, ni revenu, ni avantages.

   Aujourd'hui, étant administrateur de X cela représente une charge de travail (soirée et/ou week-end) afin de trouver des solutions pour éviter un dépôt de bilan et d'autres licenciements (ce dont l'économie genevoise n'a pas besoin) ».

4. Par décision sur opposition du 9 janvier 2004, la Caisse de chômage SYNA a confirmé la décision du 13 novembre 2003.

5. L'intéressé a interjeté recours le 7 février contre ladite décision. Il affirme avoir été honnête et de bonne foi, rappelant qu'il avait dûment mentionné sur le formulaire de demande d'indemnité de chômage son statut d'administrateur (cf. ch. 27 du formulaire).

6. Entendu le 20 avril 2004 par le Tribunal de céans, l'assuré a déclaré que « ma participation en tant qu'administrateur aux conseils d'administration des sociétés X était plutôt passive. Je suis actionnaire à hauteur de 5 à 10%. Je voulais être au sein des sociétés dans la mesure où j'ai contribué à créer le logiciel Neospark. (…) J'étais « commercial », soit représentant chargé des relations avec les clients. (…) Je ne me souviens pas avoir assisté à des conseils d'administration d'Interactive après mon licenciement, ni à ceux des autres sociétés du reste. Il n'y a pas eu d'assemblée générale sauf erreur. Ce qui importait pour moi à ce moment-là était de chercher du travail ».

7. La Caisse de chômage SYNA n'était pas représentée lors de la comparution personnelle des parties.

   Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ ; E 2 05) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales statuant, en instance unique, notamment sur les contestations relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (ci-après LACI) ainsi qu'à la loi cantonale en matière de chômage (cf. article 56V LOJ). La compétence du Tribunal de céans est ainsi établie pour juger du cas d'espèce.

2. Interjeté dans les délai et forme légaux, le recours est recevable (art. 56 et 60 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA – RS 830.1) et 49 al. 2 de la loi genevoise en matière de chômage (RSG J 2 20).

3. Aux termes de 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'organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise.

Selon la jurisprudence, un travailleur qui jouit d'une situation professionnelle comparable à celle d'un employeur n'a pas droit à l'indemnité lorsque, bien que licencié formellement par une entreprise, il continue à prendre les décisions de l'employeur ou 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 (ATF 123 V 234). A cet égard, 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. Il est admis en règle générale que les personnes qui ont un droit de signature individuelle ou dont la participation dans l'entreprise s'élève à 20% ou plus, sont réputés personnes exerçant une influence sur les décisions de l'employeur (Circulaire SECO RHT 01/92, p. 4 N° 16).

Le comportement de l'assuré qui résilie lui-même les rapports de travail en tant que salarié – tout en conservant sa position d'employeur – et qui prétend ensuite à des indemnités de chômage afin de surmonter des périodes de difficultés de l'entreprise et de pouvoir reprendre ultérieurement une activité salariée dans son entreprise qui continue d'exister, commet un abus de droit en ce sens qu'il contourne la réglementation sur l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, laquelle exclut certaines catégories de personnes du cercle des ayants droit (DTA 1998, N° 3, p. 8).

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 bonne foi. 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 (ATF 123 V 234). Est en particulier visé le cas d'assurés disposant d'un pouvoir réel dans la société qui, par des licenciements simulés, cherchent à obtenir des indemnités afin de maintenir en vie leur société pendant une période économiquement difficile.

4. En l'espèce, bien qu'insistant sur sa participation plutôt passive aux conseils d'administration, le recourant a reconnu qu'il avait accepté de voir son salaire sensiblement réduit « afin de pouvoir libérer des salaires plus importants à d'autres collaborateurs », qu'il oeuvrait afin de trouver des solutions pour éviter le dépôt de bilan et d'autres licenciements. Force dès lors est de constater que son comportement n'est pas celui d'un simple salarié, mais au contraire celui d'une personne véritablement intéressée par le sort de l'entreprise et soucieuse de ses intérêts, tel que le serait un employeur. C'est dès lors à juste titre que la Caisse de chômage SYNA a considéré qu'elle lui avait versé les indemnités de chômage indûment.

5. Selon l'art. 25 LPGA, les prestations indûment touchées doivent être restituées (cf. également art. 95 LACI).

6. Dans son recours du 7 février 2004, le recourant demande expressément la remise de l'obligation de restituer la somme de 6'655 fr. Il allègue avoir été de bonne foi et remplir la condition de la situation financière. La Caisse de chômage SYNA ne s'étant pas exprimée sur la question de la remise, il se justifie de lui renvoyer la cause pour nouvelle décision.

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

conformément à la disposition transitoire de l'article 162 LOJ

A la forme :

1. Reçoit le recours.

Au fond :

2. Le rejette.

3. Renvoie la cause à la Caisse de chômage SYNA pour examen des conditions de la remise et nouvelle décision.

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).

La greffière :	La présidente :
Marie-Louise QUELOZ	Doris WANGELER

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales et au secrétariat d'Etat à l'économie par le greffe