RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/326/2006 **ATAS/350/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 2

du 11 avril 2006

En la cause

Monsieur M_____, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître KILLEN Nicolas	Recourant

contre

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

Siégeant : Madame Isabelle DUBOIS, Présidente, Mesdames Maya CRAMER et Juliana BALDE, Juges

EN FAIT

1. Monsieur M_____ (ci-après le recourant) a travaillé en qualité de gérant, directeur des opérations, dans la société X_____ (SUISSE) Sàrl depuis le 1er septembre 2002 jusqu'au 31 mars 2005. Il était également inscrit au Registre du commerce en qualité d'administrateur avec signature individuelle.

2. Le recourant s'est inscrit auprès de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après OCE) le 12 avril 2005 et a sollicité le versement d'indemnités journalières de chômage.

3. Par décision du 20 juin 2005, l'OCE a fait droit à sa demande, mais dès le 9 juin 2005 seulement, au motif que c'est dès cette date, à laquelle il a transmis au Registre du commerce sa demande de radiation, qu'il a perdu sa double qualité d'employé et d'employeur au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances (ci-après TFA).

4. Suite à l'opposition du recourant du 11 juillet 2005, l'OCE a annulé la décision du 30 août 2005. Puis, par nouvelle décision du 6 septembre 2005 et vu les pièces au dossier, l'OCE a nié au recourant tout droit aux indemnités journalières au motif qu'il était resté administrateur de X_____ SA, société française détenant X_____ (SUISSE) Sàrl (ci-après la société suisse).

5. Le recourant s'est opposé à cette décision en date du 30 septembre 2005, faisant valoir qu'il n'avait plus déployé d'activité pour le groupe depuis la fin du mois de mars 2005, qu'il n'avait reçu pour son mandat d'administrateur aucune rémunération, qu'il ne détenait aucune part sociale. Il a produit, notamment, une attestation du Président du conseil d'administration de X_____ SA en France, confirmant ses dires et selon laquelle la prochaine assemblée générale du groupe allait prendre acte de sa démission. Il précisait par ailleurs avoir retrouvé du travail depuis le 12 septembre 2005, dans une société membre du groupe MIRABEAU.

6. Par décision sur opposition du 19 décembre 2005, l'OCE a maintenu sa décision. L'Office fait reproche au recourant de ne pas avoir provoqué une assemblée générale extraordinaire, permettant de prendre acte de sa démission du groupe plus tôt. Il se réfère aux dispositions légales du code des obligations relatives à la société anonyme. Il constate que le recourant n'avait été radié de ses fonctions de gérant avec signature individuelle de la société suisse que le 22 juin 2005, suite à l'assemblée du 9 juin 2005, et qu'il avait conservé, y compris au jour de la décision sur opposition, ses mandats dans les sociétés étrangères, ce qui rendait impossible de lui reconnaître le droit aux indemnités, au vu de la jurisprudence.

7. Dans son recours du 31 janvier 2006, le recourant conclut préalablement à ce qu'il soit autorisé à produire des pièces complémentaires, principalement à ce que la décision sur opposition soit annulée et qu'il soit dit qu'il a droit au paiement des indemnités pour la période du 12 avril 2005 au 11 septembre 2005. Il explique qu'à compter du 31 mars 2005, il n'a plus exercé d'activité qu'elle quelle soit en faveur de la société suisse ni perçu de sa part une quelconque rémunération. La réquisition de radiation au Registre du commerce n'est intervenue que le 9 juin 2005 pour des raisons administratives, comme l'explique l'attestation produite du Président du conseil d'administration. Il relève que, s'agissant de ses mandats sociaux auprès des différents conseils d'administration et assemblées générales des sociétés étrangères, il était tenu de remplir ses responsabilités pour obtenir décharge à la fin de son mandat et éviter tous conflits ou procédures ultérieures. Selon lui l'art. 31 al. 3 let. c LACI et la jurisprudence du TFA y relative est appliquée à tort par l'OCE dans le cas d'espèce. Il a, en effet, rompu définitivement tout lien avec la société suisse, selon les termes de la jurisprudence fédérale à la fin du mois de mars 2005, de sorte que tout risque de comportement permettant d'éluder la loi était inexistant. C'est par ailleurs à la date effective de son retrait d'un organe de décision et non à la date de la radiation que le Secrétariat d'Etat à l'Economie (ci-après SECO) préconise de considérer un assuré comme n'ayant plus d'influence dans la société, à moins que la date effective de son retrait ne puisse être prouvée. En l'occurrence elle l'est, il y a dès lors lieu de retenir cette date. En outre, la législation suisse relative à la société anonyme ne saurait s'appliquer en l'espèce, s'agissant des sociétés étrangères. Or selon le droit français en tout cas, l'administrateur n'est pas en mesure de solliciter lui-même sa radiation ni de demander la convocation d'une assemblée générale à cette fin.

8. Dans sa réponse du 28 février 2006, l'OCE conclut au rejet du recours en reprenant en substance, l'essentiel de son argumentation. Il sollicite la production des documents permettant d'établir si la radiation du mandat d'administrateur a bien été effectuée dans toutes les sociétés. Le droit suisse ne s'applique en effet pas dans le cas d'espèce, l'OCE concluant par conséquent à ce que le Tribunal de céans vérifie les affirmations du recourant relatives aux normes de droit français. L'OCE voit en outre une contradiction entre l'attestation du Président du conseil d'administration, selon laquelle le recourant n'exerce plus aucune fonction opérationnelle depuis le 30 mars 2005, et les déclarations du recourant selon lesquelles il restait tenu de participer au conseil d'administration et aux assemblées générales et de remplir ses responsabilités jusqu'à sa démission du conseil d'administration.

9. Par ordonnance du 10 mars 2006, le Tribunal a fixé au recourant un délai au 28 mars 2006 pour déposer toutes pièces utiles à établir sa démission du conseil d'administration des différentes sociétés du groupe, et a ordonné également une comparution personnelle des parties.

10. Par chargé complémentaire du 27 mars 2006, le recourant a produit le procès-verbal des délibérations de l'assemblée générale mixte du 23 décembre 2005 ainsi que la publication du 23 mars 2006 de sa démission de X_____ (SUISSE) Sàrl.

11. La comparution personnelle des parties s'est tenue en date du 4 avril 2006. A cette occasion le recourant a déclaré ce qui suit :

    " J'étais membre du conseil d'administration de Y_____ SA (France), qui est la maison mère et qui détient la quasi totalité de la société suisse, ainsi que des autres sociétés du groupe directement et indirectement. J'avais également des mandats de représentation dans plusieurs des autres sociétés, de mémoire celles d'Italie, d'Allemagne et d'Espagne.

    A la question de savoir pourquoi je n'ai pas provoqué la tenue d'une assemblée générale extraordinaire je réponds que pour des raisons tactiques et pratiques. L'AG comprend en effet 70 actionnaires environ, dont des représentants domiciliés aux Etats-Unis, c'est donc une procédure lourde et coûteuse à mettre en place. Par ailleurs, en raison de circonstances particulières et liées à la volonté de démissionner d'un autre administrateur, si j'avais forcé la convocation d'une telle AG je me serais mis "sur le dos" des actionnaires et il n'est pas certain que j'aurais eu la décharge nécessaire.

    A la question de savoir ce qui m'aurait empêché de travailler peu ou prou de façon salariée ou à titre de consultant pour l'une ou l'autre des sociétés du groupe, entre le mois d'avril et le mois d'août 2005, je réponds que, subjectivement, j'en avais ni l'envie ni le temps car j'ai passé tout ce temps à chercher du travail. Objectivement, j'explique que s'agissant des sociétés étrangères, en particulier de la France, le conseil d'administration est un organe de surveillance uniquement, qui ne peut s'immiscer dans la gestion et la direction de la société, d'autre part les administrateurs n'ont ce pouvoir qu'en commun. S'agissant des sociétés étrangères il m'était impossible d'influencer celles-ci de manière à ce qu'elle m'engage d'une façon ou d'une autre.

    S'agissant de la société suisse je rappelle que dès la fin du mois de mars je n'avais plus aucun moyen d'accéder à la société.

    Je confirme avoir fait des recherches d'emploi dès le mois d'avril 2005 et jusqu'à la fin du mois d'août où mon engagement auprès de MIRABAUD PLANIFICATION FINANCIERE a été convenu avec effet au 13 septembre 2005. Mes recherches m'ont pris beaucoup de temps, c'est un domaine où on est amené, dans le cadre de postulations, à rencontrer beaucoup de personnes à de multiples reprises, c'est ainsi que j'ai participé à environ 25 meetings, et que j'ai effectué de nombreux déplacements, en particulier à Paris où j'avais envisagé de retourner si je ne retrouvais par de travail à Genève".

    Il a relevé par ailleurs, par la bouche de son conseil, que compte tenu de la spécificité de son employeur actuel, une société filiale du groupe MIRABEAU, il paraissait évident qu'il n'aurait pas été engagé dès le 13 septembre 2005 s'il avait pu avoir encore une quelconque influence sur le groupe X_____, ce jusqu'au mois de décembre 2005.

La représentante de l'OCE a par ailleurs indiqué qu'elle produirait la copie des recherches d'emplois du recourant. Elle maintenu sa position, considérant que le recourant avait cessé d'avoir toute influence au sens de la jurisprudence lorsque l'assemblée générale du mois de décembre 2005 avait pris acte de sa démission du groupe.

A l'issue de l'audience, il a été décidé de garder la cause à juger.

EN DROIT

1. a) 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 (art. 1 let. r LOJ).

2. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire 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 le chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, ainsi qu'à la loi cantonale en matière de chômage (art. 56V LOJ). La compétence du Tribunal de céans est ainsi établie pour juger du cas d'espèce.

3. 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, ainsi que l'art. 49 al. 2 de la loi genevoise en matière de chômage. Interjeté dans les délai et forme légaux le recours est recevable.

4. La question à résoudre en l'espèce est de savoir si le recourant a droit aux indemnités prévues aux art. 18 et ss de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (ci-après LACI), c'est-à-dire s'il remplit les conditions d'indemnisation de l'art. 8 LACI.

   S'agissant d'une personne employée en qualité de directeur, donc salariée, et inscrit au RC comme administrateur, le recourant avait, en effet, la double qualité d'employé et d'employeur.

5. La jurisprudence fédérale prévoit les principes suivants, s'agissant du droit aux prestations d'un travailleur jouissant d'une situation professionnelle comparable à celle d'un employeur. Un tel travailleur 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 d'influencer celle-ci de manière déterminante, en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant ou encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise. La situation est différente quand le salarié, se trouvant dans une position assimilable à celle de l'employeur, quitte définitivement

l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci, car en pareil cas, on ne saurait parler d'un comportement visant à éluder la loi. Il en va de même lorsque l'entreprise continue d'exister, mais que le salarié, par suite de la résiliation de son contrat, rompt définitivement tout lien avec la société (cf. ATF 123 V 238 consid. 7b/bb).

Le Tribunal fédéral des assurances (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. Il a ainsi nié le droit aux indemnités à un employé également administrateur unique et actionnaire unique, licencié pour raisons économiques et qui avait repris une activité salariée restreinte au sein de la société (cf. ATFA du 6 mars 2002 cause C/92/02).

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).

6. En l'espèce, il y a deux situations à considérer. La première est la position du recourant vis-à-vis de la société suisse, son employeur. La deuxième est sa position vis-à-vis des autres sociétés du groupe.

a) S'agissant de la première le Tribunal est d'avis, compte tenu des règles légales et jurisprudentielles susmentionnées, qu'à la date du 9 juin 2005, et non celle du 30 mars 2005, le recourant n'était plus en mesure d'influencer la société suisse. En effet, que le Président du conseil d'administration ait confirmé, a posteriori, que le

recourant n'avait plus eu aucune activité ni rémunération de la société suisse à partir du 30 mars 2005 n'enlève rien au fait qu'il est resté administrateur, avec signature individuelle, inscrit au Registre du commerce de Genève jusqu'au 25 juin 2005 et que la réquisition de radiation a été adressée par la société le 9 juin 2005. C'est à cette date qu'il a été concrètement mis fin à ses pouvoirs d'administrateur. Or la jurisprudence préconise, pour les administrateurs, d'exclure en principe le droit aux indemnités en raison d'un pouvoir ex lege dont ils disposent.

b) S'agissant de la deuxième, soit l'influence qu'aurait pu avoir le recourant dans le cadre des autres sociétés, le Tribunal considère que le recourant a rendu vraisemblable, au degré de la vraisemblance prépondérante applicable en matière d'assurances sociales (ATF 126V 360; ATF 125V 195 et les références; KUMMER, Gundriss des Zivilprozessrechts 4ème édition Berne 1984 page 136; GYGI, Bundesverwaltung serchtspflege, 2ème édition page 278) qu'il avait perdu toute capacité d'influencer considérablement les sociétés étrangères dès la date de la fin de son contrat de travail. On ne peut, en effet, envisager sérieusement qu'un co-administrateur sans signature individuelle et siégeant par mandat de représentation de X_____ (SUISSE) Sàrl puisse influencer l'une ou l'autre de ces sociétés, non pas dans le cadre de son mandat d'administration, ce qui est possible, mais dans le cadre de la direction des entreprises, de façon à obtenir un travail salarié ou en consultance. On peut retenir également qu'il continuait de siéger dans ces conseils d'administration et assemblées générales conformément à son devoir de responsabilité et pour obtenir la décharge qui lui était nécessaire comme il l'a expliqué au Tribunal, et n'était pas en position de faire valoir une quelconque prétention, alors que tout lien de travail était rompu avec son employeur.

L'instruction du dossier a, par conséquent, permis de rendre vraisemblable, d'une part, qu'il n'avait plus la capacité d'influencer son employeur ou les sociétés affiliées, et que tout risque d'abus doit être considéré comme écarté, et d'autre part, qu'il a cherché activement du travail dès le mois d'avril 2005, ce qui lui a pris beaucoup de temps et l'a conduit à son emploi actuel.

7. Par conséquent le recours sera partiellement admis, les décisions annulées et le dossier renvoyé à l'OCE pour calcul des indemnités journalières dues au recourant dès le 9 juin 2005 jusqu'au 11 septembre 2005.

8. Le recourant, qui obtient partiellement gain de cause, a droit à des dépens même s'ils ne sont pas expressément réclamés, comme c'est la cas en l'espèce. Ils seront fixés en l'occurrence vu le nombre d'écritures, la complexité relative de l'affaire et la tenue d'une audience, à 1'750 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 partiellement.

3. Annule les décisions des 6 septembre et 19 décembre 2005 et renvoie le dossier à l'OCE pour calcul des indemnités journalières dues au recourant du 9 juin 2005 jusqu'au 11 septembre 2005.

4. Condamne l'OCE à verser au recourant une indemnité, à titre de dépens, de 1'750 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 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).

Le greffier — La Présidente :

Pierre RIES — Isabelle DUBOIS

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