RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3791/2005 **ATAS/185/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 1

du 21 février 2006

En la cause

Monsieur H_____	recourant
contre	
CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, sise rue de Montbrillant 40, case postale 2293, 1211 GENEVE 2	intimée

---

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mmes Juliana BALDE et Isabelle DUBOIS, Juges

EN FAIT

1. Monsieur H_____ s'est réinscrit le 29 avril 2004 à l'Office cantonal de l'emploi (ci-après OCE) et a sollicité l'octroi d'indemnités de l'assurance-chômage dès le 1er juillet 2004. Il a indiqué avoir travaillé en dernier lieu au service de la société X_____ SA (ci-après la société) du 1er janvier 2003 au 30 juin 2004. Il avait été licencié par son employeur le 26 avril 2004 avec effet au 30 juin 2004 pour des raisons économiques. Il a précisé qu'il était inscrit au Registre du commerce (RC) en tant qu'administrateur de la société, titulaire de la signature individuelle depuis le 2 juillet 2001. Il avait informé son employeur, par courrier du 28 avril 2004, qu'il démissionnait de son poste d'administrateur.

   L'inscription au RC n'a cependant été radiée qu'en avril 2005.

   Selon les formulaires remplis pour les mois de juillet à novembre 2004 et les attestations de gains intermédiaires y relatives, il est apparu que l'intéressé avait travaillé auprès de la société durant ces périodes de contrôle.

2. Par décision du 17 décembre 2004, l'OCE a rejeté la demande d'indemnités, considérant que durant les deux ans précédant son inscription, l'intéressé avait travaillé pour la société dont il était à la fois l'employé et l'administrateur, et pour laquelle il avait en outre continué à travailler, après son licenciement, en gain intermédiaire.

3. L'intéressé a formé opposition à ladite décision le 17 janvier 2005. Il a expliqué que

   - "je ne suis plus administrateur de cette société (charge que j'avais acceptée lors de l'engagement pour obtenir mon emploi),

   - le fait de la non radiation n'engage que la société qui lors de la rupture du contrat n'a pas fait le nécessaire,

   - comme à ce jour rien n'a encore été fait, j'écris directement au RC pour demander ma radiation,

   - je ne pouvais pas refuser d'effectuer des gains intermédiaires".

4. Sur demande de l'OCE, l'intéressé a produit son extrait de compte individuel de cotisations auprès de la Caisse de compensation FER-CIAM, selon lequel il a été salarié de la société de février à décembre 2002 et de janvier à décembre 2003, celui de son épouse, ayant travaillé en qualité de comptable à raison de 20% pour la société de juillet à octobre 2004, ainsi que le procès-verbal de l'assemblée générale des actionnaires de la société daté du 15 mai 2004, non signé, au cours de laquelle il avait confirmé sa démission du poste d'administrateur, Monsieur P_____ lui succédant.

Il a par ailleurs précisé qu'il avait représenté à titre fiduciaire 98% des actionnaires et qu'il avait cédé ses actions lors de sa démission de ses fonctions d'administrateur.

L'OCE s'est renseigné auprès de la société Y_____ Sàrl, fiduciaire de la société, et a obtenu la confirmation que ni l'intéressé ni son épouse ne possédaient plus d'actions de la société que l'intéressé avait détenues à titre fiduciaire jusqu'au 18 mai 2004.

5. Par décision du 27 septembre 2005, la Caisse cantonale genevoise de chômage a partiellement admis l'opposition de l'intéressé, considérant que celui-ci pouvait se voir ouvrir un droit aux indemnités à compter du 21 avril 2005, ayant été établi qu'il ne détenait plus à cette date de participation financière dans la société. Constatant en revanche qu'après son licenciement pour raisons économiques avec effet au 30 juin 2004, il avait continué à poursuivre son activité au sein de ladite société en gain intermédiaire à tout le moins jusqu'en novembre 2004, elle a confirmé qu'il ne pouvait pas prétendre à l'indemnité de chômage lors de son inscription le 1er juillet 2004.

6. L'intéressé a interjeté recours le 26 octobre 2005 contre ladite décision. Il relève que l'activité intermédiaire qu'il a exercée auprès de la société a été effectuée avec le consentement de l'OCE. Il conteste la double qualité d'employeur et d'employé, soulignant que la société ne lui avait jamais appartenu puisque les actions détenues l'étaient à titre fiduciaire.

7. Invité à se déterminer, l'OCE a intégralement persisté dans sa décision sur opposition du 27 septembre 2005.

8. Les parties ont été entendues par le Tribunal de céans le 31 janvier 2006. Le recourant a précisé que :

"La société a été créée en juillet 2001 par des amis malentendants et moi-même. J'ai préparé le projet et eux l'ont financé. J'ai dû accepter le mandat d'administrateur parce qu'ils voulaient que je puisse engager ma responsabilité. Mon contrat de travail n'a été conclu que le 1er juin 2002 parce que j'étais encore au bénéfice d'un délai-cadre de l'assurance-chômage (gain intermédiaire). En réalité j'ai ainsi travaillé au service de la société depuis février 2002.

Je suis technicien audio-prothésiste. Nous étions deux à travailler en qualité de technicien, l'autre personne était au bénéfice d'un diplôme, pas moi.

Monsieur D_____ était le représentant des actionnaires, il était également l'assureur de la société. C'est lui qui s'occupait de la gestion de la société. Je me contentais de signer les documents importants. C'est lui qui aurait décidé par exemple de l'engagement de personnel supplémentaire. J'aurais eu mon mot à dire naturellement sur le choix de la personne, ses qualités professionnelles.

De juillet 2001, date de la création de la société à février 2002, je n'ai exercé aucune activité au sein de la société. En fait elle n'existait pas encore réellement (pas de locaux, etc.).

Après mon licenciement j'ai continué à travailler pour la société comme technicien, mais en gain intermédiaire. J'avais besoin de cet emploi parce que je souhaitais obtenir ce diplôme. J'ai ainsi travaillé un peu moins d'un mi-temps. L'autre personne n'a pas été licenciée, parce que la société avait besoin d'un technicien diplômé.

Nous avons eu une discussion en décembre 2005, Messieurs P_____, D_____ et moi-même. J'ai acheté le laboratoire de la société et je me suis mis à mon compte depuis janvier 2006. J'ai à présent d'autres clients que la seule société X_____.

Entre le moment où j'ai donné ma démission comme administrateur (avril 2004) et la radiation au registre du commerce (avril 2005), il ne m'a pas été demandé de signer de documents pour la société, tout simplement parce qu'il n'y en avait pas besoin. Je ne sais pas ce qui se serait passé si une décision nécessitant mon intervention avait dû être prise durant cette période.

Une explication m'est demandée concernant une télécopie que j'ai adressée à la caisse le 24 mars 2005 depuis la société. Je n'émargeais à ce moment-là plus du chômage et j'avais recommencé à travailler pour la société à plein temps, ce jusqu'à décembre 2005".

9. 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'art. 56

de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (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.

Interjeté dans les délai et forme légaux, le recours est recevable (art. 56 et 60 (LPGA – RS 830.1) et 49 al. 2 de la loi genevoise en matière de chômage (RSG J 2 20).

3. L'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 8 al. 1 let. a LACI).

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 réputées 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).

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.

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).

4. En l'espèce, l'intéressé a été administrateur de la société depuis le 2 juillet 2001. Il a indiqué, lors de l'audience de comparution personnelle, qu'il avait été à l'origine de la création de celle-ci, avec des amis malentendants. Quand bien même il ne s'occupait pas directement de la gestion de la société, force est de constater que c'est lui qui, en sa qualité d'administrateur unique, titulaire de la signature individuelle, signait les documents importants. Il est vrai que la lettre l'informant de son licenciement, datée du 26 avril 2004, a été signée par Monsieur D_____, représentant des actionnaires. Il n'en est pas moins vrai qu'il avait alors la possibilité, tout au moins, d'influencer de manière déterminante les décisions de la société. L'intéressé entre ainsi dans la catégorie des personnes qui ont la double qualité d'employeur et d'employé.

   Selon la jurisprudence susmentionnée, on peut admettre que la situation est différente si le salarié rompt définitivement tout lien avec la société qui continue d'exister après la résiliation du contrat. Or, l'intéressé a travaillé jusqu'en novembre 2004 pour la société, en gain intermédiaire, puis à plein temps jusqu'à décembre 2005. Il reconnaît à cet égard que si une décision avait dû être prise par la société après son licenciement, "il ne sait pas ce qui se serait passé". Il ressort des déclarations de l'intéressé, entendu par le Tribunal de céans, qu'il a quoi qu'il en soit gardé avec la société des liens très étroits. Son inscription au RC comme organe de la société est décisive pour déterminer s'il occupe une position assimilable à celle d'un employé (arrêt du TFA 110/03); seule la radiation de l'inscription permet d'admettre sans équivoque que l'assuré a quitté la société. Or la radiation n'est intervenue en l'espèce qu'en avril 2005.

   En conséquence, c'est à compter de cette date et dans la mesure où il ne détenait plus aucune participation financière dans la société, que le droit à des indemnités de chômage peut être ouvert.

   Aussi la décision sur opposition doit-elle être confirmée et le recours 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 :
Marie-Louise QUELOZ	Doris WANGELER

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