RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/486/2005 **ATAS/303/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 4

du 22 mars 2006

En la cause

Madame D_____, comparant avec élection de domicile en l'Etude de Maître PICOT Jérôme	recourante

contre

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

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

EN FAIT

1. Madame D_____ s'est inscrite à l'Office cantonal de l'emploi (ci-après OCE) et un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur dès le 11 avril 2002.

2. Dès le 1er janvier 2003, l'assurée a été engagée par Z_____ SA, société qui exploitait un centre de bien-être, de cabines de bronzage, d'équipements UV, de solarium et de manucure, en qualité de responsable du secteur solarium - onglerie. Par courrier recommandé du 25 septembre 2003, l'assurée a été licenciée pour le 31 octobre 2003. Ce licenciement n'a toutefois pas été effectif.

3. Une assemblée générale extraordinaire de la société Z_____ SA s'est tenue le 14 octobre 2003, lors de laquelle l'assurée a été nommée administratrice avec signature individuelle. Son inscription au Registre du commerce a été effectuée le 27 octobre 2003.

4. Le 5 décembre 2003, Monsieur X_____, gérant et représentant de la majorité du capital de la société, a adressé un courrier à l'assurée, lui demandant de licencier tout le personnel pour le 31 décembre 2003, la société n'ayant plus les moyens de continuer son activité.

5. Par lettre recommandée du 8 décembre 2003, l'assurée s'est auto-licenciée pour le 31 décembre 2003, pour des motifs économiques.

6. L'assurée s'est réinscrite à l'OCE et a sollicité des indemnités de chômage dès le 29 janvier 2004. Elle a rempli et signé elle-même l'attestation de l'employeur et répondu par la négative à la question de savoir si elle occupait une fonction dirigeante dans la société Z_____ SA.

7. Par décision du 5 mai 2004, la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la caisse), a refusé le versement d'indemnités de chômage, au motif que l'assurée avait la double qualité d'employeur et d'employée et qu'en tant que responsable de la société, elle ne pouvait pas bénéficier de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail. Seule une cessation définitive des activités de l'entreprise ou une rupture totale de ses liens avec celle-ci pourrait lui permettre de bénéficier d'une indemnité de chômage.

8. Le 14 juin 2004, le conseil de l'assurée s'est enquis de la suite du dossier. L'assurée n'avait pas reçu la décision, de sorte qu'une copie lui a été communiquée le 17 juin 2004.

9. Par l'intermédiaire de son conseil, l'assurée a formé opposition le 19 juillet 2004, exposant que des hommes d'affaires danois, Messieurs X_____ et R_____, avaient créé la société le 16 décembre 2002. A la suite de la démission, le 22 septembre 2003, de l'administrateur unique de la société, Monsieur

X_____, en quête d'un nouvel administrateur de nationalité suisse, l'avait convaincue d'accepter ce poste en sus de ses activités de salariée, sans contrepartie financière, l'assurant qu'il ne s'agissait que d'une formalité n'emportant aucune conséquence. En réalité, elle n'avait exercé aucune prérogative liée à cette fonction et toutes les décisions étaient prises par l'actionnaire, Monsieur X_____, qui était le seul et véritable employeur. En janvier 2004, la fiduciaire l'avait informée que les factures n'étaient plus payées ; elle avait tenté de contacter l'actionnaire, mais en vain, ce dernier s'étant volatilisé. Le 15 janvier 2004, la société avait cessé toutes ses activités commerciales et les bureaux avaient été fermés. Selon une convention du 2 mars 2004 signée par le bailleur et Monsieur R_____, les parties avaient convenu de la remise des locaux au plus tard au 22 mars 2004. Elle avait finalement démissionné de ses fonctions d'administratrice le 19 juillet 2004, avec effet immédiat, après avoir pris soin d'assumer, sans rémunération, les obligations légales qui lui incombaient, notamment auprès des autorités de l'AVS, LPP, TVA, etc. Elle a été radiée au Registre du commerce en date du 14 septembre 2004.

10. Par décision du 28 janvier 2005, la caisse a rejeté l'opposition de l'assurée. Rappelant que l'assurée avait indiqué qu'elle n'avait plus de nouvelles de Monsieur X_____ depuis janvier 2004, la caisse a considéré qu'elle avait prouvé, de par toutes les démarches qu'elle avait effectuées sans l'accord de ce dernier, qu'elle avait le pouvoir de prendre seules des décisions concernant la société, en raison de sa fonction d'administratrice. Le fait que la société n'avait plus de locaux n'était pas pertinent, car la société était toujours inscrite au RC et aurait pu développer son activité dans d'autres locaux. Elle n'avait ainsi pas rompu tous liens avec la société, de sorte que le droit aux indemnités devait être nié.

11. Par acte du 2 mars 2005, l'assurée, représentée par son mandataire, a interjeté recours, reprenant pour l'essentiel les mêmes arguments que ceux développés dans le cadre de son opposition. Elle fait également valoir que Monsieur X_____ lui avait personnellement donné son congé pour la fin du mois de décembre 2003, sans qu'elle n'ait son mot à dire. Elle relève que la société a cessé toute activité commerciale le 15 janvier 2004. En outre, elle a démissionné lors de l'assemblée générale extraordinaire du 4 mars 2004, mais avec effet au jour où les démarches effectuées par la fiduciaire et son avocat pour récupérer la TVA prendraient fin, soit en définitive le 19 juillet 2004. En tenant compte de la situation concrète, elle n'avait pas la double qualité d'employeur et d'employée et sa perte de travail était contrôlable, dès le 15 janvier 2004. Elle conclut à l'octroi d'indemnités de chômage dès le 29 janvier 2004.

12. Dans sa réponse du 12 mai 2005, la caisse conclut au rejet du recours, au motif que s'agissant d'une administratrice, il n'est pas nécessaire de rechercher plus concrètement les responsabilités qu'elle exerçait au sein de la société anonyme.

13. Par réplique du 10 juin 2005, la recourante relève que la société ne lui appartenait pas, qu'elle a toujours été salariée, et que la perte de travail était parfaitement contrôlable, dès lors que la société a cessé définitivement ses activités le 15 janvier 2004.

14. La caisse a persisté dans ses conclusions le 24 juin 2005.

15. Le Tribunal de céans a entendu les parties en audience de comparution personnelle le 9 novembre 2005. La recourante a déclaré qu'elle ignorait si elle détenait une action à titre fiduciaire dans la société. Elle avait été engagée le 1er janvier 2003 comme simple salariée et son salaire n'a pas été modifié lorsqu'elle a été inscrite comme administratrice. Elle a expliqué que l'actionnaire principal avait déjà licencié le personnel pour fin octobre 2003, mais que l'actionnaire devait trouver de l'argent. L'ancien administrateur avait démissionné en automne 2003 et il fallait en trouver rapidement un autre; elle avait accepté de devenir administratrice, car Monsieur X_____ lui avait dit que s'il ne trouvait personne, la société fermerait. En décembre 2003, elle a signé les lettres de licenciement, que la fiduciaire avait préparées. Le 15 janvier 2004, tout le personnel était parti, les clés des locaux ont été remises au propriétaire qui avait engagé une procédure à l'encontre de la société pour des loyers impayés - ce qu'elle ignorait - et l'Office des Poursuites avait apposé les scellés. Sur conseil de son avocat, elle était néanmoins restée administratrice, car il fallait mener à bien certaines procédures en cours, notamment récupérer la TVA d'environ 30'000 fr., qui avait permis de régler intégralement l'AVS, l'employeur n'ayant pas payé les charges sociales du personnel pour 2003. Depuis le 15 janvier 2004, elle n'avait plus eu d'activité lucrative et était en recherche d'emploi. Finalement, le 1er juin 2004, elle s'est installée à son compte et a ouvert sa propre arcade. La caisse, pour sa part, a maintenu sa position.

16. 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. 56V al. 1 let. a ch. 8 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 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.

3. La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 230 consid. 1.1; 335 consid. 1.2; ATF 129 V 4 consid. 1.2; ATF 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références). Les règles de procédure quant à elles s'appliquent sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b). La LPGA s'applique donc au cas d'espèce.

   Interjeté dans la forme et le délai prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA).

4. L'objet du litige consiste à déterminer si la recourante a droit à des indemnités de chômage dès le 29 janvier 2004.

5. Selon l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage, notamment s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi. Est réputé sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et qui cherche à exercer une activité à plein temps (art. 10 al. 1 LACI). Celui qui cherche un emploi à temps partiel et cherche à le remplacer par une activité à plein temps ou à le compléter par une autre activité à temps partiel est pour sa part réputé partiellement sans emploi (art. 10 la. 2 LACI).

   Conformément à 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 peut 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.

   D'après 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 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'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail. Dans ce sens, 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 123 V 234). 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 des indemnités de chômage (ATF 123 V 238 consid. 7b/bb; SVR 2001 ALV n° 14 pp. 41-42 consid. 2a; DTA 2000 n° 14 p. 70 consid. 2 ; ATFA du 14 avril 2003, cause C 92/02).

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 all. 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. 7bb ; DTA 2003 no 22 p. 242 consid. 4).

6. Selon la jurisprudence relative à l'art. 31 al. 3 let. c LACI – lequel, dans une teneur équivalente, exclut du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail le même cercle de personnes que celui visé par l'art 51 al. 2 LACI et auquel on peut se référer par analogie (DTA 1996/1997 no. 41 p. 227 consid. 1b) - , il n'est pas admissible de refuser, de façon générale, le droit aux prestations aux employés au seul motif qu'ils peuvent engager l'entreprise par leur signature et qu'il sont inscrits au registre du commerce. Il convient de ne pas fonder de façon stricte sur la position d'organe formel de l'organe à considérer, il faut bien plutôt établir l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes. C'est donc la notion d'organe matériel 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 (SVR 1997 ALV no 101 p. 311 consid. 5d). En particulier, lorsqu'il s'agit de déterminer quelle est la possibilité effective d'un dirigeant d'influencer le

processus de décision de l'entreprise, il faut prendre en compte les rapports internes existant dans l'entreprise.

La seule exception à ce principe que reconnaît le TFA concerne les membres des conseils d'administration, car ils disposent ex lege d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI (art. 716 à 716b CO ; DTA 1996/1997 no 41 p. 226 consid. 1b et les références). 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 consid. 3 ; DTA 2004 n° 21 p. 198 consid. 3.2 ; ATF du 27 janvier 2005, cause C 45/04). 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. 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).

7. En l'espèce, la recourante a été engagée par la société depuis le 1er janvier 2003 en qualité de responsable du secteur « onglerie ». Par courrier du 25 septembre 2003, la société a résilié une première fois le contrat qui la liait à la recourante avec effet au 31 octobre 2003, dès lors que la société n'avait plus les moyens de continuer son activité. Toutefois, suite à la démission de l'administrateur, la recourante a été nommée administratrice au cours d'une assemblée générale extraordinaire des actionnaires du 14 octobre 2003, avec droit de signature individuelle et inscrite au registre du commerce le 27 octobre 2003.

   Puis, sur instruction de Monsieur X_____, représentant de la majorité des actionnaires, du 5 décembre 2003, la recourante a, en sa qualité d'administratrice, licencié tout le personnel, elle-même y compris, pour le 31 décembre 2003.

   Le Tribunal constate, au vu des pièces du dossier, que la recourante n'était pas la propriétaire économique de la société, puisqu'elle ne possédait qu'une seule action à titre fiduciaire (cf. pièce no.10 recourante). Il n'en demeure pas moins qu'après son licenciement, elle en est demeurée l'administratrice. De surcroît, lors de l'assemblée générale extraordinaire du 5 décembre 2003, présidée par Monsieur X_____, il était prévu de modifier la raison sociale de la société et l'administratrice devait faire les démarches auprès du notaire et des instances compétentes (cf. pièce no. 8 recourante). Il n'était pas question, à ce moment-là, d'une cessation définitive d'activité.

Le 4 mars 2004 s'est tenue une nouvelle assemblée générale extraordinaire, dans les locaux de son avocat, à laquelle les actionnaires, convoqués par publication, ne se sont pas présentés. La recourante a alors pris la présidence et rappelé que durant son mandat, Monsieur X_____, fondateur de la société, prenait toutes les décisions pour le compte de l'entreprise, et que cette dernière avait cessé toute activité commerciale le 15 janvier 2004. L'actionnaire majoritaire n'avait trouvé aucun repreneur et ne se souciait plus de l'avenir de la société. Sur conseil de la fiduciaire, la recourante a décidé de surseoir à l'avis au juge, afin de pouvoir récupérer un retour de la TVA d'environ 30'000 fr. , dans l'intérêt des créanciers. Lors de cette même assemblée, la recourante a décidé de remettre sa démission, mais avec effet qu'à compter du jour où les démarches visant au recouvrement des montants de la TVA auront pris fin.

Force est de constater que jusqu'à la date effective de sa démission, en septembre 2004, la recourante a continué d'agir en tant qu'administratrice de la société. Partant, l'intimée était fondée à lui refuser les indemnités de chômage, dès lors qu'elle faisait indiscutablement partie du cercle des personnes visées par l'art. 31 al. 3 let. c LACI.

Mal fondé, le recours doit être 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).

Le greffier	La Présidente :
Walid BEN AMER	Juliana BALDE

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