

GE_GERICHTE ATAS/605/2008 vom 21. Mai 2008

GE Cour de justice, 2008-05-21, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_605_2008

FR: GE_GERICHTE ATAS/605/2008 du 21 mai 2008

IT: GE_GERICHTE ATAS/605/2008 del 21 maggio 2008

Erwägungen

E. 1

Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 8 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (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.

E. 2

Interjeté dans les forme et délai prescrits par la loi, le recours déposé le 1er octobre 2007 contre la décision sur opposition de la caisse du 29 août 2007 est recevable (art. 56 et 60 LPGA).

A/3677/2007 - 10/15 -

E. 3

Le litige porte sur le droit du recourant à l'indemnité de chômage du 1er janvier au 31 mai 2007.

E. 4

a) L'assuré a droit à l'indemnité de chômage notamment s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 8 al. 1 let. a LACI) et s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (art. 8 al. 1 let. b LACI et 11 LACI). b) Selon la jurisprudence (ATF 123 V 234), 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. Selon cette disposition légale, n'ont pas droit à l'indemnité 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 de l'entreprise; il en va de même des conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise. A cet égard, 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'ils sont inscrits au registre du commerce. Il n'y a pas lieu de se fonder de façon stricte sur la position formelle 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 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 (SVR 1997 ALV n° 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 convient de prendre en compte les rapports internes existant dans l'entreprise. On établira l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes (DTA 1996/1997 n° 41 p. 227 sv. consid. 1b et 2; SVR 1997 ALV n° 101 p. 311 consid. 5c). La seule exception à ce principe que reconnaît le Tribunal fédéral des assurances concerne les membres des conseils d'administration car ils disposent ex lege (art. 716 à 716b CO), d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI (DTA 1996/1997 n° 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 (cf. ATF non publié du 29 août 2007, C 211/06, consid. 2.1 et 2.2 et les références ; ATF non publié du 20 janvier 2006, C 207/04, consid. 3).

A/3677/2007 - 11/15 - c) 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 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. C'est la raison pour laquelle le Tribunal fédéral des assurances 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 n'y a pas de place, dans ce contexte, pour un examen au cas par cas d'un éventuel abus de droit de la part d'un assuré. Lorsque l'administration statue pour la première fois sur le droit à l'indemnité d'un chômeur, elle émet un pronostic quant à la réalisation des conditions prévues par l'art. 8 LACI. Aussi longtemps qu'une personne occupant une fonction dirigeante maintient des liens avec sa société, non seulement la perte de travail qu'elle subit est incontrôlable mais la possibilité subsiste qu'elle décide d'en poursuivre le but social. Dans un tel cas de figure, il est donc impossible de déterminer si les conditions légales sont réunies sauf à procéder à un examen a posteriori de l'ensemble de la situation de l'intéressé, ce qui est contraire au principe selon lequel cet examen a lieu au moment où il est statué sur les droits de l'assuré. Au demeurant, ce n'est pas l'abus avéré comme tel que la loi et la jurisprudence entendent sanctionner ici, mais le risque d'abus que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur (ATF non publiés du 14 avril 2003, cause C 92/02 et du 29 août 2005, cause C 163/04). d) De jurisprudence constante, l'inscription de l'assuré au registre du commerce (comme organe de la société) est décisive pour déterminer s'il occupe une position assimilable à celle d'un employeur; la radiation de l'inscription permet d'admettre sans équivoque que l'assuré a quitté la société (ATF non publié du 29 novembre 2005, cause C 175/04).

E. 5

a) La jurisprudence étend l'exclusion du conjoint du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, au droit à l'indemnité de chômage (cf. ATF non publié du 17 novembre 2006, C 192/05, consid. 2 et les références, notamment arrêt du Tribunal fédéral des assurances en la cause M. du 26 juillet 1999 [C 123/99]).

A/3677/2007 - 12/15 - En effet, les conjoints peuvent exercer une influence sur la perte de travail qu'ils subissent, ce qui rend leur chômage difficilement contrôlable. En outre, aussi longtemps que cette influence subsiste, il existe une possibilité de réengagement. Dans ce cas également, il s'agit de ne pas détourner la réglementation en matière d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, par le biais d'une disposition sur l'indemnité de chômage (ATF non publié du 7 décembre 2006, C 156/06, consid. 2 ; ATF du 29 août 2005, cause C 163/04). b) La personne assurée qui a quitté l'entreprise dans laquelle son conjoint ou sa conjointe occupe une position comparable à celle d'un employeur n'a en principe droit à l'indemnité que si elle a perdu un emploi qu'elle occupait chez un autre employeur et qu'elle a accompli une période minimale de cotisation de six mois après son départ de l'entreprise de son conjoint, ou acquis une période de cotisation de douze mois hors de l'entreprise conjugale (circulaire du seco relative à l'indemnité de chômage, janvier 2007, chiffre B 31; ATF non publié du 20 février 2007, C 151/06, consid. 3 ; ATF non publié du 31 mars 2004, cause C 171/03).

E. 6

En l'espèce, il est établi que durant les douze mois précédant son inscription à l'assurance-chômage, le recourant a été salarié de la société X_____ SA, dont son épouse était depuis 2001, et a continué à l'être, l'unique administrateur avec signature individuelle inscrit au registre du commerce. L'épouse du recourant a ainsi exercé et conservé, à tout le moins légalement, une influence sur les décisions de la société et se trouvait pendant les périodes déterminantes dans une position assimilable à celle d'un employeur, quelle que soit la répartition interne de la gestion au sein de la société. Il ressort d'ailleurs des éléments du dossier que durant la période de cotisation, le recourant a été mis au bénéfice d'un contrat d'emploi temporaire cantonal d'une durée déterminée maximale de douze mois et deux jours. Dans ce cadre, il a effectivement travaillé du 14 janvier au 31 décembre 2005, d'abord pour le service du Tuteur général puis, dès le 28 avril 2005, pour le CTI, soit pendant une durée inférieure à douze mois (11 mois et 16,8 jours), étant précisé que c'est le recourant qui a mis fin à l'emploi temporaire cantonal (cf. attestation d'employeur du SMC). Il convient ainsi de constater que le recourant a quitté l'entreprise dont son conjoint était l'unique administrateur et que, lors de son inscription au chômage, il n'avait pas accompli une période minimale de cotisation de six mois après le départ de l'entreprise conjugale, ni acquis une période de cotisation de douze mois hors de l'entreprise conjugale. Enfin, il n'y a pas eu de rupture définitive des liens avec cette société, qui a continué à exister et à être administrée par l'épouse du recourant durant la période pour laquelle l'indemnisation a été sollicitée. Ces éléments permettent en principe à eux seuls d'exclure le recourant du droit aux indemnités de chômage.

A/3677/2007 - 13/15 -

E. 7

Le recourant soutient toutefois, et c'est son argument principal, qu'il était dans les faits un employé salarié du DCTI et non pas d'X_____ SA, dès lors que son activité pendant

2006 constituait le prolongement de son emploi temporaire cantonal de 2005, et devait donc être qualifiée d'activité dépendante selon les critères développés en matière de cotisations AVS (subordination, obligation de remplir la tâche personnellement, devoir de présence, etc.). A cet égard, il n'est pas litigieux que le recourant ait revêtu la qualité de salarié pendant l'année 2006, des cotisations à ce titre ayant d'ailleurs été prélevées sur son salaire. Il n'est en revanche pas établi, au vu des pièces du dossier et des déclarations des parties et des témoins, que le recourant eut été le salarié du DCTI. D'une part, c'est X_____ SA qui a versé au recourant un salaire mensuel net de 7'444 fr., de janvier à décembre 2006, le salaire brut s'élevant à 9'000 fr. (cf. fiches de salaires et relevés bancaires). C'est aussi X_____ SA, et non pas le recourant, qui a facturé au DCTI les honoraires en relation avec l'intervention du recourant, les montants facturés s'élevant au total à 157'108 fr. 65 ; la société a ainsi réalisé un bénéfice brut de 24'878 fr. 05 sur le contrat de mandat. Partant, les honoraires qui ont été payés par le DCTI à X_____ SA étaient supérieurs au salaire qui a été versé au recourant. C'est donc bien X_____ SA qui a fixé le montant du salaire qui revenait au recourant, et par conséquent l'étendue des cotisations sociales qui devaient être prélevées, le DCTI n'ayant exercé aucune influence à cet égard. De plus, le Tribunal de céans constate que le recourant a créé X_____ SA avec son épouse (cf. PV de comparution personnelle du 27 février 2008), qu'il en a été l'administrateur président entre 1997 et 2001 ainsi que son salarié en 1995 et entre 1997 et 2001. Il a enfin signé en décembre 2005 le contrat avec le DCTI, en sa qualité de directeur de cette société (cf. art. 6/3/a du contrat entre le DCTI et X_____ SA et PV d'enquêtes du 27 février 2008, audition C_____, p. 1 et audition B_____, p. 2), à un moment où, formellement, il n'occupait aucune fonction. A cela s'ajoute que la société est détenue par le recourant et son épouse à raison de 25% chacun (PV de comparution personnelle du 27 février 2008). Nonobstant sa démission du conseil d'administration de la société en 2001, le recourant avait ainsi conservé un certain nombre de prérogatives au sein de la société, lui permettant de la représenter vis-à-vis de tiers. Dans ces conditions, il était pour lui aisé de se faire engager en 2006 et d'en être le salarié. Il y a encore lieu de constater que le contrat avec le DCTI, conclu d'emblée pour une durée déterminée, était censé occuper le recourant, d'après ses propres déclarations, à 60% pendant l'année 2006 (cf. PV de comparution personnelle du 27 février 2008, p. 2), ce qui devait lui permettre de développer ses propres affaires (déclarations des témoins C_____ et B_____, PV d'enquêtes du 27 février 2008). En revanche, le recourant a été engagé à plein temps et pour une durée indéterminée par X_____ SA (cf. demande d'indemnité de chômage du

A/3677/2007 - 14/15 - 3 janvier 2007 ; attestation de l'employeur du 10 janvier 2007 et lettre de licenciement du 27 novembre 2006), ce qui démontre que l'emploi pour X_____ SA ne coïncidait pas avec le contrat de mandat conclu avec le DCTI et n'était pas censé se terminer avec celui-ci. Tous ces éléments démontrent à satisfaction de droit que le recourant n'a pas été un salarié du DCTI au sens de l'assurance-chômage durant l'année 2006, mais bien un employé d'X_____ SA, entreprise dans laquelle son épouse occupait la position légale d'un employeur, ce qui l'exclut, pour les motifs exposés ci-dessus, du droit à l'indemnité de chômage. Dans ces circonstances, la question de savoir si, vu son statut de membre fondateur de la société, d'actionnaire, d'ancien administrateur et d'organe de fait, le recourant ne doit pas être lui-même assimilé à son propre employeur, peut demeurer ouverte. Aussi longtemps qu'X_____ SA est maintenue en activité et que l'épouse du recourant en est l'administratrice, le risque de réengagement du recourant par la société, même s'il peut être qualifié de faible compte tenu des explications du

recourant et de son épouse au sujet de la mauvaise marche des affaires, n'est pas inexistant. C'est le lieu de rappeler que la loi entend sanctionner le risque d'abus, que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant lui-même ou son conjoint d'une situation comparable à celle d'un employeur, et non pas l'abus avéré comme tel. Partant, le Tribunal de céans ne peut que confirmer la décision litigieuse.

E. 8

Subsidiairement, le recourant requiert la restitution des cotisations d'assurance- chômage payées durant la période du 1er janvier au 31 décembre 2006. a) Dans la procédure juridictionnelle administrative, ne peuvent être examinés et jugés, en principe, que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée préalablement d'une manière qui la lie, sous la forme d'une décision. Dans cette mesure, la décision détermine l'objet de la contestation qui peut être déféré en justice par voie de recours. En revanche, dans la mesure où aucune décision n'a été rendue, la contestation n'a pas d'objet, et un jugement sur le fond ne peut pas être prononcé (ATF non publié du 29 août 2007, C 211/06, consid. 3 et les références citées ; ATAS/928/2007 du 3 septembre 2007). b) En l'occurrence, il n'existe pas de décision au sujet de la restitution éventuelle des cotisations en cause. La conclusion subsidiaire du recours est donc irrecevable (cf. ATF non publié C 211/06, du 29 août 2007, consid. 3).

E. 9

Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté et la décision querellée confirmée.

A/3677/2007 - 15/15 -

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.