RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1092/2005 **ATAS/735/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 3

du 9 septembre 2005

En la cause

Monsieur L_____, recourant

contre

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

Siégeant : Madame Karine STECK, Présidente,
Mesdames Isabelle DUBOIS et Doris WANGELER, Juges.

EN FAIT

1. Le 15 mars 1997, Monsieur L_____ a débuté à plein temps une activité professionnelle en tant que directeur du marketing auprès de la société X_____ Sàrl.

2. Par courrier du 30 septembre 2002, son contrat de travail a été résilié avec effet au 31 décembre 2002 pour raisons économiques.

3. Le 7 janvier 2003, l'assuré s'est annoncé à l'Office cantonal de l'emploi (OCE) et a demandé à bénéficier des indemnités de chômage dès cette date.

4. A la suite d'un contrôle, l'OCE a constaté que, selon le registre du commerce (RC ; état au 21 juillet 2004), l'assuré avait été associé gérant de X_____ Sàrl, pour une part de 18'000 fr., avec signature individuelle, du 9 octobre 2001 au 19 février 2004. Depuis lors, il était associé liquidateur avec signature individuelle. Il était toujours détenteur d'une part de 18'000 fr. Par ailleurs, son épouse, Madame L_____, avait été associée gérante pour une part de 1'000 fr. avec signature individuelle jusqu'au 11 septembre 2001.

5. Le 17 février 2004 s'est tenue l'assemblée des associés de la société X_____ Sàrl. Il ressort du procès-verbal que c'est ce jour-là que la société a été dissoute et mise en liquidation et que l'assuré a été nommé liquidateur (pièce 1b caisse).

6. Par décision du 6 septembre 2004, l'OCE a informé l'assuré qu'il ne pouvait être donné suite à sa demande d'indemnités puisqu'il poursuivait son activité indépendante.

7. Le 30 septembre 2004, l'intéressé a formé réclamation contre cette décision. Il a invoqué une violation du principe de la bonne foi. Il a expliqué que l'administration l'avait maintenu dans l'ignorance de la loi, raison pour laquelle il n'avait pas procédé à la liquidation de la société comme il aurait dû le faire. A aucun moment, on n'avait exigé de lui qu'il liquide la société pour obtenir des indemnités. Ce n'est qu'à la réception de la décision du 6 septembre 2004 qu'il a compris qu'il devait procéder à la liquidation, ce qu'il a fait immédiatement. Il ne peut cependant désormais plus justifier d'une année de cotisations à l'intérieur de son délai-cadre. C'est la raison pour laquelle il considère qu'un grave préjudice lui a été occasionné. Il a produit à l'appui de ses dires une copie de l'extrait du procès-verbal de l'assemblée des associés de la société du 17 février 2004 dont il ressort que la société a été dissoute à cette même date et qu'il en a été nommé liquidateur.

8. Au 23 février 2005, l'assuré était inscrit au RC en qualité d'associé liquidateur pour une part de 18'000 fr. avec signature individuelle.

9. Par décision sur opposition du 29 mars 2005, l'OCE a confirmé la décision du 6 septembre 2004. Il a considéré qu'en l'occurrence, les conditions lui permettant de revenir sur une décision formellement passée en force étaient réalisées puisqu'elle était manifestement erronée. Il a fait valoir que le fait que l'inventaire de la société ait été vendu et que l'entreprise soit inactive depuis lors était sans pertinence lorsqu'en raison de sa fonction d'organe directeur de la société, l'assuré conservait la possibilité de réactiver en tout temps l'entreprise qui n'avait pas cessé d'exister. Il a été relevé qu'en l'occurrence, l'assuré n'avait pas rompu tout lien avec la société, qu'il avait continué à bénéficier d'une situation lui permettant d'avoir une position dirigeante et d'influencer les décisions prises au sein de la société. Par ailleurs, l'assuré n'avait pas démontré que des informations erronées à cet égard lui avaient été fournies, si bien que sa bonne foi ne saurait dès lors être prise en considération, si ce n'est lors d'une éventuelle demande de remise.

10. Par courrier du 13 avril 2005, l'assuré a interjeté recours contre cette décision. Il fait valoir que la caisse de chômage lui a ouvert un délai-cadre d'indemnisation dès le 7 janvier 2003 alors même que son entreprise était inscrite au RC. Il ne pouvait dès lors se rendre compte que la caisse avait commis une erreur. Il affirme que s'il avait su qu'il lui incombait de liquider de la société et de la radier du RC, il l'aurait fait immédiatement. La caisse ne l'ayant averti de la marche à suivre que tardivement, il ne peut désormais plus justifier de la période de cotisations requise pour pouvoir prétendre légalement aux indemnités de chômage.

11. Invité à se prononcer, l'OCE, dans sa réponse du 12 mai 2005, a conclu au rejet du recours. Il fait valoir que l'assuré n'a jamais indiqué être associé gérant dans une Sàrl lorsqu'il est venu s'inscrire au chômage. La lettre de licenciement qu'il a alors produite était signée «L_____» si bien que l'autorité intimée ne pouvait à ce moment-là se douter qu'il s'agissait en réalité de son entreprise et que la signature était celle de son épouse, Madame L_____ puisque cette dernière n'avait indiqué que son nom de jeune fille. C'est donc sur la base d'un état de fait incomplet qu'un droit à l'indemnité a été reconnu à l'assuré. Par ailleurs, l'autorité intimée relève que contrairement à ce que le recourant prétend, la société a continué à être active depuis 2003 puisque de nombreuses écritures ont été effectuées au RC entre le 7 janvier 2003 et le 6 septembre 2004 ce qui peut légitimement mettre en doute les allégations de l'intéressé.

12. Les autres faits seront repris, en tant que de besoin, dans la partie en droit du présent jugement.

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 (LPGA) 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. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56V al. 1 let. a ch. 8 LOJ et 60 LPGA).

4. Le litige porte sur les points de savoir si l'assuré remplit les conditions du droit à l'indemnité de chômage (art. 8ss. LACI) et si l'autorité intimée était autorisée à procéder à une reconsidération de sa décision d'octroi des indemnités de chômage.

5. Conformément à l'art. 53 al. 2 LPGA, l'administration peut en tout temps revenir d'office sur une décision formellement passée en force de chose jugée et sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée sous l'angle matériel, à condition qu'elle soit sans nul doute erronée et que sa rectification revête une importance notable. Par le biais de la reconsidération, on corrigera une application initiale erronée du droit, de même qu'une constatation erronée résultant de l'appréciation des faits (ATF 117 V 17 consid. 2c; 115 V 314 consid. 4a/cc). Cette exigence évite que la reconsidération ne devienne un instrument autorisant sans autre un nouvel examen des conditions à la base des prestations de longue durée. En particulier, les organes d'application ne sauraient procéder en tout temps à une nouvelle appréciation de la situation après un examen plus approfondi des faits. Ainsi, une inexactitude manifeste ne saurait être admise lorsque l'octroi de la prestation dépend de conditions matérielles dont l'examen suppose un pouvoir d'appréciation, quant à certains de leurs aspects ou de leurs éléments, et que la décision paraît admissible compte tenu de la situation de fait et de droit (arrêt B. du 19 décembre 2002, I 222/02, consid. 3.2, et les références).

6. En l'espèce, il est manifeste que les conditions permettant à l'autorité intimée de procéder à une reconsidération de sa décision initiale sont réunies dans la mesure

où cette décision était basée sur un état de fait incomplet. Il convient à présent de déterminer si le recourant a droit à des prestations.

7. a) Selon la jurisprudence publiée aux 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.

   La situation est en revanche 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; 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. 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 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 l'une des conditions du 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).

Cependant, le TFA a estimé qu'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 122 V 273 consid. 3; DTA 2004 n° 21 p. 198 consid. 3.2 ; ATF du 27 janvier 2005, cause C 45/04).

Il doit en aller de même avec les associés d'une Sàrl. En effet, conformément à l'art. 811 al. 1 CO, s'il n'en est pas disposé autrement, les associés dans la société à responsabilité limitée ont non seulement le droit mais également l'obligation de participer à la gestion de la société. En édictant cette disposition, le législateur est parti du principe que les personnes qui détiennent la société doivent également en assumer la direction. A ce titre, les associés, respectivement les associés-gérants lorsqu'il en a été désigné, occupent collectivement une position comparable à celle du conseil d'administration d'une société anonyme (ATFA C 37/02 du 22 novembre 2002 et les références).

b) Selon l'intimée, la jurisprudence précitée doit être interprétée de telle manière que le fait pour l'assuré d'être inscrit comme associé-gérant exclut dans tous les cas la possibilité d'être indemnisé. Cependant, selon la jurisprudence, le droit aux prestations des organes dirigeants ***peut*** être exclu sans qu'il soit nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'ils exercent au sein de la société (cf. ATF 122 V 273 consid. 3; DTA 2004 n° 21 p. 198 consid. 3.2 ; ATF du 27 janvier 2005, cause C 45/04). Le Tribunal de céans a déjà jugé que l'emploi du verbe « pouvoir » indiquait qu'un pouvoir d'appréciation était laissé au juge pour déterminer s'il convient ou non d'investiguer plus concrètement afin de déterminer précisément la responsabilité exercée par l'assuré au sein de la société et, cas

échéant, de reconnaître que ce dernier a rompu tout lien avec la société nonobstant son inscription au RC (cf. notamment ATAS 532/2004 du 7 juillet 2004).

8. a) En l'espèce, il ressort du dossier que le recourant a été un organe dirigeant de la société X_____ Sàrl jusqu'à la dissolution de cette dernière en date du 17 février 2004. Dès lors, l'autorité intimée pouvait, conformément à la jurisprudence rappelée supra, considérer que le droit aux prestations était exclu sans qu'il soit nécessaire de déterminer concrètement les responsabilités que le recourant exerçait au sein de la société.

   Saisi de cette même question, le Tribunal de céans dispose cependant d'un pouvoir d'appréciation pour déterminer s'il convient ou non d'investiguer plus concrètement afin de déterminer la responsabilité du recourant au sein de la société. En l'occurrence, il apparaît toutefois manifeste que le recourant a sciemment cherché à induire la caisse en erreur : en premier lieu, il a indiqué dans sa demande d'indemnités de chômage qu'il avait été licencié par la « direction » pour raisons économiques, se gardant bien de préciser son rôle dans la société et le fait que la « direction » à laquelle il faisait allusion était en fait son épouse. Au contraire, il a indiqué, sous une autre rubrique, que cette dernière ne travaillait pas. En second lieu, la lettre de résiliation a été signée, ainsi que cela a été mentionné, par son épouse sous son nom de jeune fille, lequel ne laissait pas apparaître son lien avec le recourant. Eu égard à ces éléments, on ne saurait écarter l'éventualité que le recourant ait adopté un comportement visant à éluder la loi.

   En conséquence, la décision de refus des indemnités de l'autorité intimée était pleinement justifiée.

9. Enfin, il reste à examiner le dernier argument invoqué par le recourant : la protection de sa bonne foi.

10. a) Antérieurement à l'entrée en vigueur de la LPGA, le TFA a jugé – dans le cas d'un assuré qui faisait grief aux organes de l'assurance-chômage d'avoir omis de l'informer que sa fonction dirigeante excluait le versement d'indemnités de chômage – que les organes de l'assurance-chômage ne sont pas tenus de renseigner spontanément l'assuré sans avoir été questionné par celui-ci ou d'attirer l'attention sur le risque d'un préjudice. Il en allait de même concernant le risque de perdre des prestations d'assurance sociales (ATF du 14 mars 2003, cause C 120/02).

    La LPGA, applicable au cas d'espèce, prévoit à son art. 27 que dans les limites de leur domaine de compétence, les assureurs et les organes d'exécution des diverses assurances sociales sont tenus de renseigner les personnes intéressées sur leurs droit et obligations (al. 1). Chacun a le droit d'être conseillé, en principe gratuitement, sur ses droits et obligations.

b) Par ailleurs, les principes que la jurisprudence déduisait du droit à la protection de la bonne foi posé à l'art. 4 al. 1 de l'ancienne constitution fédérale (Cst.) valent également sous le régime de l'art. 9 Cst. (ATF 126 II 387 consid. 3a). C'est ainsi qu'un renseignement ou une décision erronés peuvent obliger l'administration à consentir à l'administré un avantage contraire à la loi, si certaines conditions - cumulatives - sont réunies. Il faut que l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard d'une personne déterminée, qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de sa compétence, que l'administré n'ait pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu et qu'il se soit fondé sur celui-ci pour prendre des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir un préjudice; il faut enfin que la loi n'ait pas changé depuis le moment où le renseignement a été donné (ATF 121 V 66 consid. 2a et les références ; ATF du 25 mai 2001, cause H 323/00).

Le droit à la protection de la bonne foi suppose un lien de causalité entre le renseignement obtenu et les dispositions prises par l'administré. Un tel lien existe si l'on peut admettre que celui-ci se serait comporté autrement sans le renseignement donné par l'autorité. En revanche, tout lien de causalité doit être nié si l'on peut admettre que même sans le renseignement obtenu, l'administré aurait pris les mêmes dispositions (Beatrice WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Bâle 1983, p. 102; le même auteur, Falsche Auskünfte von Behörden, in: ZBl 1991 p. 16). En ce qui concerne la preuve du lien de causalité, on ne saurait poser des exigences trop strictes. En effet, à partir du moment où l'administré a demandé des renseignements, il en découle la présomption de fait qu'en cas de réponse négative, celui-ci aurait adopté un autre comportement. Dès lors, la preuve du lien de causalité sera considérée comme donnée s'il apparaît vraisemblable, selon l'expérience générale de la vie, que l'administré se serait comporté autrement sans le renseignement obtenu (ATF 121 V 67 consid. 2b; arrêt non publié A. du 7 mai 2001 [C 27/01] ; ATF du 8 mars 2004, cause H 149/03).

c) En l'espèce, la bonne foi invoquée par le recourant apparaît pour le moins sujette à caution - ainsi que cela a déjà été relevé. Par ailleurs, il n'a pas été établi ni même allégué que l'autorité intimée lui aurait fourni des renseignements erronés quant à son droit aux prestations. En conséquence, cet argument tombe également à faux.

A la lumière des explications qui précèdent, le recours est 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 :
Janine BOFFI	Karine STECK

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