RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

**A/2004/2004** **ATAS/963/2004**

# ARRET

# DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

## 1ère chambre

## du 23 novembre 2004

En la cause

**Monsieur B_____** recourant

contre

**CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE** intimée
sise rue de Montbrillant 40 à Genève

---

**Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,**
**Mmes Isabelle DUBOIS et Karine STECK, Juges**

---

## EN FAIT

1. Monsieur B_____ a déposé le 1er avril 2004 une demande auprès de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après OCE) visant l'octroi d'indemnités de chômage dès cette date. Il a expliqué qu'il avait travaillé depuis le 1er mai 2001 en qualité de directeur commercial auprès de l'entreprise X_____ Sàrl, qu'il en avait été licencié par courrier du 19 septembre 2003 avec effet au 31 décembre 2003.

2. Par décision du 6 mai 2004, l'OCE l'a informé que sa demande était rejetée, au motif qu'il réunissait la double qualité d'employeur et d'employé. Il est en effet apparu qu'il était inscrit au Registre du commerce en tant qu'associé de la société X_____ Sàrl pour une part de capital de 18'000 fr. depuis le 24 juillet 2001.

3. L'intéressé a formé opposition le 19 mai 2004. Il allègue que :

   - « du 1er mai 2001 au 31 décembre 2003, j'ai été salarié de X_____ Sàrl et mes parts de cotisations ont été dûment déduites de mes salaires et versées aux caisses correspondantes
   - je ne suis pas le gérant de l'entreprise et je ne me suis pas auto-licencié
   - le délai de congé est respecté, le motif du congé semble valablement énoncé
   - il est permis d'être actionnaire et employé salarié d'une même entreprise
   - je confirme par la présente que je ne déploie aucune activité ni partielle ni réduite dans la société ».

   Il ajoute que lorsqu'il est venu se renseigner au guichet de la caisse de chômage, il lui a été dit que n'étant ni gérant ni administrateur, il ne lui était pas nécessaire de procéder à des changements auprès du Registre du commerce.

4. Par décision sur opposition du 31 août 2004, le Groupe réclamations a confirmé que l'assuré n'avait pas droit aux indemnités de chômage à compter du 1er avril 2004, étant cependant précisé qu'un droit pourrait lui être reconnu dès le 25 mai 2004, pour autant que les autres conditions soient réunies.

5. L'assuré a en effet requis du Registre du commerce la radiation de son inscription le 24 mai 2004. Quelques jours plus tôt, soit le 18 mai 2004, il avait cédé sa part de capital à Monsieur H_____, inscrit en tant qu'associé-gérant de l'entreprise X_____ Sàrl.

6. Entendu le 9 novembre 2004 par le Tribunal de céans, l'assuré a déclaré que :

> « J'ai dû me résoudre à faire cesser les activités de la société, les marges bénéficiaires devenant de plus en plus réduites. Je ne pouvais plus assumer les charges d'exploitation. Je peux dire que, du fait que j'étais l'animateur principal, la société, en me licenciant, cessait de fait ses activités ».

Il a par ailleurs précisé que :

> « je ne me suis pas préoccupé de ma radiation au Registre du commerce plus tôt, parce que je pensais que cela n'était pas important, parce que cela coûte et parce que je cherchais du travail ».

7. 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.

   Statuant sur un recours de droit public, le Tribunal fédéral a, dans un arrêt du 1er juillet 2004, confirmé que la disposition transitoire constituait la solution la plus rationnelle et était conforme, de surcroît, au droit fédéral (ATF 130 I 226).

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'article 56 LPGA qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982.

   Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. Interjeté dans les délai et forme légaux, le recours est recevable (art. 56 et 60 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre

2000 (LPGA – RS 830.1) et 49 al. 2 de la loi genevoise en matière de chômage (RSG J 2 20).

4. 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).

   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). 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.

5. En l'espèce, l'assuré était associé de la société X_____ Sàrl, et en tant que tel, inscrit au Registre du commerce. Il en était l'actionnaire largement majoritaire, puisqu'il était titulaire d'une part de 18'000 fr. sur 20'000 fr. Il souligne n'avoir pas eu la qualité d'associé-gérant et en conclut qu'il ne s'agit dès

lors pas d'un auto-licenciement. Certes la lettre de licenciement du 19 septembre 2003 a-t-elle été signée par l'associé-gérant, Monsieur H_____, force est cependant de constater que c'est l'assuré qui en réalité était le seul animateur de la société (cf. procès-verbal de comparution personnelle du 9 novembre 2004). Il avait donc incontestablement la double qualité d'employeur et de salarié.

6. Reste à déterminer s'il ne se trouvait pas dans la situation d'un employeur quittant définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci. Le Tribunal fédéral des assurances a admis qu'il n'y a pas dans un tel cas un comportement visant à éluder la loi.

Le recourant a affirmé lors de sa comparution personnelle, qu'il n'avait plus eu aucun lien avec la société depuis son licenciement le 31 décembre 2003 et que celle-ci, avait cessé à cette date, de fait, toute activité. Cependant, il est resté inscrit au Registre du commerce jusqu'au 24 mai 2004. Il n'a cédé sa part de capital et requis sa radiation du Registre du commerce qu'après avoir compris qu'à défaut, il n'obtiendrait aucun indemnité. Il a indiqué que s'il n'avait pas agi plus tôt, c'est parce qu'il pensait que ce n'était pas important, parce que cela coûte et parce qu'il était occupé à chercher du travail. Ces explications n'ont pas convaincu le Tribunal de céans. Force est au surplus de constater que Monsieur H_____ est quant à lui resté inscrit, en reprenant entièrement le capital. Cette démarche n'aurait aucun sens s'il était question pour la société de cesser définitivement ses activités.

Quoi qu'il en soit, le recourant a créé une apparence dont il doit assumer les effets.

**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