RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2170/2004 **ATAS/60/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 4

du 18 janvier 2006

En la cause

Monsieur J_____, comparant par Maître Jean-Bernard WAEBER, en l'étude duquel il élit domicile	recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, groupe réclamations, route de Meyrin 49, à Genève	intimé

Siégeant : Madame Juliana BALDE, Présidente; Mesdames Doris WANGELER et Maya CRAMER, juges

EN FAIT

1. Monsieur J_____ a été inscrit au registre du commerce de Genève en tant qu'administrateur unique avec signature individuelle de la société W_____ SA du 25 mai 1990 au 2 mai 1997, date de la radiation de la société ensuite de sa dissolution pour cause de faillite le 6 octobre 1994. W_____ SA avait le but suivant: prestations de service en matière de communication, marketing, relations publiques et publicité.

   L'assuré a par ailleurs été inscrit au registre du commerce en qualité d'associé gérant pour une part de 19'000 fr. (capital nominal: 20'000 fr.), avec signature individuelle, de la société à responsabilité limitée J_____ & Co Sàrl à partir du 6 octobre 1994. Cette société avait pour but les conseils et les prestations de service en matière de marketing et de communication. Elle a été domiciliée du 6 octobre 1994 au 7 mai 2000 à la rue du Diorama 15, puis à la route_____, chez l'assuré. La société a été dissoute par décision de l'assemblée générale le 30 septembre 2003, date à laquelle elle est entrée en liquidation, le recourant étant dès lors inscrit en qualité d'associé liquidateur. Son épouse, Madame J_____ était quant à elle inscrite depuis le 24 novembre 1998 en qualité d'associée pour une part de 1'000 fr.

   L'assuré a également été inscrit à partir du 30 novembre 1995 en qualité d'associé de la société à responsabilité limitée P_____ Sàrl pour une part de 5'000 fr. Son épouse était associée gérante pour une part de 15'000 fr. avec signature individuelle (capital nominal: 20'000 fr.). Cette société ayant pour but les conseils et prestations de service pour l'enregistrement, la sauvegarde, la protection et la pérennité des données, images et informations, a été dissoute par décision de l'assemblée générale du 30 septembre 2003. Dès le 6 octobre 2003, l'assuré a été inscrit comme associé liquidateur avec signature individuelle. Cette société a été domiciliée du 30 novembre 1995 au 13 juillet 2000 à la rue du Diorama 15, puis à la route_____, chez l'assuré.

2. L'assuré s'est inscrit auprès de la caisse cantonale genevoise de chômage le 29 septembre 1994, suite à la faillite de la société W_____ SA, ouvrant un premier délai-cadre du 29 septembre 1994 au 28 septembre 1996. Le recourant a perçu des indemnités de chômage pendant ce délai-cadre.

3. Le 1er juin 2000, il s'est inscrit auprès de la caisse de chômage de la FTMH, suite à son licenciement de la société J_____ & Co Sàrl, ouvrant un second délai-cadre du 1er juin 2000 au 31 mai 2002. Il a également perçu des indemnités de chômage pendant ce délai-cadre-ci.

4. Du 3 juin 2002 au 2 juin 2003, le recourant a bénéficié d'un emploi temporaire cantonal à plein temps, auprès de la fondation C_____, en qualité de vidéaste.

5. Le 3 juin 2003, il s'est réinscrit auprès de la caisse de chômage de la FTMH et un troisième délai-cadre a été ouvert en sa faveur du 3 juin 2003 au 2 juin 2005.

6. La caisse de chômage de la FTMH a confié à l'OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI (ci-après l'OCE), section des enquêtes, une mission visant à déterminer si l'assuré exerçait une activité lucrative auprès de la société J_____ & Co Sàrl. L'assuré et son épouse ont été entendus le 25 juillet 2003 par l'OCE.

   L'assuré a notamment déclaré ce qui suit : il s'était inscrit le 29 septembre 1994 auprès de la caisse cantonale genevoise de chômage suite à la faillite de la société W_____ SA dont il était administrateur. Le 1er juin 2000, son deuxième délai-cadre avait débuté auprès de la caisse de chômage de la FTMH, après son licenciement de la société J_____ & Co Sàrl dont il était par ailleurs associé-gérant depuis 1994. C'était en été 1996 qu'il était devenu salarié de la société J_____ & Co Sàrl, à la suite d'un mandat confié par H_____. Il ne pouvait quantifier le temps passé à rechercher des clients depuis la date de la création de J_____ & Co Sàrl jusqu'à la conclusion du mandat avec H_____. La société J_____ & Co Sàrl n'avait pas eu d'activité antérieurement à ce mandat. Le responsable de la caisse de chômage de la FTMH, Monsieur B_____, lui avait déclaré lors de son inscription au chômage qu'en ce qui concernait l'existence de cette société et son droit au chômage, il y avait un vide juridique; la société ne devait toutefois pas avoir d'activité s'il voulait pouvoir percevoir des prestations de chômage. Parallèlement, il était également associé, sans signature, de la société P_____ Sàrl, appartenant à son épouse. Son domicile actuel était au chemin_____, depuis le 28 mars 2003. Antérieurement, son domicile se trouvait à la route_____, à la même adresse que la société J_____ MARKETING & Co Sàrl.

   Son épouse a quant à elle déclaré que les bureaux situés à la route de Florissant 17 étaient toujours opérationnels et les lignes téléphoniques étaient déviées au domicile de _____(cf. rapport de l'OCE du 26 août 2003).

7. Par courrier du 17 novembre 2003 à la caisse de chômage de la FTMH, l'assuré a expliqué que la société J_____ & Co Sàrl avait été maintenue après le 31 mai 2000, date de son licenciement par cette société, jusqu'à sa dissolution le 30 septembre 2003, dans le seul but de conduire un procès en Allemagne contre la société H_____, qui avait rompu inopinément le contrat de mandat qui la liait à J_____ & Co Sàrl. Le jugement rendu en première instance par la Cour allemande, le 28 juillet 2003, l'avait débouté de ses conclusions et en raison d'un manque de ressources, il avait renoncé à faire appel. La société J_____ & Co Sàrl n'avait plus eu d'activité commerciale et n'avait donc réalisé aucun chiffre d'affaire pendant cette période; la dernière facture datait du 3 avril 2000. S'agissant de la société gérée par sa femme, elle avait été dissoute le 30 septembre 2003 également et il était devenu liquidateur de P_____ Sàrl et de J_____ &

Co Sàrl en même temps, activités qui ne nécessitaient que l'accomplissement de simples formalités, puisque ces sociétés n'avaient ni actifs à vendre ni dettes. Ces formalités n'avaient eu aucune incidence sur son aptitude au placement.

8. Par décision du 6 mai 2004, l'OCE a nié le droit de l'assuré aux prestations de l'assurance-chômage du 29 septembre 1994 au 28 septembre 1996, du 1er juin 2000 au 31 mai 2002 et dès le 3 juin 2003, au motif qu'il était inscrit en qualité d'associé de sociétés qui étaient actives et qu'il occupait dès lors une position comparable à celle d'un employeur, ce qui ne lui donnait pas droit aux indemnités de chômage tant que la liquidation n'avait pas été inscrite au registre du commerce.

9. Par courrier du 7 juin 2004, l'assuré a formé opposition à cette décision, concluant à l'octroi d'indemnités de chômage pendant ses trois délais-cadres. Il a expliqué que pendant le premier délai-cadre, il n'avait pas effectué de préparatifs à une activité indépendante, mais avait uniquement recherché des emplois salariés et des mandats. Ce n'était que dans le but de favoriser l'obtention de tels mandats qu'il avait créé la société J_____ & Co Sàrl. Lorsqu'il avait obtenu le mandat avec la société H_____, qui lui fournissait la quasi totalité de ses revenus, il était sorti de l'assurance-chômage. Pendant le deuxième délai-cadre, ouvert suite à son licenciement au 31 mai 2000 par la société J_____ & Co Sàrl, ni lui ni sa société n'avaient plus eu d'activité, bien qu'il soit resté inscrit au registre du commerce en qualité d'associé dans le but de conduire, par l'intermédiaire d'avocats, un procès en Allemagne contre la société H_____. La comptabilité de la société J_____ & Co Sàrl révélait également son inactivité depuis mai 2000. La cessation de toute activité par la société avait de surcroît été admise tant par l'administration de la TVA que par celle de la taxe professionnelle. Il a enfin rappelé que les fonctions de liquidateur d'une telle société ne prenaient pas de temps et qui plus est, la fiduciaire P_____ avait été chargée de cette tâche. Enfin, du 3 juin 2002 au 2 juin 2003, il avait été occupé à plein temps par un emploi temporaire, ce qui démontrait son aptitude au placement.

10. Par décision du 21 septembre 2004, le groupe réclamations de l'OCE a partiellement admis l'opposition, constatant que le droit à l'indemnité de chômage de l'assuré ne devait être nié que pour la période du 1er juin 2000 au 31 mai 2002. En effet, s'agissant du premier délai-cadre courant du 29 septembre 1994 au 28 septembre 1998, la société W_____ SA dont l'assuré était administrateur avait été dissoute le 1er novembre 1994 suite à sa faillite le 6 octobre 1994. L'assuré avait dès lors perdu sa position dirigeante et pouvait prétendre à des indemnités de chômage suite à la perte de son emploi au sein de cette société. Cependant, il était inscrit parallèlement, dès octobre 1994, en qualité d'associé gérant de la société J_____ & Co Sàrl. Or, il était impossible à l'heure actuelle de déterminer s'il avait alors conservé ou non la volonté de retrouver un emploi salarié. La question pouvait rester ouverte dans la mesure où, même s'il devait être déclaré inapte au placement durant cette période, les indemnités de chômage qui lui avaient été

versées alors ne pourraient pas lui être demandées en restitution, en raison de la prescription de cinq ans. S'agissant du second délai-cadre courant du 1er juin 2000 au 31 mai 2002, l'absence d'activité de la société J_____ & Co Sàrl suite à la perte du mandat avec la société H_____ n'était pas remise en cause, mais il n'en demeurait pas moins que cette dernière n'avait pas été radiée du registre du commerce, de sorte qu'elle pouvait être réactivée à tout moment. De surcroît, cette société avait conservé des locaux ainsi que sa ligne téléphonique après le 31 mai 2000 et l'assuré était bien, lors de son inscription à l'OCE, une personne ayant une position assimilable à celle d'un employeur. Il ne pouvait en cette qualité prétendre à des indemnités de chômages et son éventuelle aptitude au placement ne permettait pas de pallier au défaut du respect d'une des conditions mêmes du droit à l'indemnité. C'était dès lors à juste titre que l'OCE avait nié son droit du 1er juin 2000 au 31 mai 2002. S'agissant du troisième délai-cadre courant du 3 juin 2003 au 2 juin 2005, ouvert suite au terme de son emploi temporaire de douze mois auprès de la fondation C_____, il convenait uniquement d'examiner si l'assuré était apte au placement en dépit de son inscription au registre du commerce en qualité d'associé gérant de la société J_____ & Co Sàrl et d'associé de la société P_____ Sàrl. Or, il apparaissait que nonobstant ses fonctions au sein de ces deux sociétés, l'assuré avait été en mesure d'effectuer un emploi temporaire à plein temps, ce qui prouvait que ses fonctions d'associé ne l'empêchaient nullement d'exercer un emploi salarié. De surcroît, ces sociétés avaient été dissoutes le 6 octobre 2003, l'assuré n'étant plus dès cette date qu'associé liquidateur. Dans ces conditions, le groupe réclamations de l'OCE considérait que l'assuré était apte au placement dès le 3 juin 2003 et qu'il pouvait prétendre à des indemnités de chômage dès cette date.

11. Par courrier du 22 octobre 2004, l'assuré a recouru contre cette décision auprès du Tribunal cantonal des assurances sociales concluant, sous suite de dépens, à l'octroi d'indemnités de chômage pour la période du 1er juin 2000 au 31 mai 2002. Il a fait valoir qu'il était apte au placement pendant cette période. En effet, la société dont il avait été licencié avait cessé toute activité et il n'y avait donc aucun risque qu'il éludât les dispositions de la loi sur le chômage. En outre, durant ce deuxième délai-cadre, il avait pu suivre pendant deux mois consécutifs les cours du club emploi cadre, puis, se consacrer à un emploi temporaire, ce qui démontrait au besoin que le maintien formel de la société J_____ & Co Sàrl ne constituait pas un obstacle à la recherche d'un emploi. S'agissant de l'hypothèse selon laquelle la société aurait pu être réactivée en tout temps, celle-ci était purement théorique et il n'y avait aucun indice au dossier permettant de penser à une reprise possible d'activité après la résiliation du mandat d'H_____. Enfin, si les organes de l'assurance-chômage lui avaient indiqué que le critère formel de l'entrée en liquidation de la société était nécessaire pour bénéficier des prestations de l'assurance-chômage, il était évident qu'il aurait procédé à cette formalité.

12. Dans sa réponse du 18 novembre 2004, le groupe réclamations de l'OCE, concluant au rejet du recours, a rappelé qu'en sa qualité de gérant pour une part de 19'000 fr. avec signature individuelle, le recourant occupait une position dominante au sein de la société J_____ & Co Sàrl et ne pouvait dès lors prétendre aux indemnités de chômage en raison de sa perte d'emploi au sein de ladite société. En outre, c'était le risque d'abus que représentait le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur que la loi et la jurisprudence avaient pour but de sanctionner, et non l'abus avéré. Or, il convenait ici de rappeler que la société avait conservé une adresse et une ligne téléphonique et pouvait être à tout moment réactivée. Enfin, l'éventuelle aptitude au placement du recourant après son inscription en juin 2000, nonobstant son statut au sein de la société J_____ & Co Sàrl, ne permettait pas de pallier au défaut d'une des conditions-mêmes du droit à l'indemnité de chômage.

13. Dans sa réplique du 21 janvier 2005, le recourant a relevé que cela n'avait aucun sens de qualifier sa position de dominante, alors que la société était devenue une "coquille vide". Enfin, dans la mesure où la société avait définitivement cessé toute activité, l'on ne voyait pas en quoi il y aurait eu un risque, même théorique, d'abus.

14. Dans sa duplique du 7 février 2005, l'intimé a persisté dans les termes de sa décision sur opposition du 21 septembre 2004 et dans sa réponse du 18 novembre 2004.

15. En date du 13 avril 2005, une audience de comparution personnelle des parties s'est tenue devant le Tribunal de céans.

    L'intimé a confirmé que seule demeurait litigieuse la période d'indemnisation du 1er juin 2000 au 31 juillet 2002 (recte : au 31 mai 2002). Suite à une enquête faite à la demande de la caisse de chômage de la FTMH, l'OCE avait reconsidéré la décision d'octroi d'indemnités journalières pour la période litigieuse. En effet, au vu de son statut, le recourant n'avait pas droit aux indemnités de chômage.

    Quant au recourant, il a confirmé que lors de sa demande d'indemnités déposée le 22 mai 2000 auprès de la caisse de chômage de la FTMH, il avait indiqué travailler pour le compte de la société J_____ & Co Sàrl. Il avait alors eu un entretien avec Monsieur B_____ qui avait été informé que dès juin 2000, il n'avait plus exercé aucune activité pour cette société, qui avait perdu son plus gros client et n'avait plus les moyens de payer de revenu, ni de garder des locaux. Son dernier salaire avait été versé à la fin mai 2000. Depuis lors, c'était Monsieur F_____ de la fiduciaire P_____ GENEVE SA qui s'était occupé de toutes les formalités administratives.

16. Le Tribunal de céans a convoqué des audiences d'enquêtes, qui se sont déroulées les 8 juin et 7 septembre 2005.

Madame J_____ a été entendue le 8 juin 2005 par le Tribunal de céans à titre de renseignement. Elle a notamment déclaré que depuis la résiliation du bail à loyer de la société J_____ & Co Sàrl, son mari n'avait pas recherché d'activités pour ladite société. Il cherchait par contre un emploi salarié. Il ne voulait plus d'une activité indépendante, en raison des soucis que cela impliquait. Son mari n'avait en outre jamais exercé d'activité pour le compte de la société P_____ Sàrl.

En date du 7 septembre 2005, Messieurs F_____, comptable au sein de la société P_____ GENEVE SA, et Monsieur B_____, directeur administratif, ont été entendus en qualité de témoins.

Monsieur F_____ a déclaré que la société P_____ GENEVE SA effectuait la comptabilité de la société J_____ & Co Sàrl. Le témoin avait des contacts périodiques avec le recourant. Cette société avait dû cesser ses activités commerciales en 2000, en raison de la rupture du contrat qui la liait à la société H_____ qui était sa seule cliente. Le recourant, par l'intermédiaire d'avocats, avait intenté une action en dédommagement à l'encontre d'H_____. Cette action était faite au nom de la Sàrl, raison pour laquelle celle-ci était demeurée inscrite au registre du commerce. Monsieur F_____ avait pu constater qu'il n'y avait plus aucune activité commerciale dans la société; le bail des locaux avait en outre été résilié. Cependant, puisque la société existait toujours formellement, la fiduciaire avait continué à établir la comptabilité et à remplir les déclarations fiscales, conformément aux exigences légales. Cette société était entrée en liquidation en octobre 2003 et n'était pas encore radiée à ce jour. P_____ SA était devenue liquidatrice.

Monsieur B_____ a expliqué qu'il ne se souvenait plus du cas particulier du recourant. Néanmoins, lorsqu'il travaillait à la caisse de chômage de la FTMH en 2000, la question des indépendants dont la société était inscrite au registre du commerce n'était pas très claire. La situation avait été réglée de façon beaucoup plus précise ultérieurement, probablement en 2002 voire en 2001 déjà, par des directives du SECO. Lorsque la caisse de chômage de la FTMH recevait à l'époque - année 2000 - le dossier d'une personne indépendante ou salariée de son entreprise, elle consultait son conseil de direction. Lorsque le cas était douteux, la caisse demandait une décision à l'autorité cantonale. En cas de refus d'indemnités, l'OCE notifiait sa décision à l'assuré. En revanche, lorsque la caisse accordait des indemnités de chômage - quand la situation lui était apparue conforme au droit -, elle ne passait pas par l'OCE. Il s'agissait alors d'une situation parfaitement claire sur le plan du droit du chômage. Lorsque les directives du SECO avaient été publiées, les employés de la caisse avaient dû exiger la radiation de la raison sociale au registre du commerce pour pouvoir indemniser les personnes indépendantes ou salariées de leur propre entreprise. Plus tard, les directives s'étaient encore durcies et même la radiation ne suffisait plus; des conditions supplémentaires devaient être examinées. La caisse de chômage de la FTMH était contrôlée d'une part par ses

propres contrôleurs venant de Berne, ainsi que par le SECO. Les prises de décision de la caisse se faisaient en application de la loi sur l'assurance-chômage.

Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (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 3 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) 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 donc établie.

3. La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant des modifications législatives notamment dans le droit de l'assurance-chômage. Du point de vue temporel, sont applicables les règles de droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits et le juge des assurances sociales se fonde en principe, pour apprécier une cause, sur l'état de fait réalisé à la date déterminante de la décision sur opposition litigieuse (ATF 129 V 4 consid. 1.2 ; 169 consid. 1 ; 356 consid. 1 et les arrêts cités). Ces principes de droit intertemporel commandent ainsi l'examen du bien-fondé de la décision sur opposition du 21 septembre 2004 à la lumière des anciennes dispositions de la LACI pour la période s'étendant jusqu'au 31 décembre 2002 et, le cas échéant, au regard des nouvelles dispositions de la LPGA pour la période postérieure (voir ATF 130 V 332 consid. 2.2 et 2.3). En ce qui concerne la procédure et à défaut de règles transitoires contraires, le nouveau droit s'applique 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).

4. Interjeté en temps utile et dans les formes requises, le recours est recevable (art. 60 al. 1 LPGA).

5. La question à résoudre en l'espèce est celle de savoir si le recourant avait droit aux indemnités prévues aux art. 18 et ss. LACI, c'est-à-dire s'il remplissait les conditions d'indemnisation de l'art. 8 LACI pendant le délai-cadre courant du 1er juin 2000 au 31 mai 2002 - seule période encore litigieuse -. Dans un deuxième temps, la question du droit à la protection de la bonne foi du recourant sera examinée.

6. a) Il convient tout d'abord de rappeler que selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances (ci-après le TFA), une autorité ne peut rendre une décision de constatation que lorsque la constatation immédiate de l'existence ou de l'inexistence d'un rapport de droit est commandée par un intérêt digne de protection, à savoir un intérêt actuel de droit ou de fait, auquel ne s'opposent pas de notables intérêts publics ou privés, et à condition que cet intérêt digne de protection ne puisse pas être préservé au moyen d'une décision formatrice, c'est-à-dire constitutive de droits ou d'obligations (ATF 129 V 290 consid. 2.1; 126 II 303 consid. 2c et les références). L'exigence d'un intérêt digne de protection vaut également lorsque l'autorité rend une décision de constatation non pas sur requête d'un administré mais d'office (art. 25 al. 1 PA; ATF 130 V 391 ss. consid. 2.4; RAMA 1990 n° 106 p. 275). Pour savoir si on a affaire, dans un cas particulier, à une décision attaquable au sens juridique - c'est-à-dire si elle satisfait notamment aux exigences ci-dessus exposées -, il ne faut pas l'interpréter de manière littérale mais, sous réserve de la protection de la bonne foi éventuelle, il convient de se fonder sur sa signification juridique concrète (ATF 120 V 497 ss. consid. 1; DTA 2000 n° 40 p. 210 consid. 1a; 1998 n° 33 p. 181 consid. 1). En particulier, le TFA a jugé qu'une « décision » qui ne modifiait pas avec un effet obligatoire et directement contraignant une prétention servie à l'intéressé (par exemple une indemnité de chômage) était typiquement de nature constatatoire. Du moment qu'en l'occurrence, elle ne satisfaisait pas à l'exigence de l'intérêt digne de protection, cette « décision » n'était pas attaquable devant une autorité judiciaire cantonale (consid. 3.2 et 3.3 non publiés de l'arrêt ATF 130 V 388).

   b) Dans le domaine de l'assurance-chômage, il convient toutefois de faire une réserve en ce qui concerne les décisions de constatation rendues par les autorités cantonales de chômage. Selon l'art. 85 al. 1 let. e LACI, celles-ci statuent sur les cas qui leur sont soumis par les caisses de chômage, au sujet notamment du droit de l'assuré à l'indemnité (art. 81 al. 2 let. a LACI). A cet effet, elles statuent sous la forme d'une décision de constatation. Lorsqu'une telle décision est en force, la caisse de chômage est liée par les constatations de l'autorité cantonale (ou du juge en cas de recours) au sujet de la réalisation ou de l'absence des conditions du droit à l'indemnité de chômage. Mais cette règle n'est valable que dans la mesure où la caisse doit examiner si et, le cas échéant, pour quelle période l'une des conditions

matérielles du droit à prestation est réalisée dans un cas concret. Trois situations peuvent dès lors se présenter. Premièrement, si les conditions du droit sont réalisées, la caisse doit allouer ses prestations, le cas échéant rétroactivement, et elle ne peut pas réclamer des prestations déjà allouées. Dans l'éventualité, deuxièmement, où la réalisation de l'une des conditions du droit est niée, la caisse, qui n'a pas encore alloué de prestations, ne peut en octroyer pour la période en cause. Troisièmement, il se peut que l'autorité cantonale, appelée à statuer sur un cas soumis à examen par la caisse, constate que les conditions du droit à des indemnités de chômage - déjà allouées par la caisse dans un cas concret - n'étaient pas réalisées. Dans ce cas, les prestations en cause apparaissent comme indûment perçues et la caisse est tenue, en vertu de l'art. 95 al. 1 LACI (en liaison avec l'art. 25 LPGA), d'en exiger la restitution, pour autant que les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale soient réalisées (ATF 129 V 110 consid. 1.1, 126 V 23 consid. 4b, 46 consid. 2b, 400 consid. 2b/aa, 122 V 368 consid. 3 et les arrêts cités). Or, ce dernier point n'a pas à être examiné ni tranché par l'autorité cantonale appelée à se prononcer sur un cas soumis à examen, puisque sa tâche consiste exclusivement à trancher le point de savoir - le cas échéant rétroactivement - si les conditions du droit à prestation sont réalisées. Si l'autorité cantonale constate que tel n'est pas le cas, il appartient encore à la caisse d'examiner la question de la restitution sous l'angle de la reconsidération ou de la révision procédurale (ATF 126 V 401 s. consid. 2b/cc).

7. a) Conformément à l’art. 8 al. 1 LACI, l’assuré a droit à l’indemnité de chômage s’il remplit plusieurs conditions, notamment s’il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 10), s’il subit une perte de travail à prendre en considération (art. 11) et s’il est apte au placement (art. 15).

   Selon la jurisprudence du TFA, 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; en effet, la perte de travail doit être contrôlable, dans les deux cas (arrêts du TFA non publiés en la cause C 355/00 du 28 mars 2001; en la cause C 318/99 du 21 mai 2001; en la cause 92/02 du 14 avril 2003; en la cause C 141/03 du 9 décembre 2003).

   Les travailleurs dont la durée normale de travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail lorsqu'ils remplissent les conditions décrites aux lettres a à d de l'art. 31 al. 1 LACI. Une réduction de l'horaire de travail peut consister non seulement en une réduction de la durée quotidienne, hebdomadaire ou mensuelle de travail, mais aussi en une cessation d'activité pour une certaine période, sans résiliation des rapports de travail (ATF 123 V 238 consid. 7b/bb). N'ont toutefois pas droit à l'indemnité prévue dans la disposition citée les travailleurs dont la réduction de l'horaire de travail ne peut être déterminée ou dont l'horaire n'est pas suffisamment contrôlable (art. 31 al. 3 let. a LACI), de même que 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 à l'entreprise; il en va de même des conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise (art. 31 al. 3 let. c LACI). Ainsi, d'après cette 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 ces cas en effet, le chômage s'avère pratiquement incontrôlable dès lors que la perte de travail est aussi déterminée par l'assuré qui a conservé une position analogue à celle d'un employeur et peut ainsi influencer les décisions de la société (sur ces questions, voir également DTA 1998 n° 3 p. 8; DTA 1996/1997 n° 31 p. 170). Une telle situation est assimilée à une tentative abusive, partant non autorisée, de contourner la réglementation en matière d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, en particulier l'art. 31 al. 3 let. c LACI. La situation est en revanche différente quand 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 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 à des indemnités de chômage (ATF 123 V 238 consid. 7b/bb; SVR 2001 ALV n° 14 p. 41-42 consid. 2a; DTA 2003 n° 22 p. 241 consid. 2). 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, mais il ne faut 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 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.

b) Il résulte de l'art. 811 al. 1 CO que 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 (WATTER, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Bâle/Frankfort-sur-le Main, 1994, n° 2 ad art. 811 CO, p. 1377; VON STEIGER, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in : Zürcher Kommentar, tome 5c, Zurich 1965, n° 1 ad art. 811 CO). A ce titre, les associés, ou les associés gérants lorsqu'il en a été désigné, occupent collectivement une position comparable à celle du conseil d'administration d'une société anonyme (WATTER, op. cit. n° 4 ad art. 811 CO).

c) En l'occurrence, le recourant estime que la jurisprudence susmentionnée s'applique exclusivement lorsqu'on peut retenir, au vu des particularités du cas concret, que le travailleur concerné commet un abus de droit en requérant des indemnités de chômage, ce qu'il n'a pas fait, la société dont il était associé gérant n'ayant eu aucune activité depuis le mois d'avril 2000 et n'ayant pas cherché à exercer de nouvelles activités. Cependant, contrairement à ce que soutient le recourant, il n'y a pas de place, dans le contexte qui nous occupe, 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 (cf. DTA 2002 p. 183; arrêt du TFA non publié en la cause C 37/02 du 22 novembre 2002). 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 (arrêts du TFA non publiés en la cause C 92/02 du 14 avril 2003 et en la cause C 141/03 du 9 décembre 2003).

d) Dès lors, que l'on puisse établir a posteriori que la société n'a pas eu d'activité depuis avril 2000 et que son maintien n'a finalement été décidé que pour lui permettre de conduire un procès en Allemagne n'est d'aucun secours au recourant, puisqu'à l'époque, J_____ & Co Sàrl, toujours inscrite au registre du commerce, aurait pu reprendre des activités et le recourant, associé gérant de cette société, aurait pu oeuvrer dans ce sens. Rien d'ailleurs ne permet d'affirmer qu'il n'a pas cherché à réactiver J_____ & Co Sàrl, par la recherche de nouveaux mandats, par exemple.

e) Au vu de ce qui précède, le droit à l'indemnisation du recourant aurait dû être nié lors de sa deuxième inscription au chômage le 1er juin 2000. En effet, durant toute

la période litigieuse et nonobstant son licenciement, le recourant disposait d'un pouvoir de décision qui lui permettait d'influencer la marche des affaires de la société : il avait conservé sa fonction d'associé gérant avec signature individuelle jusqu'au 30 septembre 2003. Dès lors la décision de l'autorité cantonale du 21 septembre 2004, par laquelle elle constatait que le recourant n'avait pas droit à des indemnités de chômage pendant le délai-cadre du 1er juin 2000 au 31 mai 2002 s'avère sous cet angle-là bien fondée.

7. a) Enfin, il reste à examiner le dernier argument invoqué par le recourant : la protection de sa bonne foi. En effet, celui-ci soutient que s'il avait été informé que sa fonction dirigeante excluait le versement d'indemnités de chômage, il aurait immédiatement requis la dissolution de la société.

b) Antérieurement à l'entrée en vigueur de la LPGA - qui n'est pas applicable à la période litigieuse -, 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 n'étaient 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 (arrêt du TFA non publié du 14 mars 2003 en la cause C 120/02).

c) 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 en outre 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; ATAS du Tribunal cantonal des assurances sociales 735/2005). Enfin, il convient de relever que cette jurisprudence s'applique mutatis mutandis à la situation où l'assuré, en raison d'une décision erronée de l'administration, ne procède pas à un acte conforme à ses intérêts, alors qu'il aurait agi conformément à ses intérêts si l'administration avait appliqué correctement le droit.

d) En l'espèce, Monsieur B_____, directeur administratif à la caisse de chômage de la FTMH en 2000, a expliqué au Tribunal de céans qu'à cette époque la question des indépendants dont la société était inscrite au registre du commerce n'était pas très claire pour cette caisse de chômage. Selon lui, la situation avait été réglée de façon beaucoup plus précise ultérieurement, probablement en 2002, voire en 2001 déjà, par des directives du SECO. Cependant en 2000, dans le cas des dossiers de personnes indépendantes ou salariées de leur entreprise, le conseil de direction de la caisse était consulté. En outre, la caisse n'accordait des indemnités de chômage que s'il s'agissait d'une situation parfaitement claire sur le plan du droit du chômage. A la publication des directives du SECO en 2001 ou 2002, les employés de la caisse avaient dû exiger la radiation de la raison sociale au registre du commerce pour pouvoir indemniser les personnes indépendantes ou salariées de leur propre entreprise.

On peut déduire de ce qui précède que, comme le recourant a été indemnisé nonobstant son inscription au registre du commerce, la caisse de chômage avait jugé, à cette époque, la situation parfaitement claire et n'avait pas estimé nécessaire d'exiger la mise en liquidation de J_____ & Co Sàrl. Ainsi, même si les organes de l'assurance-chômage n'avait alors pas d'obligation de renseigner spontanément l'assuré ou d'attirer son attention sur le risque d'un préjudice, il est patent que si la caisse avait appliqué correctement les dispositions légales et la jurisprudence, elle aurait nié le droit aux indemnités du recourant pendant la période litigieuse et ce dernier aurait pu prendre connaissance, par le biais de la décision, des conditions lui ouvrant droit à des indemnités en tant qu'organe dirigeant; partant, on peut admettre qu'il aurait procédé à la dissolution de sa société s'il avait reçu une décision de négation de droit l'informant que, de cette démarche, dépendait son droit aux indemnités. En effet, il ressort, certes a posteriori, que la société n'a eu aucune activité d'avril 2000 au jour de sa dissolution, le 30 septembre 2003; elle n'avait de surcroît plus de locaux commerciaux depuis le 8 mai 2000 et était domiciliée chez le recourant. On peut donc tenir pour établi que si la caisse de chômage s'était à l'époque prononcée conformément au droit, le recourant aurait requis la dissolution de sa société. Dès lors bien qu'il ait été inscrit au registre du commerce en qualité d'associé gérant de J_____ & Co Sàrl pendant tout le

délai-cadre courant du 1er juin 2000 au 31 mai 2002, il convient de lui reconnaître le droit aux indemnités pendant cette période, en application du principe du droit à la protection de la bonne foi, dont les conditions d'application sont en l'occurrence remplies.

A la lumière des explications qui précèdent, le recours, bien fondé doit être admis.

9. Le recourant qui obtient gain de cause aura droit à des dépens.

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. L'admet.

3. Annule la décision sur opposition du 21 septembre 2004 en tant qu'elle nie le droit à l'indemnité de chômage du recourant pour le délai-cadre courant du 1er juin 2000 au 31 mai 2002 et la confirme pour le surplus.

4. Dit que le recourant a droit à des indemnités de chômage pendant le délai-cadre courant du 1er juin 2000 au 31 mai 2002.

5. Condamne l'OCE à verser au recourant 2'000 fr. à titre de dépens.

6. 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

La secrétaire-juriste : Frédérique GLAUSER

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