RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2243/2005 **ATAS/3/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 6

du 9 janvier 2006

En la cause

Monsieur Z_____, domicilié à GENTHOD, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître CARRARD Olivier	recourant
contre	
CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, case postale 2293, 1211 GENEVE 2	intimée

Siégeant : Madame Valérie MONTANI, Présidente, Mesdames Karine STECK et Isabelle DUBOIS, Juges.

EN FAIT

1. Monsieur Z_____, né en 1969, d'origine française, est au bénéfice d'un permis C depuis le 8 novembre 1993.

2. Le 1er février 2003, l'assuré a déposé une demande d'indemnités journalières auprès de la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse), qui lui a ouvert un délai-cadre d'indemnisation valable jusqu'au 31 janvier 2005.

3. Le 26 mars 2003, il a demandé à bénéficier des indemnités relatives à la phase d'élaboration de projet pour indépendant, ce qui lui a été accordé par décision du même jour ; il a bénéficié de soixante indemnités journalières spécifiques du 25 mars 2003 au 16 juin 2003 pour sortir ensuite du chômage.

4. Il a créé la société X_____, sous forme d'une entreprise individuelle qui a été inscrite au Registre du commerce (ci-après : RC) le 27 juillet 2003.

   Cette société était sise à Genève dans un local de 100 m2 et avait pour objet le placement fixe et temporaire de personnel dans le domaine médical et paramédical. L'assuré était seul inscrit au RC en qualité de titulaire avec signature individuelle.

   La société a obtenu l'autorisation cantonale de pratiquer l'activité de location et celle de pratiquer le placement privé de service de la part de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après: OCE) le 26 janvier 2004, au sens des art. 13 et 42 de l'ordonnance du 16 janvier 2001 sur le service de l'emploi et la location de services (OSE).

5. Le 5 février 2004, la société X_____ Sàrl a été créée et inscrite au RC. Elle avait la même adresse et le même but social que l'entreprise individuelle précitée. L'assuré a été inscrit au RC en qualité d'associé gérant avec signature individuelle pour une part de fr. 10'000.- ainsi que Mme D_____, associée sans signature, pour une part de fr. 10'000.- également. Cette dernière n'a jamais eu d'activité.

6. L'assuré n'a pas requis les autorisations cantonales de pratiquer l'activité de location de service et le placement privé pour la Sàrl.

7. Le 15 septembre 2004, en raison de la demeure du locataire, le bailleur a résilié le bail du local commercial pour le 31 octobre 2004. Un avis de résiliation a été notifié à l'assuré en personne et un autre à la société X_____ Sàrl.

8. En date du 14 septembre 2004, l'assuré a requis la radiation des deux sociétés X_____ et X_____ Sàrl du RC.

9. Les autorisations cantonales de pratiquer délivrées à la raison individuelle ont été supprimées par l'OCE au 17 septembre 2004 et la société a été radiée le 30 septembre 2004.

10. La Sàrl a été dissoute par décision de l'assemblée générale du 26 novembre 2004 (publiée dans la FOSC le 13 décembre 2004) et mise en liquidation dès le 7 décembre 2004; l'assuré en a été l'associé liquidateur.

11. L'assuré s'est réinscrit auprès de la caisse le 1er septembre 2004 et a sollicité le versement d'indemnités de chômage dès cette date, indiquant avoir perdu son emploi auprès de la société X_____ suite à la faillite de celle-ci.

12. Le 16 décembre 2004, l'assuré a été engagé pour le 1er février 2005 par W_____ SA en qualité de conseiller en personnel dans leur département médical.

13. Par décision du 6 janvier 2005, la caisse a refusé la demande d'indemnités de chômage de l'assuré motif pris que, d'une part, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances (TFA), le droit au versement d'indemnités de chômage à un assuré inscrit au RC en qualité d'associé liquidateur avec signature individuelle de sa Sàrl dissoute et mise en liquidation devait être nié et, d'autre part, l'assuré devait pouvoir justifier le versement effectif de ses salaires.

14. Par courrier du 4 février 2005, le responsable du bureau emploi-entreprises, a confirmé à l'assuré que l'OCE avait délivré en date du 21 janvier 2004 des autorisations de pratiquer le placement privé et la location de services à la société X_____ et qu'elles avaient été supprimées par décision du 17 septembre 2004 suite à la cessation des activités de la société. Il a précisé qu'aucune demande n'avait été déposée par la société X_____ Sàrl.

15. Le 7 février 2005, l'assuré a formé opposition contre la décision de la caisse du 6 février 2005. Il a exposé que la société X_____ Sàrl n'avait pas d'autorisation de pratiquer la location de services et le placement privé, de sorte qu'elle était dans l'incapacité de pouvoir exercer une activité commerciale légale dans ce domaine. Dès lors, il considérait n'avoir jamais eu une position comparable à celle d'un employeur. De surcroît, vu la situation financière actuelle de X_____ Sàrl (plusieurs commandements de payer et une commination de faillite), celle-ci n'était plus en mesure d'obtenir un contrat de bail.

16. Le 27 mai 2005, la caisse a rejeté l'opposition au motif que l'assuré avait toujours une position comparable à celle d'un employeur car il pouvait continuer à engager la société ou réactiver l'entreprise. Il n'était dès lors pas considéré comme étant au chômage, ni apte au placement. En particulier, lorsque l'assuré conservait sa fonction de gérant et devenait le liquidateur de l'entreprise il n'avait pas droit à l'indemnité tant que la dissolution n'était pas inscrite au RC. Le surendettement de l'entreprise n'était pas un critère valable pour pouvoir toucher l'indemnité.

17. Le 27 juin 2005, l'assuré a formé recours auprès du Tribunal cantonal des assurances sociales contre la décision sur opposition du 27 mai 2005. Il a fait valoir que la Sàrl n'ayant pas d'autorisation de pratiquer, il n'avait jamais eu la position d'un employeur.

18. Le 10 août 2005, la caisse a conclu au rejet du recours et considéré que le 1er septembre 2004, en raison de son statut d'associé gérant avec signature individuelle, il pouvait engager la société, raison pour laquelle aucun droit à

l'indemnité ne pouvait lui être reconnu dès cette date. Elle a persisté intégralement dans les termes de ses conclusions.

19. Le 12 septembre 2005, le Tribunal de céans a tenu une audience de comparution personnelle des parties. L'assuré a déclaré :

"J'ai dans un premier temps créé la société X_____. J'avais été aidé par un organe de cautionnement qui exigeait l'inscription de la société en raison individuelle. Par la suite j'ai créé la Sàrl. Mon but premier était de créer une société sous forme de Sàrl. La première société a eu effectivement une activité. J'ai dès le départ dû faire face à des difficultés financières. J'ai en particulier obtenu les autorisations de pratiquer quatre mois après mon crédit commercial. J'attendais une rallonge de crédit de la société de cautionnement pour la société X_____. Ce financement n'est jamais intervenu, ce qui a précipité la faillite. La première société n'a jamais été bénéficiaire. Pour cette raison je n'ai jamais demandé les autorisations de pratiquer pour la Sàrl. Jusqu'en septembre 2004 je me suis occupé de la fermeture de la société X_____. Il n'y a jamais eu d'autorisation de pratiquer. La Sàrl n'a jamais eu d'activité. Les locaux étaient les mêmes pour les deux sociétés. La Sàrl n'a jamais eu aucun employé. J'ai envoyé à la SUVA et à la Caisse de compensation des déclarations mentionnant que la société n'avait jamais eu des employés. J'ai demandé la radiation de X_____ Sàrl, laquelle n'est pas encore intervenue. Je n'ai fait aucune déclaration de salaire me concernant par rapport à la Sàrl. Je n'ai pas non plus touché de salaire relativement à la première société. J'ai été inscrit comme liquidateur officiel de la Sàrl. Elle bénéficiait d'un apport en nature, d'un logiciel pour la création de la société. L'associée dans la Sàrl n'a eu aucune activité pour cette société. En août ou septembre 2004, j'ai reçu une réponse négative de la société de cautionnement pour la rallonge de crédit. Dès le 1er septembre 2004, j'ai uniquement géré les factures pour les deux sociétés. La Sàrl avait repris les locaux de la première société, elle était donc débitrice de la première société. Même si j'avais obtenu une rallonge de crédit, ce n'était plus possible en septembre 2004 de continuer mon activité. J'avais d'ailleurs reçu quelques mois avant la résiliation du bail. La Caisse avait toujours la possibilité de demander au SECO et à l'Office cantonal de l'emploi si les autorisations avaient bien été délivrées à la société. J'avais accepté l'emploi chez W_____ en décembre 2004. Ceci prouve que je n'avais aucune intention de réactiver la société car j'aurais été en concurrence avec mon futur employeur. Je demande des indemnités de chômage pour les mois de septembre 2004 à janvier 2005".

20. Sur ce, 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.

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 (LACI).

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

2. Interjeté dans les formes et délais légaux, le recours est recevable (art. 1 LACI, 56 et 60 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 – LPGA).

3. Le litige porte sur le point de savoir si le recourant peut être mis au bénéfice d'indemnités de chômage pour la période courant du 1er septembre 2004 au 31 janvier 2005.

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). Est réputé sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et qui cherche à exercer une activité à plein-temps (art. 10 al. 1 LACI). Selon l'art. 10 al. 2 LACI, est réputé partiellement sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et cherche à n'exercer qu'une activité à temps partiel (let. a) ou occupe un emploi à temps partiel et cherche à le remplacer par une activité à plein-temps ou à le compléter par une autre activité à temps partiel (let. b) (ATF 121 V 355 consid. 2).

   b) L'art. 31 al. 3 let. c LACI exclut du 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'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore d'un détenteur d'une participation financière à l'entreprise, de même que les conjoints de ces personnes qui sont occupées dans l'entreprise (Arrêt du 29 août 2005 dans la cause C 163/04). Bien que cette disposition soit conçue pour l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, elle a également un impact sur l'indemnité de chômage. Tant que ces personnes occupent une position comparable à celle d'un employeur dans l'entreprise, elles n'ont pas droit à l'indemnité de chômage car elles continuent à influencer de manière déterminante les décisions de l'employeur ou sont à même de réactiver à tout moment l'entreprise momentanément en veilleuse. Que ces personnes aient le statut de salariés selon la législation sur l'AVS et puissent

justifier d'une période de cotisations suffisante n'y change rien. Ainsi, ces personnes ne sont pas considérées comme étant au chômage ni aptes au placement. On parlera de détournement des dispositions en matière de réduction de l'horaire de travail lorsque l'entreprise continue d'exister au-delà de la fin des rapports de travail et que l'assuré conserve une position comparable à celle d'un employeur. Ces personnes n'ont par conséquent pas droit à l'indemnité de chômage, qu'elles fassent valoir un chômage complet ou partiel. Toute autre interprétation reviendrait à éluder cette disposition conçue pour prévenir les abus en matière d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (ATF 123 V 238 consid. 7; 120 V 525 consid. 3).

Si des indices permettent à la caisse de supposer que l'assuré occupe une position comparable à celle d'un employeur, elle doit notamment exiger un extrait du RC et examinera dans quelle mesure l'assuré est habilité à prendre des décisions de même que sa participation financière à l'entreprise. Les membres du conseil d'administration d'une société anonyme de même que les associés gérants ou les tiers gérants d'une société à responsabilité limitée ont, de par leur fonction, une position comparable à celle d'un employeur. Tant qu'ils la conservent, ils sont exclus d'emblée du cercle des ayants droit à l'indemnité.

Est déterminante la date à laquelle l'assuré cesse effectivement d'occuper une position comparable à celle d'un employeur et non pas la publication y relative dans la Feuille officielle suisse du commerce.

Les caisses examinent et déterminent si l'assuré a une position comparable à celle d'un employeur, notamment dans le cas d'un gérant d'une société à responsabilité limitée. En effet, un assuré qui quitte son emploi dans une Sàrl mais conserve, comme en témoigne l'inscription au RC, sa fonction de gérant, occupe dans l'entreprise une fonction analogue à celle d'un employeur et peut continuer à fixer ou du moins à influencer considérablement les décisions de la Sàrl. Le fait que tout l'inventaire ait été vendu et que l'entreprise soit depuis inactive est sans importance. En raison de sa fonction d'organe directeur de la société, l'assuré conserve la possibilité de réactiver en tout temps l'entreprise qui n'a pas cessé d'exister. Le droit à l'indemnité doit donc être nié. Lorsque l'assuré conserve sa fonction de gérant après que la décision de liquider l'entreprise est tombée et devient le liquidateur de l'entreprise, il faut considérer qu'il occupe une fonction semblable à celle d'un employeur ne donnant pas droit à une indemnité de chômage tant que la liquidation n'est pas inscrite au RC (SECO, circulaire IC 2003, B 35).

c) Selon la jurisprudence, le droit des personnes mentionnées à l'art. 31 al.3 let. c LACI à des prestations de chômage est en principe absolument exclu aux fins de prévenir les abus en matière de diminution du temps de travail. Ainsi, un travailleur qui jouit d'une situation professionnelle comparable à celle d'un employeur n'a pas droit à une indemnité de chômage lorsque, bien que licencié par une société anonyme, il continue d'œuvrer en qualité d'actionnaire et

d'administrateur unique de cette société (ATF 123 V 236 consid. 7 ; 113 V 78 consid. 3d ; DTA 1997 p. 170).

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 (ATF du 29 novembre 2005, cause C 175/04).

Le TFA a notamment considéré que c'est seulement lorsqu'une personne qui se trouve dans une situation analogue à celle d'un employeur quitte définitivement la société, ce qui doit être prouvé au moyen de critères clairs, telle la radiation de l'inscription au RC, que le droit à une indemnité de chômage peut naître. Il n'y a là aucun formalisme excessif. Le surendettement durable ou persistant de l'entreprise n'est pas un critère permettant l'obtention de ladite prestation (Arrêt du 14 juillet 2004 dans la cause C 19/04 consid. 2.2).

Dans l'arrêt précité du 29 novembre 2005 (cause C 175/04), le TFA a jugé que l'assuré devenu liquidateur de la Sàrl, qui avait conservé des prérogatives analogues à celles dont il disposait précédemment, faisait partie du cercle des personnes qui fixent les décisions de l'employeur ou qui les influencent de manière déterminante. De ce chef, il n'avait pas droit à l'indemnité, ce que la jurisprudence avait d'ailleurs déjà admis dans des affaires analogues concernant les liquidateurs (DTA 2002 p. 185 consid. 3c [arrêt S. du 19 mars 2002, C 373/00]; arrêt G. du 12 septembre 2005, C 131/05).

5. En l'occurrence, lors de sa réinscription auprès de l'OCE, le 1er septembre 2004, le recourant était toujours inscrit au RC en tant qu'associé gérant pour une part de 10'000.- fr. avec signature individuelle s'agissant de la société X_____ Sàrl. Le 26 novembre 2004, la Sàrl a été dissoute et le 7 décembre 2004 le recourant en a été l'associé liquidateur. Il doit être constaté que la position du recourant au sein de la Sàrl équivaut à celle d'un employeur dès lors qu'il en a été l'associé gérant avec signature individuelle puis le liquidateur et qu'il admet par ailleurs que Mme D_____, associée sans signature, n'y a jamais eu d'activité.

Le recourant allègue cependant que la Sàrl n'a jamais eu d'activité ni d'employés, que les autorisations de pratiquer n'ont jamais été demandées, que le financement sollicité n'a jamais été accordé, qu'elle ne disposait d'aucun local vu la résiliation du bail et que sa radiation a été requise, de sorte qu'il pouvait difficilement être considéré comme ayant une position comparable à celle d'un employeur.

Le recourant a fait valoir également qu'il avait été engagé dès le 16 décembre 2004 pour le 1er février 2005 en qualité de conseiller (salarié) en personnel, ce qui, selon lui, démontrait qu'il avait définitivement renoncé à exploiter à titre d'indépendant la Sàrl, dont il avait d'ailleurs requis la radiation le 14 septembre 2004.

Cependant, au vu de la jurisprudence précitée, le statut d'associé-gérant puis de liquidateur - équivalant à la position d'un employeur - est décisif et conduit à la négation du droit à l'indemnité de chômage. Le fait que la Sàrl n'a jamais requis

les autorisations de pratiquer ne permet pas d'exclure qu'elles n'aient pu être obtenues dans le cas où le recourant aurait bénéficié du financement qu'il attendait. Enfin, le fait que le recourant a été engagé pour le 1er février 2005, s'il constitue bien un indice de son intention de liquider définitivement la société, ne permet pas, au vu de la jurisprudence restrictive précitée, de lui reconnaître le droit à l'indemnité de chômage.

6. Eu égard à ce qui précède, le Tribunal estime qu'il y a lieu de considérer que le recourant n'avait pas droit à l'indemnité de chômage du 1er septembre 2004 au 31 janvier 2005.

Le recours doit par conséquent être rejeté.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par plis recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière :	La Présidente :
Nancy BISIN	Valérie MONTANI

La secrétaire-juriste :
Alexandra PAOLIELLO

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