RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2289/2003 **ATAS/329/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 4 mai 2004

1ère Chambre

En la cause

Monsieur F_____, recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHÔMAGE intimée
Rue de Montbrillant 40 à Genève

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mmes Juliana BALDE et Maya CRAMER, Juges

EN FAIT

1. Monsieur F_____ est associé gérant de l'entreprise X, disposant de la signature individuelle, pour une part de capital de 19'000 fr. Par courrier du 31 janvier 2003, il a licencié tout son personnel, à savoir Madame B_____ et Monsieur W_____, ainsi que lui-même, l'entreprise se trouvant confrontée à de graves problèmes de liquidités.

2. Le 5 mai 2003, l'assuré s'est inscrit à l'Office cantonal de l'emploi (ci-après OCE) et a demandé à bénéficier des indemnités de chômage dès cette date.

3. Par décision du 30 juin 2003, la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la Caisse) l'a informé qu'elle ne pouvait donner suite à sa demande, au motif que durant les deux ans précédant son inscription, soit du 5 mai 2001 au 4 mai 2003, il avait été à la fois employé et administrateur d'une Sàrl encore en activité.

4. Entendu dans le cadre de la procédure de réclamation, le 9 octobre 2003, l'intéressé a expliqué que l'entreprise X, inscrite au registre du commerce le 9 juillet 2003, fondée par Madame B_____, avait repris la clientèle de la société X. Selon l'extrait du registre du commerce, état au 9 octobre 2003, il apparaît que X a été dissoute par décision de l'assemblée générale du 15 juillet 2003, que la liquidation a été confiée à SEFICO SA, société d'expertise fiscale et comptable, et enfin que l'intéressé reste inscrit en qualité d'associé pour une part de capital de 20'000 fr.

5. Par décision sur opposition du 28 octobre 2003, la Caisse a confirmé la décision du 30 juin 2003. Elle a en effet considéré que du 5 mai 2003 au 15 juillet 2003, l'assuré n'avait pas rompu tout lien avec la société X, dans la mesure où il avait vraisemblablement continué, même après son auto-licenciement, à gérer la société. Elle admet en revanche un droit aux indemnités de chômage à compter du 16 juillet 2003, puisque la Sàrl a été dissoute à cette date.

6. L'intéressé a interjeté recours le 28 novembre contre ladite décision.

7. Entendu le 20 avril 2004 par le Tribunal de céans, il a admis avoir continué l'activité de la société jusqu'à fin mai 2003. Il comprend dès lors qu'il n'a pas droit à l'indemnité de chômage durant ce mois. Cela étant, il rappelle qu'une nouvelle entreprise en raison individuelle a été créée par Madame B_____ le 1er juin 2003, laquelle avait repris les mêmes locaux, le même parc de machines et la même clientèle que la Sàrl, le tout sans aucune contre-prestation en sa faveur.

8. Madame KUGGLER, représentant la Caisse lors de la comparution personnelle des parties le 20 avril 2004, a déclaré que l'assuré avait fait part de son intention de ne pas faire rayer la société du registre du commerce, et se contenter d'en changer la raison sociale et le but afin d'exercer une nouvelle activité indépendante. Il s'était du reste renseigné sur les conditions d'octroi des indemnités pour indépendant. L'assuré n'a pas contesté ce point.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ ; E 2 05) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales statuant, en instance unique, notamment sur les contestations relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (ci-après LACI) ainsi qu'à la loi cantonale en matière de chômage (cf. article 56V LOJ). La compétence du Tribunal de céans est ainsi établie pour juger du cas d'espèce.

2. 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).

3. En l'espèce, le litige porte sur le point de savoir si le recourant a droit à l'indemnité de chômage depuis le 1er juin 2003, vu la déclaration de l'assuré lors de sa comparution personnelle renonçant à toute prestation pour le mois de mai.

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 fixer 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 réputés 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. Il va de soi qu'en sa qualité d'associé gérant d'une Sàrl, le recourant entre dans la catégorie des personnes qui ont la double qualité d'employeur et d'employé. C'est à l'évidence l'assuré qui prend les décisions, à l'instar d'un employeur.

S'agissant du mois de juin 2003, l'intéressé allègue que Madame B_____ avait créé sa propre entreprise en raison individuelle le 1er juin 2003 en reprenant les locaux, le matériel, les machines et la clientèle de X. C'est ainsi qu'il considère que cette dernière avait immanquablement cessé toute activité à fin mai. Force est cependant de constater que l'intéressé est resté inscrit au registre du commerce en tant qu'associé de la Sàrl, que celle-ci n'a été dissoute selon l'extrait du registre du commerce que le 15 juillet 2003 et l'entreprise X n'a été créée que le 9 juillet. Il convient par ailleurs de rappeler que le recourant avait dans l'intention d'exercer à terme une activité indépendante, qu'il avait pour cela besoin de garder la structure de la Sàrl, dont il se serait borné à modifier la raison sociale et le but.

Il s'agit ici de déterminer si véritablement Madame B_____ avait commencé l'activité dans le cadre de sa nouvelle entreprise dès le 1er juin. Le Tribunal de céans constate que des pièces figurant dans le dossier, résulte la

preuve qu'elle effectuait des démarches en ce sens dans le courant du mois de juin. Elle a en effet déposé une demande d'adhésion auprès de la Fédération des syndicats patronaux avec effet au 1er juin 2003 (cf. pièce N° 9b chargé Caisse). Il est vrai que l'entreprise ne figure au registre du commerce qu'en date du 9 juillet 2003. Il sied cependant de relever qu'il n'y a aucune obligation à cet égard pour une entreprise en raison individuelle. Par ailleurs elle a été inscrite dans le registre des contribuables TVA le 1er juillet 2003, avec effet au 1er juin 2003 également. Il y a dès lors lieu de considérer que Madame B_____ dans le cadre de l'entreprise X a commencé son activité dès le 1er juin 2003. Dans la mesure où cette entreprise a repris les locaux, les machines et la clientèle de X, il y a lieu d'admettre que le recourant n'avait plus aucune influence sur la Sàrl, celle-ci n'existant en réalité plus, quand bien même elle n'avait pas encore été rayée du registre du commerce.

Il se justifie dans ces conditions de reconnaître le droit du recourant à l'indemnité de chômage dès le 1er juin 2003, n'ayant plus dès cette date la qualité d'employeur au sens de la jurisprudence.

* * *

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

conformément à la disposition transitoire de l'article 162 LOJ

1. Admet le recours.

2. Dit que le recourant a droit à l'indemnité de chômage à compter du 1er juin 2003.

3. Le rejette pour le surplus.

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 pli 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 ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales et au secrétariat d'Etat à l'économie par le greffe