RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/332/2004 **ATAS/447/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

4ème chambre

du 18 mai 2005

En la cause

Monsieur J_____, comparant par la CAP Protection juridique

recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHÔMAGE, Groupe réclamations, 6, rue des Glacis-de-Rive, 1204 Genève

intimée

Siégeant : Juliana BALDE, Présidente, Mmes Karine STECK et Maya CRAMER, juges.

EN FAIT

1. Monsieur J_____ a travaillé auprès de la société Z_____Sàrl du 1er avril 2003 au 31 juillet 2003, date à laquelle son contrat a été résilié en raison de la fermeture du magasin. Auparavant, l'intéressé avait travaillé auprès de la société W_____ SA du 1er février 2002 au 30 mars 2002 et auprès de GESTOR 2000 Sàrl du 1er février 2000 au 30 septembre 2001.

2. L'assuré s'est inscrit le 1er août 2003 à l'Office cantonal de l'emploi (ci-après OCE), sollicitant l'octroi d'indemnités de chômage.

3. Selon l'attestation de l'employeur, l'intéressé a travaillé en qualité de manager et possédait une participation financière ou occupait une fonction dirigeante dans l'entreprise Z_____ Sàrl.

4. Selon l'extrait du registre du commerce, l'intéressé a été inscrit le 27 février 2003 en qualité d'associé-gérant pour une part de Fr. 10'000.-, au bénéfice d'une signature collective à deux. Madame D_____ a été inscrite à la même date comme associée-gérante, également pour une part de Fr. 10'000.- et bénéficiaire d'une signature collective à deux.

5. Par décision du 15 septembre 2003, la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la caisse) a rejeté la demande d'indemnités, au motif que dans sa dernière activité, l'assuré possédait la double qualité d'employeur et d'employé et qu'il était peu vraisemblable qu'il ne consacrait pas une partie de son temps à son entreprise afin de la sauvegarder, de sorte que sa perte de travail était incontrôlable. Son licenciement apparaissait donc comme fictif dans le but de percevoir des indemnités de chômage tout en évitant le refus d'octroi de la réduction de l'horaire de travail. La décision précisait qu'en cas de cessation définitive des activités, de radiation de l'entreprise Z_____ Sàrl ou de rupture totale de ses liens avec celle-ci, l'intéressé pourrait bénéficier des indemnités de chômage.

6. Par pli recommandé adressé au registre du commerce le 17 septembre 2003, l'intéressé a demandé sa radiation au registre du commerce, en raison de difficultés commerciales et financières rencontrées et de la fermeture définitive de l'exploitation du point de vente de Z_____ Sàrl au 31 juillet 2003. Il a précisé que la procédure de liquidation serait entreprise par l'Etude de notaires KELLER et GLASER.

7. Le 8 octobre 2003, Maître Marc BONNANT, intervenant en qualité de mandataire de Madame D_____, a réitéré la requête de sa mandante ainsi que celle de

Monsieur J_____, d'être radiés du registre du commerce en tant que gérants de la société Z_____ Sàrl.

8. Le 14 octobre 2003, l'intéressé a formé réclamation contre la décision de la caisse du 15 septembre 2003. Il a exposé que lors d'une longue conversation au guichet, le 16 septembre 2003, il lui avait été annoncé qu'une simple copie d'un courrier adressé au registre du commerce demandant la radiation de son nom suffirait à dégeler la situation et lui permettre de percevoir des indemnités. Il avait remis ce document dès le lendemain. Par la suite, il lui a été demandé de présenter une attestation prouvant le versement de ses cotisations AVS-AC pour les périodes travaillés auprès de Z_____ Sàrl ainsi que pour le Club 58, ce qu'il avait fait. Enfin, le même jour, lors d'un entretien téléphonique, Monsieur G_____ lui avait confirmé qu'une preuve d'engagement de la procédure auprès du registre du commerce suffirait pour débloquer la procédure. Il ne comprenait dès lors pas la décision prise, qui devait être reconsidérée.

9. Lors d'une assemblée extraordinaire des associés qui s'est tenue le 17 octobre 2003, Monsieur J_____ et Madame D_____ ont démissionné de leur fonction de gérants et Monsieur A_____ a été nommé en qualité de gérant unique. La veille, ce dernier s'était adressé au Tribunal de Première Instance de la République et canton de Genève, afin de l'informer que la société Z_____ Sàrl était en incapacité de paiement et sollicitait le dépôt du bilan, pour cause de surendettement.

10. Le 20 octobre 2003, les pouvoirs de gérant de l'intéressé ont été radiés du registre du commerce ; il est demeuré inscrit comme associé, tout comme Madame D_____.

11. Par jugement du 10 novembre 2003, le Tribunal de Première Instance a prononcé la faillite de la société Z_____ Sàrl.

12. Un délai cadre a été ouvert en faveur de l'intéressé dès le 11 novembre 2003, date à partir de laquelle la caisse lui a octroyé des indemnités de chômage.

13. Par mémoire complémentaire du 15 décembre 2003, l'intéressé a complété sa réclamation ; il soutient que la société avait cessé son activité le 31 juillet 2003 et qu'il n'avait plus œuvré pour cette dernière après cette date. La demande d'indemnité n'avait ainsi jamais visé à percevoir des indemnités pour réduction de l'horaire de travail, ni de manière directe, ni de manière indirecte ou fictive. Son licenciement était uniquement dû à la cessation d'activité de l'entreprise et sa demande tendait à lui permettre d'obtenir les moyens de subsistance nécessaires durant ses recherches d'emplois. L'assuré fait valoir qu'il remplissait les conditions nécessaires à l'obtention des indemnités de chômage dès le 1er août 2003. Il a souligné au demeurant les lacunes dans les informations fournies par la caisse au

cours de ses démarches auprès d'elle, ce qui avait retardé de manière préjudiciable le début du versement de ses indemnités.

14. Par décision du 20 janvier 2004, la caisse a rejeté l'opposition formée par l'assuré, au motif qu'après avoir quitté son emploi le 31 juillet 2003, il était demeuré inscrit au registre du commerce comme associé-gérant. Il n'avait dès lors pas rompu tous liens avec la société Z_____ Sàrl lors de son inscription au chômage le 1er août 2003. D'autre part, l'assuré avait conservé sa participation financière dans la société même après avoir été radié comme gérant, puisqu'il était demeuré associé. Selon la caisse, en raison de cette participation financière, l'assuré avait conservé une position dirigeante dans la société ainsi que la possibilité d'influencer les décisions prises.

15. Par l'intermédiaire de son mandataire, l'assuré a interjeté recours en date du 20 février 2004. Il expose qu'il n'a plus déployé d'activité au sein de l'entreprise après le 31 juillet 2003. Il estime d'autre part que la caisse de chômage ne l'a pas informé de manière appropriée sur ses droits et ses obligations, ce en violation de la loi sur la partie générale du droit des assurances sociales : il avait en effet clairement indiqué qu'il possédait une participation financière dans l'entreprise. Enfin, il avait produit toutes les pièces exigées par la caisse et lui avait transmis, comme convenu, par courrier du 17 septembre 2003, copie de sa lettre de demande de radiation au registre du commerce. Il estime que le retard dû dans ses démarches auprès du registre du commerce a été du à la caisse, qui engage ainsi sa responsabilité. Il conclut à l'octroi d'indemnités de chômage dès le 1er août 2003, subsidiairement à ce que la caisse soit condamnée à une indemnité pour violation du devoir d'information correspondant aux montants des indemnités de chômage pour la période du 1er août 2003 au 10 novembre 2003.

16. Dans sa réplique du 15 mars 2004, la caisse a contesté avoir failli à son obligation de renseigner, dans la mesure où elle a informé l'assuré qu'il devait rompre tous ses liens avec la société. Or, ce dernier a demandé sa radiation en qualité de gérant, tout en conservant une participation financière dans la société.

17. Dans ses écritures du 13 avril 2004, l'assuré a persisté dans ses conclusions. Il soutient qu'il ne pouvait comprendre que la mise en faillite de la société était une condition sine qua non à remplir pour obtenir des indemnités de chômage, ce d'autant plus que le directeur-adjoint de la caisse lui avait dit qu'il suffisait de lui communiquer sa copie de sa lettre au registre du commerce demandant sa radiation.

18. Le Tribunal de céans a ordonné la comparution personnelle des parties qui s'est tenue le 16 juin 2004 ; l'assuré a précisé qu'au 31 juillet 2003, toutes les marchandises ont été liquidées et que les locaux étaient vides. Le bail commercial, conclu pour une durée de cinq ans, n'avait pu être résilié qu'à la fin de l'année 2003 ; il fallait trouver un nouveau locataire pour l'arcade. Il a expliqué qu'il était

resté sans nouvelle du chômage après son inscription début août 2003. Il a alors pris contact avec la caisse en septembre et a appris que son dossier n'avait pas encore été traité. Il expose que c'est sur les indications de Monsieur C_____, directeur-adjoint de la caisse, qu'il avait écrit au registre du commerce afin de faire radier son nom en qualité de gérant. Ce courrier a été remis le même jour en mains propres du directeur-adjoint qui lui avait promis de faire le nécessaire. Il ignorait que la radiation d'une Sàrl ne se faisait pas du jour au lendemain et qu'il fallait un acte authentique pour prononcer sa dissolution. Il estime avoir entrepris toutes les démarches exigées par le chômage.

19. La caisse pour sa part a affirmé avoir eu un entretien téléphonique avec l'assuré le 16 octobre 2003 au cours duquel elle l'avait clairement informé qu'il fallait « lâcher totalement prise » et qu'il devait être radié au registre du commerce, aussi bien comme gérant que comme associé de la société. Tant que la société était inscrite au registre du commerce, il y avait un risque que les associés reprennent des activités, ce que le chômage n'était pas à même de vérifier.

20. L'assuré a persisté dans ses conclusions et la cause a été gardée à juger.

21. Pour le surplus, les allégués des parties seront repris, en tant que de besoin, dans la partie en droit ci-après.

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 56T LOJ).

   L'élection des juges assesseurs ayant par ailleurs été annulée par le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février 2004, 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.

   Le Tribunal cantonal des assurances sociales statue en instance unique, notamment sur les contestations relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (ci-après LACI) ainsi qu'à la loi cantonale en matière de chômage du 11 novembre 1983 (art. 56V LOJ). Sa compétence est ainsi établie pour juger du cas d'espèce.

2. La loi sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), entrée en vigueur le 1er janvier 2003, s'applique à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité, sauf dérogation expresse (art. 1 al. 1 LACI).

   Interjeté dans la forme et délai légaux, le recours est recevable (art. 56 à 60 LPGA ; art. 49 alinéa 2 de la loi genevoise en matière de chômage).

3.a) Selon l'art. 8 al. 1 LACI l'assuré a droit à l'indemnité de chômage, notamment s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi. Est réputé sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et qui chercher à exercer une activité à plein temps (art. 10 al. 1 LACI). Celui qui 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 est pour sa part réputé partiellement sans emploi (art. 10 al. 2 LACI).

   b) A teneur 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 a prendre 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'indemnité 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, page 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 dans l'entreprise et de pouvoir reprendre ultérieurement une activité salariée dans son entreprise qui continue d'exister, commet un abus de droit dans 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, page 8). 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.

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 loi. 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). Dans un cas comme dans l'autre, l'intéressé peut en principe prétendre des indemnités de chômage.

c) Selon la jurisprudence, c'est la notion matérielle de l'organe dirigeant qui est déterminante, car c'est la seule façon de garantir que l'article 31 alinéa 3 lettre c LACI, qui vise à combattre des abus, remplisse son objectif (SVR 1997 ALV n° 101 page 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 d'une entreprise, il convient de prendre en compte les rapports internes existant dans cette entreprise. On établira l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes (DTA 1996/1997 n°41 pages 227 et ss consid. 1b et 2 ; SVR 1997 ALV n°101 page 311 consid. 5c). La seule exception à ce principe que reconnaît le Tribunal fédéral des assurances concernent les membres de conseils d'administration car ils disposent ex lege (art. 716 à 716b CO) d'un pouvoir

déterminant au sens de l'article 31 alinéa 3 c LACI (DTA 1996/1997 n° 41 page 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 (ATF 122 V 273 consid. 3 ; ATFA du 24 mars 2004 C 113/03).

4. En l'espèce, il résulte de l'extrait du Registre du commerce (RC) que le recourant était, au moment de la décision litigieuse, associé gérant avec signature collective à deux de la société Z_____ Sàrl et titulaire d'une part sociale de 10'000 fr. représentant la moitié du capital (cf. annexe pièce no. 10 caisse). Dès le 20 octobre 2003, il n'était plus gérant, mais est demeuré associé (cf. pièce no. 14d caisse).

Selon le recourant, la décision avait été prise de cesser définitivement les activités de la société le 31 juillet 2003, date qui correspond à son dernier jour de travail et où toutes les marchandises ont été liquidées. Il a perçu son salaire jusqu'à fin juillet 2003. Avec son associée, ils ont cherché à remettre l'arcade louée par la société. Compte tenu du fait que le bail commercial avait été conclu pour une durée de cinq ans, ce n'est qu'après avoir trouvé un nouveau locataire que le bail a pu être résilié, moyennant un préavis d'un mois, pour la fin de l'année 2003. C'est en raison de la fermeture définitive de l'entreprise qu'il s'est inscrit au chômage dès le 1er août 2003. Il ignorait qu'il devait se faire radier du RC pour pouvoir bénéficier des indemnités de chômage et soutient qu'il s'est entièrement conformé aux instructions de la caisse en sollicitant, immédiatement après l'avoir appris de la bouche du directeur adjoint de la caisse, sa radiation en qualité d'associé gérant au RC.

Pour l'intimée, la radiation au RC de la qualité de gérant ne suffit par pour ouvrir droit aux indemnités, dans la mesure où le recourant est demeuré associé de la société. Par conséquent, ce n'est qu'avec l'ouverture de la faillite qu'il a perdu sa fonction comparable à celle d'un employeur.

L'associé gérant d'une Sàrl dispose ex lege du pouvoir de fixer les décisions que la société peut être amenée à prendre comme employeur, tel que par exemple le licenciement, ou à tout le moins, influencer considérablement ces décisions au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI. En effet, il résulte de l'art. 811 al. 1 CO que les associés dans la société à responsabilité limitée ont non seulement le droit, mais aussi l'obligation de participer à la gestion de la société. Ils occupent ainsi collectivement une position comparable à celle du conseil d'administration d'une société anonyme (WATTER, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Bâle/Frankfort-sur-le-Main, N. 4 ad art. 811 CO). Si l'inscription au RC en qualité d'associé gérant permet, à elle seule, d'exclure le droit aux indemnités de chômage, ce critère n'est toutefois décisif que lorsqu'il s'agit de déterminer concrètement les responsabilités assumées au sein de la

société par un associé (cf. ATFA du 23 octobre 2001 en la cause C 86/01, à contrario).

En l'occurrence, le recourant ne conteste pas avoir exercé les responsabilités d'associé gérant, mais il invoque la fermeture de l'entreprise au 31 juillet 2003 et par conséquent la perte de son travail, raison pour laquelle il s'est inscrit au chômage en déclarant être apte au placement à 100 %. On ne saurait ainsi lui reprocher une quelconque intention d'éluder les conditions mises par la loi à l'octroi d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, auxquelles il n'aurait pas droit, selon l'art. 31 al. 3 let. c LACI.

Le Tribunal de céans constate que si le recourant allègue que l'entreprise a définitivement cessé ses activités le 31 juillet 2003, il n'a cependant entamé aucune démarche concrète en vue de procéder à la liquidation de la Sàrl avant le 17 septembre 2003, date à laquelle il a écrit au Registre du commerce pour demander sa radiation en qualité de gérant. Le recourant fait valoir que toutes les marchandises avaient été vendues et que les locaux étaient vides le 31 juillet. Force est cependant de constater que ces allégués ne sont étayés par aucune pièce. Le recourant n'a pas produit la lettre par laquelle la société a résilié le bail de l'arcade qu'elle occupait à l'avenue de France et l'on ignore à quelle date cela a été fait. Il est en revanche établi que la résiliation du bail a pris effet le 30 novembre 2003 (cf. pièce no. 11 recourant). De même, l'assemblée générale extraordinaire lors de laquelle Monsieur ALBERTON a été désigné en qualité de gérant unique ne s'est tenue que le 17 octobre 2003 et l'avis au juge en vue de déposer le bilan a été signifié à cette même date (cf. pièces no 5 recourant). Enfin, la radiation des pouvoirs de gérant du recourant et de son associée est intervenue le 20 octobre 2003, le bilan de liquidation a été arrêté au 31 octobre 2003 et la faillite prononcée le 10 novembre 2003 (cf. pièces nos. 14d et 16a caisse ; pièces no. 10 recourant).

Le recourant soutient qu'il ignorait que la radiation d'une Sàrl exigeait un acte authentique. Or, s'il avait réellement la volonté de mettre un terme définitivement à l'activité de la société, il aurait entrepris immédiatement les démarches auprès du RC et aurait su, à ce moment-là quelles étaient les formalités à accomplir. Il apparaît ainsi que pour la période du 1er août 2003 au 17 septembre 2003, il n'est pas possible d'affirmer que la fermeture de l'entreprise était effective et définitive. En revanche, dès le dépôt de sa requête au RC visant à sa radiation de gérant de la Sàrl, motivée par la cessation des activités de la société, le recourant a rendu hautement vraisemblable et vérifiable la fermeture définitive de l'entreprise. A cela s'ajoute que tout porte à croire qu'il a obtenu, selon toute vraisemblance, des informations émanant des collaborateurs de la caisse allant pour le moins dans le même sens. En effet, malgré les dénégations de l'intimée, il résulte des pièces du dossier, et plus particulièrement de l'opposition formée par le recourant en date du 14 octobre 2003 ainsi que des échanges de messages entre les collaborateurs de la

caisse et de diverses autorités, qu'un certain flou existait au sein de l'intimée quant à l'appréciation juridique des cas de ce genre. Or, les assureurs et les organes d'exécution des diverses assurances sociales sont tenus de renseigner les personnes intéressées sur leurs droits et obligations (art. 27 al. 1 LPGA), étant rappelé que la violation de ces devoirs peut, dans certaines circonstances, engager la responsabilité des assureurs selon l'art. 78 LPGA.

En l'espèce, la question n'a pas à être examinée, dans la mesure où le Tribunal de céans admet qu'à compter du 18 septembre 2003, le recourant a rendu vraisemblable et vérifiable la fermeture définitive de l'entreprise ; on ne saurait parler d'un comportement visant à éluder la loi. Il s'ensuit que le recourant a droit aux indemnités de chômage à compter du 18 septembre 2003.

Le recourant, qui obtient partiellement gain de cause, se verra allouer une indemnité à titre de dépens (art. 61, let. g LPGA ; art. 89 H al. 3 LPA).

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 partiellement ;

3. Annule la décision dont est recours ;

4. Dit et prononce que Monsieur J_____ a droit aux indemnités de chômage dès le 18 septembre 2003 ;

5. Invite la Caisse cantonale de chômage à rendre une décision en ce sens ;

6. Condamne l'intimée à payer au recourant une indemnité de 1'500 fr. à titre de participation à ses frais et dépens;

7. Déboute les parties de toutes autres ou contraires conclusions ;

8. 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).

Le greffier:	La Présidente :
Walid BEN AMER	Juliana BALDE

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