RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

**A/439/2006** **ATAS/478/2006**

# ARRET

# DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

## Chambre

## du 15 mai 2006

En la cause

| | |
|---|---|
| Monsieur J_____ | recourant |
| contre | |
| CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, sise rue de Montbrillant 40, case postale 2293, 1211 GENEVE 2 | intimée |

**Siégeant : Madame Valérie MONTANI, Présidente, Mesdame Juliana BALDE et Doris WANGELER, Juges.**

## EN FAIT

1. Le 4 juillet 2005, M. J_____, né le 1942, marié à Mme M_____, a déposé une demande d'indemnité de chômage dès le 1er septembre 2005.

   Il avait travaillé du 1er mars 1982 au 30 juin 2005 pour la société J_____ Sàrl (ci-après : la société), laquelle était en liquidation, en tant que directeur-gérant-informaticien, et était associé-gérant pour une part de fr. 25'000.-.

2. Selon un courrier de la société du 18 mai 2005, signé de Mme M_____, liquidatrice de la société, l'assuré était licencié pour le 31 août 2005.

3. Par décision de l'assemblée générale de la société du 18 mai 2005, publiée dans la Feuille d'Avis Officielle de la République et canton de Genève (FAO) le 15 juin 2005, celle-ci a été dissoute et la société inscrite au Registre du Commerce (RC) comme étant en liquidation dès le 23 mai 2005. Dès cette date, l'assuré a été inscrit au RC comme simple associé, sans signature. Le 20 septembre 2005, Mme M_____, inscrite au RC comme associée liquidatrice de la société, avec signature individuelle, a requis la radiation de celle-ci du RC.

4. Par décision du 7 octobre 2005, la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse) a refusé de donner suite à la demande d'indemnité de chômage de l'assuré du 1er septembre 2005 considérant qu'il réunissait la qualité d'employeur et d'employé et que seule une cessation définitive des activités de la société ou une rupture totale de ses liens avec celle-ci ou une activité postérieure de salarié en qualité de simple employé pourrait lui faire bénéficier d'une indemnité de chômage.

5. Le 14 octobre 2005, l'Administration Fiscale Cantonale (AFC) a consenti à la radiation de la société du RC.

6. Le 17 octobre 2005, l'assuré s'est opposé à la décision précitée en relevant qu'il n'avait plus eu droit à la signature dès le 18 mai 2005 et que la société avait cessé toute activité le 30 juin 2005. Dès le 20 septembre 2005, la radiation n'était plus qu'une question administrative. Sa demande devait ainsi être acceptée depuis cette date.

7. Le 31 janvier 2006, la caisse a rejeté l'opposition de l'assuré dès lors que l'épouse de celui-ci était restée inscrite au RC comme "associée, liquidateur" avec signature individuelle et l'assuré inscrit comme associé.

8. Le 8 février 2006, l'assuré a recouru contre cette décision auprès du Tribunal cantonal des assurances sociales en arguant que l'inscription de la liquidation au RC n'était plus qu'une question administrative qui prenait du temps car la répartition des actifs ne pourrait se faire que le 17 juin 2006 soit un an après la troisième publication de l'appel aux créanciers. Il n'y avait toutefois plus aucune chance que

l'entreprise soit réactivée et attendre la radiation de son inscription relevait du formalisme excessif.

9. Le 28 février 2006, la caisse a conclu au rejet du recours en relevant que la révocation de la décision de dissolution par l'assemblée générale était admissible aussi longtemps que la répartition des actifs de la société n'avait pas encore débuté, ce qui serait le cas en l'espèce seulement le 17 juin 2006. Le risque d'abus existait dans le cas d'espèce tant que l'inscription de l'assuré et de son épouse au RC ne serait pas radiée.

10. Le 20 mars 2006, le Tribunal de céans a entendu les parties en audience de comparution personnelle.

    Le recourant a déclaré :

    "J'étais gérant de la société depuis 1982 avec mon épouse, Mme M_____. Nous avions comme but de vendre des ordinateurs et depuis le début des années 90 nous nous sommes concentrés sur la fabrication de logiciels pour des sociétés ainsi que pour le CHUV. Au début nous avions des employés mais depuis 1992 il n'y avait que mon épouse et moi-même dans la société. Depuis mai 2005 je n'étais plus qu'employé de la société, soit simple associé et j'ai travaillé pour le CHUV jusqu'à fin juin 2005. Passé cette date je ne me suis plus occupé de rien pour la société. Mon épouse s'est chargée de la liquidation de celle-ci. Je précise que tout a été liquidé à fin juin 2005, tous les créanciers ont été désintéressés à cette même date et les charges sociales acquittées pour l'année 2005. Au 20 septembre 2005 la société a, dans les faits, complètement cessé d'exister. L'appel aux créanciers a été fait en juin 2005. Mon épouse a établi les comptes finaux de la société en septembre et les impôts ont été acquittés à cette même date. Tout a été réglé, il ne subsiste aucun créancier. Le registre du commerce doit toutefois garder la société inscrite durant une année dès le dernier appel aux créanciers, ce qui fait que la société ne pourra être radiée qu'en juin 2006. Pour réduire ce délai nous aurions pu mandater un comptable, mais cela nous aurait coûté environ fr. 20'000.-. Dans ce cas la société aurait pu être radiée à fin septembre 2005 déjà. Je demande des indemnités de chômage à partir du 20 septembre 2005. Si j'avais eu connaissance de l'incidence de la radiation sur mon droit au chômage j'aurais engagé un comptable. Je précise qu'en 2004 j'ai écrit à la caisse cantonale de chômage pour connaître quels étaient les critères du droit au chômage. Ils m'ont répondu qu'ils ne pouvaient rien me dire en l'état. En juin 2006 il n'y aura aucun actif à distribuer puisque les comptes ont été soldés en septembre 2005. J'ai cotisé aux assurances sociales jusqu'à fin août 2005. Nous vivons mon épouse et moi-même avec fr. 2'000.- par mois, soit fr. 1'000.- de retraite pour mon épouse et fr. 1'000.- pour moi-même de rente invalidité AI/LPP depuis 2001. Je précise que mon invalidité a été le motif de notre décision de liquider la société. Je me croyais couvert par les indemnités de chômage pour lesquelles j'ai cotisé durant 30 ans".

La caisse a déclaré que dès qu'il y avait des associés et une société encore existante il y avait une potentialité de relancer celle-ci.

11. Suite à cette audience, la caisse a requis un délai pour déposer des observations.

12. Le 7 avril 2006, la caisse a persisté dans sa décision en précisant qu'un droit pourrait en principe être ouvert pour le recourant dès la radiation de la société au RC.

13. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

## EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 8 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 LPGA qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI).

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

3. Interjeté en temps utile le recours est recevable (art. 60 LPGA).

4. Est litigieux en l'espèce, le droit du recourant à l'indemnité de chômage dès le 20 septembre 2005.

5. 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).

De jurisprudence constante, 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 (parmi d'autres : arrêt K. du 8 juin 2004, C 110/03, cité par la recourante); la radiation de l'inscription permet d'admettre sans équivoque que l'assuré a quitté la société (ATF du 29 novembre 2005, cause C 175/04). Dans cet arrêt, le TFA a considéré que l'intéressé n'avait ni quitté définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci, ni rompu tout lien avec la sàrl. Devenu liquidateur de celle-ci, il avait conservé des prérogatives analogues à celles dont il disposait précédemment. En particulier, il était chargé de la gestion et de la représentation de la société en liquidation, avec pouvoir d'accomplir tous les actes qui entraient dans le cadre du but de la liquidation, y compris, le cas échéant, de nouvelles opérations (cf. RUEDIN, Droit des sociétés, Berne 1999, p. 369). En d'autres termes, le statut de liquidateur de la sàrl avait eu pour effet de maintenir l'intéressé dans le 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 des 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).

d) Dans un arrêt M. du 4 septembre 1997 publié aux ATF 123 V 234, le Tribunal fédéral des assurances a explicité les motifs fondant l'application analogique de cette règle à l'octroi de l'indemnité de chômage. Il suffit d'y renvoyer. Ainsi, la jurisprudence étend l'exclusion du conjoint du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, au droit à l'indemnité de chômage (cf. arrêt M. du 26 juillet 1999, [C 123/99]; voir aussi Regina Jäggi, Eingeschränkter Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei arbeitgeberähnlicher Stellung durch analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG, RSAS 2004, p. 9 sv.). En effet, les

conjoints peuvent exercer une influence sur la perte de travail qu'ils subissent, ce qui rend leur chômage difficilement contrôlable. En outre, aussi longtemps que cette influence subsiste, il existe une possibilité de réengagement. Dans ce cas également, il s'agit de ne pas détourner la réglementation en matière d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, par le biais d'une disposition sur l'indemnité de chômage (DTA 2005 p. 130; ATFA du 29 août 2005, cause C 163/04).

6. En l'espèce, le recourant a cessé toute activité au sein de sa société au 30 juin 2005, date à laquelle s'est terminé son contrat avec le CHUV. A cette date, tous les créanciers ont été désintéressés et les charges sociales acquittées et le recourant a été inscrit au RC comme simple associé, sans signature. Au 20 septembre 2005, la société a, dans les faits, totalement cessé d'exister et sa radiation du RC a été requise. L'épouse du recourant n'était d'ailleurs plus que liquidatrice de la société au 20 septembre 2005. Il convient d'admettre, dans ces conditions que le recourant a effectivement rompu tout lien avec la société au 20 septembre 2005. Cela est d'autant plus vrai qu'il a expliqué que, au bénéfice d'une rente partielle d'invalidité, il avait pris la décision de liquider sa société pour ce motif. Le risque d'abus que représente le versement d'indemnités à un travailler jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur (DTA 2003 p. 242) n'est ainsi clairement pas réalisé dans le cas d'espèce, aucune potentialité de relance de la société par le recourant n'étant vraisemblable.

7. Au vu de ce qui précède, le recours sera admis et la décision de l'intimée annulée. Il sera dit que le recourant a droit à des indemnités de l'assurance-chômage dès le 20 septembre 2005, sous réserve de la réalisation des autres conditions légales.

**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 de l'intimée du 31 janvier 2006.

4. Dit que M. J_____ a droit à des indemnités de chômage dès le 20 septembre 2005 dans le sens des considérants.

5. Dit que la procédure est gratuite.

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).

| La greffière : | La Présidente : |
|---|---|
| Nancy BISIN | Valérie MONTANI |

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