RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/807/2004 **ATAS/686/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

3ème chambre

du 25 août 2005

En la cause

Monsieur F_____ recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Groupe réclamations, case postale 3507, 1211 Genève 3 intimé

Siégeant : Madame Karine STECK, Présidente,
Mesdames Valérie MONTANI et Doris WANGELER juges

EN FAIT

1. Monsieur F_____ travaillait en qualité de directeur d'exploitation auprès de la société X_____ SA. Après avoir perdu son emploi, il s'est annoncé auprès de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après OCE) et un premier délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur du 1er novembre 2000 au 31 octobre 2002.

2. Le 30 décembre 2000, l'intéressé a signé une convention de gérance libre relative au restaurant du Tennis club de Genève (ci-après Z_____). Par cette convention, conclue entre le Z_____, d'une part, et Messieurs F_____, I_____ et G_____ (ci-après les gérants), d'autre part, le Z_____ a concédé la gérance libre de son restaurant du Parc des Eaux-Vives. Cette convention a été conclue pour une durée indéterminée dès le 1er avril 2001 étant précisé que la saison prenait fin, chaque année, au plus tard le 31 octobre et que, sauf dénonciation reçue au plus tard le 30 septembre, la convention était renouvelée tacitement aux mêmes clauses et conditions pour la saison d'été suivante. La convention prévoyait en outre que les gérants ne pouvaient en aucun cas céder les droits et obligations en découlant, sous-louer ou faire occuper même à titre gratuit tout ou partie des locaux, dépendances ou installations concédées et affirmer ou laisser croire qu'ils agissaient en qualité de représentants du Z_____ (art. 6). Les gérants devaient être titulaires de l'autorisation délivrée par le département de Justice et Police et des transports d'exploiter des locaux faisant l'objet de la convention (art. 7) ; la durée d'exploitation du restaurant correspondait à l'ouverture du Z_____ et était fixée l'année précédente ; elle correspondait en général à la période du 1er avril au 31 octobre de chaque année, sans aucune interruption ni fermeture, le restaurant devant être ouvert chaque jour de 7 h 30 à 23 h (art. 8).

3. Le 15 février 2001, Messieurs F_____, I_____ et G_____ ont constitué une société à responsabilité limitée du nom de Y_____ Sàrl. Les statuts de la société ont été légalisés le 16 février 2001. Ils prévoient notamment qu'aucun associé gérant ne peut, dans la branche exploitée par la société et sans le consentement de tous les associés, faire des opérations pour son compte personnel ou pour le compte d'un tiers, ni s'intéresser à une autre entreprise à titre d'associé indéfiniment responsable ou de commanditaire, ni faire partie d'une société à responsabilité limitée (art. 5) ; l'aliénation et la cession sous toutes ses formes d'une part sociale ou d'une fraction de part ne peut avoir lieu qu'avec le consentement unanime des associés et ce consentement est également exigé pour tout engagement d'une part sociale ou d'une fraction de part (art. 7).

4. La société Y_____ Sàrl a été inscrite le 20 février 2001 au Registre du commerce avec comme but social la gérance d'un restaurant-bar et autres

établissement publics. Messieurs F_____, I_____ et G_____ ont été inscrits tous trois en qualité d'associés gérants pour une part de 7'000 fr. chacun, avec signature collective à deux.

5. Monsieur F_____ a été régulièrement indemnisé du 1er novembre 2000 au 12 avril 2001, date à laquelle il a cessé de se soumettre aux prescriptions de contrôle. Son dossier a été clôturé.

6. Du 7 avril au 31 octobre 2001, l'intéressé a travaillé comme directeur de salle pour Y_____ Sàrl.

7. Le 1er novembre 2001, l'assuré s'est à nouveau annoncé à l'OCE et a sollicité des indemnités de chômage en raison de la fermeture du restaurant du Z_____ pour la saison d'hiver jusqu'au 7 avril 2002.

8. D'un entretien entre un conseiller en personnel de l'OCE et l'intéressé, il ressort que ce dernier n'a plus eu d'activité depuis le 1er novembre 2001 mais qu'il est resté lié par un contrat pour la saison 2002, débutant en avril 2002. Il a expliqué qu'en attendant de reprendre son poste au restaurant du Z_____, il avait donné sa patente de cafetier en garantie et recherchait un emploi pour la période intermédiaire. L'assuré a été invité à produire un document de la société Y_____ Sàrl attestant qu'il était libre de tout engagement.

9. Figure au dossier une note datée du 31 octobre 2001 selon laquelle l'assuré n'a pu remettre l'attestation de libre engagement demandée, la société Y_____ Sàrl ayant impérativement besoin de la mise en garantie de la patente de cafetier-restaurateur de l'intéressé.

10. Selon une attestation établie le 31 octobre 2001 par la société Y_____ Sàrl – soit pour elle, Messieurs I_____ et G_____ - Monsieur F_____ a été engagé en qualité de directeur responsable au sein de la société exploitant le restaurant du Z_____ pour la période allant du 6 avril au 15 octobre 2002.

11. L'assuré a été entendu par l'Office régional de placement (ORP) le 16 novembre 2001. L'intéressé a affirmé que s'il entrait en contact avec un employeur consentant au principe de son engagement fixe en tant que salarié, il n'hésiterait pas à renoncer à son activité au sein de la société Y_____ Sàrl, excepté son engagement du 6 avril au 15 octobre 2002. Il a ajouté qu'il effectuait des recherches d'emploi en vue de combler l'intervalle jusqu'au début de son activité en avril 2002.

12. Par « avis d'instruction » du 18 décembre 2001, l'ORP a considéré que l'assuré était apte au placement, ce qui a fait l'objet d'une décision formelle avec indication des voies de droit le 25 mars 2002.

13. L'intéressé a été régulièrement indemnisé de novembre 2001 jusqu'au 5 avril 2002. Des formulaires de preuve de recherche de personnel d'emploi remis par l'assuré, il ressort qu'il a fait neuf offres en novembre 2001 en qualité de directeur et d'huissier auprès de banques, six offres en décembre 2001 en qualité d'huissier de banques et de responsable d'un bar discothèque, quatre offres en janvier 2002 en tant que responsable et huissier d'accueil, quatre offres en février 2002 en qualité de responsable et de directeur et quatre offres en mars 2002 en qualité de directeur et night manager.

14. Il a cessé de se soumettre aux prescriptions de contrôle le 6 avril 2002.

15. L'assuré s'est annoncé une troisième fois à l'OCE et a sollicité des indemnités de chômage dès le 1er novembre 2002. Il s'est soumis aux prescriptions de contrôle en octobre et décembre 2002 mais pas au mois de novembre 2002. Il a fait neuf recherches d'emploi en novembre 2002 en qualité de responsable gérant et directeur.

16. Son dossier a été clôturé le 11 février 2003, dès lors qu'il ne s'est plus présenté au contrôle à partir de janvier 2003.

17. Le 5 août 2003, l'ORP a rendu une décision de révocation : considérant que sa décision du 25 mars 2002 était erronée, il l'a annulée. Aucune réclamation n'a été formée contre cette décision de révocation.

18. Par décision du 29 septembre 2003, l'ORP a déclaré l'assuré inapte au placement. Il a en effet considéré que l'intéressé était lié par les obligations découlant de la convention du libre gérance qu'il avait conclue avec le Z_____ tant que celle-ci n'était pas dénoncée et qu'il ne pouvait de ce fait se mettre à disposition sur le marché du travail que durant une période déterminée allant de novembre à mars, soit durant cinq mois. Par ailleurs, l'ORP a considéré que l'intéressé avait choisi de s'engager pour une durée indéterminée en tant que gérant libre d'un établissement public saisonnier ouvert sept mois par an et qu'il ne pouvait dès lors prétendre à un revenu de douze mois par année en travaillant uniquement sept mois et en faisant supporter les cinq autres mois à l'assurance-chômage. En conclusion, il a estimé que l'assuré n'était pas en mesure d'accepter un emploi durable et d'offrir à un employeur la disponibilité que ce dernier pouvait normalement attendre d'un employé de sorte qu'il devait être considéré comme inapte au placement à compter du 12 avril 2001.

19. L'intéressé a formé réclamation contre cette décision le 28 octobre 2003. Il a indiqué avoir retrouvé un emploi dès le 1er février 2003 auprès de la société XX_____ SA et produit à l'appui de ses dires un extrait de son contrat de travail, conclu le 6 janvier 2003. Il a relevé avoir toujours tenu l'OCE et l'ORP informés de ses activités, de sa situation et de chaque changement intervenu dans

celle-ci et avoir répondu à toutes les questions qui lui avaient été posées lors de l'instruction. Il a estimé qu'il était victime d'une erreur d'évaluation.

20. Par décision sur opposition du 9 mars 2004, le Groupe réclamations a confirmé la décision d'inaptitude au placement. Il a relevé que les offres faites par l'assuré pour des postes de directeur responsable gérant ou d'adjoint gérant avaient été principalement adressées à des établissements d'hôtellerie et de restauration. Or, selon le service des agences économiques spécialisé dans ce domaine, aucun employeur, sauf cas exceptionnel, ne serait enclin à engager une personne ne briguant un poste à responsabilité que pour une durée déterminée, surtout lorsque celle-ci se limite à quatre ou cinq mois. Il en allait de même concernant les postes d'huissier d'accueil. Dans ce domaine également, les engagements de durée limitée étaient rares, surtout si l'employeur potentiel était une banque et souhaitait des garanties à long terme sur la personne engagée. Il a été relevé à cet égard que c'était la raison pour laquelle la société XY_____ avait renoncé à engager l'assuré. Le Groupe réclamations a considéré que l'affirmation de l'assuré selon laquelle il était disposé à renoncer à son statut au sein de la société Y_____ Sàrl s'il trouvait un employeur consentant au principe de son engagement fixe en tant que salarié n'était pas suffisante puisqu'il demeurait soumis à la convention de gérance. Celle-ci, faute d'avoir été résiliée avant le 30 septembre 2001, avait été reconduite tacitement pour la période du 1er avril au 30 octobre 2002, de sorte que l'intéressé était resté lié à tout le moins jusqu'à cette date. Le Groupe réclamation a estimé que la position de l'intéressé au sein de la société et de la convention de gérance libre ne favorisait pas son engagement, dès lors qu'il n'était pas libre de faire ce qu'il voulait. Il en a tiré la conclusion que l'assuré n'était pas en mesure d'offrir une disponibilité suffisante à un employeur et qu'il devait dès lors être déclaré inapte au placement dès le 12 avril 2001. Par ailleurs, il a été souligné que la bonne foi dont se prévalait l'assuré ne pourrait éventuellement jouer un rôle que dans le cadre ultérieur d'une demande de remise de l'obligation de rembourser les prestations versées.

21. Par courrier du 23 avril 2004, l'assuré a interjeté recours contre cette décision. Il se réfère à la décision prise par l'ORP en date du 25 mars 2002, qui admettait son aptitude au placement. Il conteste qu'un engagement temporaire soit difficile ou improbable dans son cas. Il allègue n'avoir pas cessé de rechercher du travail pour les mois et les semaines qui le séparaient encore du moment où il recommencerait à travailler pour le Z_____ et avoir été tout à fait disponible pour un emploi de novembre 2001 à la fin du mois de mars 2002. Il allègue par ailleurs ne pas avoir systématiquement restreint ses recherches à des rapports de travail saisonniers mais les avoir au contraire réparties entre postes de remplacement et postes à responsabilité. Ses associés accepteraient en effet sa défection si une possibilité intéressante s'offrait à lui.

22. Invitée à se prononcer, l'autorité intimée, dans sa réponse du 7 mai 2004, a conclu au rejet du recours. Elle se réfère aux renseignements obtenus auprès du service des agences économiques spécialisé dans les domaines de l'hôtellerie et de la restauration selon lesquels le recourant n'avait pratiquement aucune chance d'être engagé en tant que cadre dans ce secteur d'activité. Ce même service a également assuré qu'au vu des informations obtenues, des engagements de durée limitée pour des postes d'huissier d'accueil auprès des banques étaient rares. Dès lors, le nombre d'employeurs potentiels susceptibles d'engager le recourant a été considéré comme trop restreint. A l'appui de sa position, l'OCE a également produit un arrêt du 24 février 2004 du Tribunal fédéral des assurance concernant précisément l'un des associés de la société Y_____ Sàrl, qui a été déclaré inapte au placement pour les mêmes motifs.

23. En date du 9 juillet 2004, une décision de restitution a été émise à l'encontre de Monsieur F_____ lui réclamant les indemnités chômage reçues du 1er avril 2001 au 5 avril 2002, à savoir 30'561 fr. 25.

24. Dans sa réplique du 25 février 2005, le recourant a tenu à préciser une nouvelle fois que si le Tribunal devait le reconnaître coupable d'une faute, celle-ci ne pourrait être qualifiée de grave. Il a par ailleurs allégué avoir passé un examen IRM de la colonne lombaire le 21 mai 2004 à la clinique XZ_____, lequel a permis de diagnostiquer une discopathie L5-S1. Il joint à l'appui de ses dires copie d'un certificat du Dr A_____ daté du 21 mai 2004 diagnostiquant une protusion discale globale prédominant à droite et entraînant une réduction de calibre plus marquée du canal radiculaire à droite qu'à gauche avec début de compression L5 droite ainsi qu'une discopathie L4-L5 faiblement protusive sans compression radiculaire associée.

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 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'art. 56 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 ainsi établie.

3. Interjeté en temps utile, le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA).

4. Le litige porte sur l'aptitude au placement du recourant à partir du 12 avril 2001.

5. Aux termes de l'art. 8 al. 1 let. f LACI, les assurés ont droit aux indemnités de chômage s'ils sont aptes au placement. Est réputé apte à être placé le chômeur disposé à accepter un travail convenable et à participer à des mesures d'intégration et en droit de le faire (art. 15 al. 1 LACI). L'aptitude au placement comprend ainsi deux éléments : la capacité de travail d'une part, c'est-à-dire la faculté de fournir un travail – plus précisément d'exercer une activité lucrative salariée – sans que l'assuré en soit empêché pour des causes inhérentes à sa personne, et, d'autre part, la disposition à accepter un travail convenable au sens de l'art. 16 LACI ce qui implique non seulement la volonté de prendre un tel travail s'il se présente mais aussi une disponibilité suffisante quant au temps que l'assuré peut consacrer à un emploi et quant au nombre des employeurs potentiels (ATF 125 V 58 consid. 6a, 123 V 216 consid. 3 et les réf. citées). Un chômeur doit être considéré comme inapte au placement lorsqu'une trop grande limitation dans le choix des postes de travail rend très incertaine la possibilité de trouver un emploi. Peu importe à cet égard le motif pour lequel le choix des emplois potentiels est limité (ATF 123 V 216 consid. 3, 120 V 388 consid. 3a et les réf. citées).

6. Selon la jurisprudence, un assuré qui prend des engagement à partir d'une date déterminées et de ce fait n'est disponible sur le marché de l'emploi que pour une courte période, n'est en principe pas apte au placement (ATF 126 V 522 consid. 3a et les réf. citées). La question de l'aptitude au placement ne doit toutefois pas s'apprécier seulement en fonction du temps à disposition que l'assuré présente, mais encore au regard des perspectives concrètes d'engagement sur le marché du travail qui entrent en considération, compte tenu également de la conjoncture et de l'ensemble des circonstances particulières du cas (DTA 1988 n° 2 p. 23 consid. 2a, 1980 n° 40 p. 97). En outre, plus la demande sur le marché de l'emploi à prendre en considération est forte, plus les exigences relatives à la disponibilité dans le temps pour l'exercice d'une activité donnée sont généralement réduites (DTA 1991 n° 3 p. 24 consid. 3a). Ce qu'il faut examiner c'est, en définitive, s'il existe de réelles perspectives pour une telle activité sur le marché du travail (ATF 115 V 433 consid. 2c/bb).

7. Par ailleurs, l'autorité intimée a produit un arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 101/03 du 24 février 2004 concernant l'un des deux autres gérants du restaurant du Parc des Eaux-vives. Dans des circonstances analogues à celles du cas d'espèce, la Haute Cour a relevé que selon les preuves de recherches

personnelles effectuées par l'assuré en vue de trouver un emploi qui avait porté sur des postes à responsabilité dans la restauration et l'hôtellerie et qui étaient demeurées vaines, constituaient là des indices qu'il n'avait guère de chance qu'il en aille autrement par la suite et qu'en continuant ses recherches comme il l'avait fait, il avait par trop limité le choix des postes de travail en rendant ainsi très incertaine la possibilité de trouver un emploi. Le Tribunal fédéral des assurances en a tiré la conclusion que la disponibilité présentée par l'assuré pour une période de cinq mois n'était pas suffisante quant au temps qu'il pouvait consacrer à un emploi à responsabilité dans la restauration ou l'hôtellerie.

8. En l'espèce, le cas est semblable puisque, tout comme son collègue, le recourant a limité ses recherches d'emploi à des postes à responsabilité dans le domaine de l'hôtellerie et de la restauration et à des postes d'huissier, qui présentent les mêmes caractéristiques quant à la disponibilité des places. Dès lors, il n'y a pas de raison de s'écarter de la solution à laquelle s'est rangé le Tribunal fédéral des assurances et le recours est 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 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 :
Janine BOFFI	Karine STECK

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