RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1684/2021 **ATAS/415/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 9 mai 2022

1ère Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à GRENGIOLS, représenté par CARITAS GENÈVE — recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHÔMAGE, sise rue de Montbrillant 40, GENÈVE — intimée

Siégeant : Fabienne MICHON RIEBEN, Présidente; Michael RUDERMANN et Jean-Pierre WAVRE, Juges assesseurs

EN FAIT

A. **a.** Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré ou le recourant) s'est inscrit le 16 juillet 2020 à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE), qui a réceptionné le document le 21 juillet 2020, pour un placement dès le 15 du mois et a demandé les indemnités à la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse ou l'intimée) dès le même jour. Son dernier employeur était B_____ SÀRL (ci-après : la société) pour lequel il a travaillé du 7 avril 2017 au 10 juillet 2020. Il avait été licencié avec effet immédiat le 10 juillet 2020 et avait fait valoir auprès de son employeur des prétentions de salaire de 90 jours en relation avec le délai de congé non respecté. Selon l'extrait du registre du commerce (ci-après : RC) du 3 août 2020, l'assuré a été associé-gérant de cette société avec signature individuelle jusqu'au 13 avril 2017 et depuis lors, il en a été associé sans signature, jusqu'au 12 janvier 2021.

b. Par décision du 19 février 2021, la caisse a informé l'assuré que sa demande d'indemnités était reportée au 13 janvier 2021, au motif qu'il était, à la date de son inscription le 15 juillet 2020, associé au sein de la société B_____ SÀRL, ce qui rendait sa perte de travail « incontrôlable et ne pouvait être déterminée », et ce jusqu'au 12 janvier 2021, date de sa radiation auprès du RC.

B. **a.** L'assuré a formé opposition le 18 mars 2021 à la décision précitée concluant à son annulation et faisant valoir qu'il n'était qu'un associé sans signature, possédait seulement 20 % des parts de la société et avait, peu de temps après son licenciement, demandé à son employeur de quitter l'entreprise comme associé, mais n'avait pas obtenu de réponse avant plusieurs mois, une assemblée générale ayant été retardée et ses actions finalement liquidées en janvier 2021. Il n'avait plus eu accès aux courriels de l'entreprise depuis le 8 juillet 2020, avait remis sa carte SIM de téléphone et son employeur avait changé tous les codes d'accès au site web et aux serveurs de l'entreprise.

b. Par décision sur opposition du 12 avril 2021, la caisse a constaté qu'à la suite de son inscription au chômage le 16 juillet 2020, l'assuré avait conservé le rôle d'associé jusqu'au 12 janvier 2021, ce qui l'excluait du droit aux indemnités de chômage durant cette période.

C. **a.** L'assuré a formé recours contre la décision sur opposition précitée le 11 mai 2021 auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : CJCAS), faisant valoir que dès le 8 juillet 2020, il n'avait plus eu qualité d'organe dirigeant, ni plus aucun pouvoir décisionnel au sein de la société et estimait avoir droit aux prestations de chômage dès le 15 juillet 2020. Il se proposait de développer son argumentation après avoir pris conseil auprès d'un avocat ou d'un juriste.

Dans le délai accordé au 15 juin 2021, il a complété son recours en exposant qu'il ne suffisait pas de se fonder sur sa participation au capital social de l'entreprise

pour considérer qu'il se trouvait dans une position assimilable à un employeur mais qu'il convenait d'analyser s'il avait concrètement continué à fixer les décisions ou à influencer celles-ci de manière déterminante après son licenciement. En l'occurrence, il était devenu associé minoritaire depuis le 20 décembre 2018, avec 20 % de participation au capital social, alors que les décisions devaient être prises à la majorité absolue selon les statuts et avait toujours été traité comme un employé depuis lors par les deux autres associés, liés par des relations familiales, qui l'avaient totalement exclu du processus décisionnel dès la reprise de la société, lui-même n'ayant plus ni signature, ni procuration. Enfin, son licenciement avec effet immédiat et ses suites démontraient son absence de pouvoirs dès juillet 2020.

b. Le 6 juillet 2021, l'intimée a considéré que le recourant n'apportait aucun élément nouveau lui permettant de revoir sa position, la part détenue au sein de l'entité n'important pas et aucune vérification supplémentaire des pouvoirs ne devant être effectuée, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 8C_776/2011 du 14 novembre 2012) et au Bulletin LACI IC/B 17.

c. Dans sa réplique du 20 septembre 2021, le recourant a fait valoir qu'il n'avait plus eu aucun pouvoir décisionnel depuis la cession de ses parts en décembre 2018, était minoritaire et avait fait ensuite l'objet d'un licenciement avec effet immédiat, tout lien ayant été rompu avec ses co-associés ce jour-là. Il n'avait conservé aucun intérêt économique dans la société après son licenciement et avait rapidement cherché à vendre le reste de ses parts sociales et demandé la tenue d'une assemblée générale après que l'une des co-associés a fait valoir son droit d'emption. La jurisprudence du Tribunal fédéral visée par la caisse ne visait pas sa situation, qui ne représentait aucun risque d'abus de droit, ce d'autant qu'il n'avait eu aucun moyen de se défaire autrement de ses parts et de demander sa radiation du RC.

Il a également produit le 27 septembre 2021 plusieurs pièces, dont les statuts de la société, le courrier de la co-associée du 20 août 2020 faisant valoir son droit d'emption et un échange de courriels entre associés du 24 septembre 2020, en lien avec « les conditions de [sa] sortie de l'entreprise ».

d. Le 14 octobre 2021, l'intimée a confirmé sa position sur opposition et conclu au rejet du recours.

e. La chambre de céans a transmis cette écriture au recourant le 21 octobre 2021.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire

et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982 (loi sur l'assurance-chômage, LACI - RS 837.0).

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

2. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le présent recours est recevable (art. 56 à 60 LPGA).

3. Le litige porte sur le droit du recourant à l'indemnité de chômage dès le 16 juillet 2020.

4. Selon l'art. 31 al. 3 let. c LACI, n'ont pas droit à l'indemnité de chômage 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 de détenteur d'une participation financière à l'entreprise ; il en va de même des conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise.

L'art. 31 al. 3 let. c LACI vise à éviter les abus sous forme d'établissement par l'assuré lui-même des attestations nécessaires pour l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, d'attestations de complaisance, d'influence sur la décision de réduire l'horaire de travail alors qu'il est impossible de contrôler la perte de travail (ATF 122 V 270 consid. 3).

D'après la jurisprudence, un travailleur qui jouit d'une situation professionnelle comparable à celle d'un employeur n'a pas le droit à l'indemnité de chômage lorsque, bien que licencié formellement par une entreprise, il continue de fixer 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'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, en particulier l'art. 31 al. 3 let. c LACI. La situation est en revanche différente quand le salarié, se trouvant dans une position assimilable à celle de l'employeur, quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci. Il en va de même lorsque l'entreprise continue d'exister mais que le salarié, par suite de la résiliation de son contrat, rompt définitivement tout lien avec la société. Dans un cas comme dans l'autre, l'intéressé peut en principe prétendre à des indemnités de chômage (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb p. 238 ; voir aussi DTA 2004 p. 259 ; C 65/04, consid. 2 ; SVR 2001 ALV n. 14 p. 41 ss ; C 279/00, consid. 2a ; DTA 2000 n. 14 p. 70 ; C 208/99, consid. 2).

Lorsqu'il s'agit de déterminer quelle est la possibilité effective d'un dirigeant d'influencer le processus de décision de l'entreprise, il convient de prendre en compte les rapports internes existant dans l'entreprise. On établira l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes (DTA 1996/1997 n. 41 p. 227 ss, consid. 1b et 2 ; SVR 1997 ALV n. 101 p. 311 consid. 5c). La seule exception à ce principe concerne les membres des conseils d'administration, car ils disposent ex lege (art. 716 à 716b CO) d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI (DTA 1996/1997 n. 41 p. 226 consid. 1b et les

références). Pour les membres du conseil d'administration, le droit aux prestations peut dès lors être exclu sans qu'il soit nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'ils exercent au sein de la société (ATF 122 V 270 consid. 3 p. 273 ; DTA 2004 n. 21 p. 196 consid. 3.2 ; C 113/03). Il en va de même, des associés, respectivement des associés-gérants, lorsqu'il en a été désigné d'une Sàrl, lesquels occupent collectivement une position comparable à celle du conseil d'administration d'une société anonyme (arrêts du Tribunal fédéral 8C_140/2010 du 12 octobre 2010, consid. 4.2 et arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 37/02 du 22 novembre 2002, consid. 4).

Dans l'arrêt C 37/02 du 22 novembre 2002 précité, le Tribunal fédéral des assurances a considéré que conformément à l'art. 811 al. 1 du Code des obligations (CO – RS 220), s'il n'en était pas disposé autrement, les associés dans une Sàrl avaient non seulement le droit mais l'obligation de participer à la gestion de la société. En édictant cette disposition, le législateur était parti du principe que les personnes qui détiennent la société devaient également en assumer la direction. À ce titre, les associés, respectivement les associés-gérants, lorsqu'il en avait été désigné, occupaient collectivement une position comparable à celle du conseil d'administration d'une société anonyme. Dans le cas d'espèce, en sa qualité d'associée-gérante, la recourante disposait ainsi ex lege du pouvoir de fixer les décisions que cette société était amenée à prendre comme employeur ou, à tout le moins, de les influencer considérablement au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI. Rien n'avait changé au moment où elle était devenue simple associée, car il n'était pas établi que ses pouvoirs de représentation ou de gestion auraient été modifiés à cette occasion. Vis-à-vis des tiers et de l'assurance-chômage, la recourante apparaissait ainsi toujours comme une dirigeante de la Sàrl, habilitée à la représenter et elle avait toujours le pouvoir de signature individuelle. Cette circonstance permettait, à elle seule, d'exclure le droit aux indemnités de chômage pour la recourante, à moins qu'elle n'ait définitivement quitté l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci et rompu tout lien avec la Sàrl.

Dans l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_776/2011 du 14 novembre 2012, le recourant reprochait à la juridiction cantonale une appréciation arbitraire des preuves, en tant qu'elle s'était contentée de retenir qu'il disposait ex lege d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI, du fait qu'il était toujours inscrit au RC en qualité d'associé de la Sàrl et faisait valoir qu'elle aurait dû tenir compte des circonstances concrètes, à savoir le fait qu'il ne participait plus aux assemblées générales et ne s'occupait plus des affaires de la société, ce qui aurait permis d'inférer qu'il ne disposait plus d'influence sur le processus de décision. Au surplus, sa part sociale était de faible valeur et ne lui permettait que d'avoir une garantie quant à la perception du loyer mensuel des locaux dont il était le propriétaire. Le Tribunal fédéral a considéré que le recours ne contenait pas de démonstration du caractère arbitraire de l'état de fait du jugement attaqué et que le recourant n'avait pas exposé en quoi l'appréciation des preuves par les premiers

juges était manifestement insoutenable. Au demeurant, on ne voyait guère que les allégations de l'intéressé soient de nature à remettre en cause le jugement attaqué. Tant que sa qualité d'associé n'avait pas pris fin, le droit de l'intéressé aux prestations pouvait être exclu sans qu'il soit nécessaire de déterminer plus concrètement les liens qu'il maintenait avec la société.

Dans son arrêt 8C_729/2014 du 18 novembre 2014, le Tribunal fédéral a retenu – s'agissant de savoir si un associé d'une Sàrl détenant une participation de 50 % avait une position similaire à celle d'un employeur de par la loi même après la fin des rapports de travail – qu'une influence réelle ou intentionnelle sur le destin de l'entreprise n'était pas pertinente, car l'ATF 123 V 234 ne voulait pas seulement contrer l'abus avéré en soi, mais aussi prévenir le risque abstrait d'abus de droit, inhérent au versement d'indemnités journalières de chômage à des personnes assimilables à des employeurs. Il n'y avait pas lieu d'examiner quels étaient les pouvoirs de décision dont disposait l'associé concrètement, car dans le cas des Sàrl notamment, la possibilité d'influence décisive et donc la fonction d'employeur de chaque associé était donnée par la loi. Dans ces cas, la clarification des pouvoirs de décision concrets pouvait donc être omise sur la base de la structure opérationnelle interne. Dans le cas d'espèce, même après la fin du contrat de travail, l'intéressé avait continué à être inscrit au RC en tant qu'associé avec un pouvoir de signature unique. La question de savoir s'il s'agissait d'une simple autorisation « pro forma » n'avait pas à être examinée plus avant, car cet aspect était sans influence sur le droit aux allocations de chômage.

Ces jurisprudences ont encore été confirmées plus récemment par le Tribunal fédéral, dans son ATF 145 V 200, consid. 4.1-4.5, selon lequel l'influence considérable d'un associé ou d'une associée d'une Sàrl selon le droit suisse (avec ou sans fonction dirigeante) résulte déjà de l'organisation de la société en soi.

Selon la lettre B17 du Bulletin LACI IC, les membres du conseil d'administration d'une société anonyme (art. 716 ss CO) et les associés d'une société à responsabilité limitée (art. 804 ss CO) disposent, de par la loi, d'une influence prépondérante. La caisse leur niera le droit à l'indemnité sans autre forme de vérification.

Selon Boris RUBIN, les associés d'une Sàrl qui n'occupent pas la fonction de gérant ne sont pas d'emblée exclus du droit et un examen de leur pouvoir effectif d'influencer les décisions de l'entreprise est nécessaire (Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 25 ss ad art. 10). Il se réfère à ce sujet à un arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 267/05 du 19 décembre 2006 consid. 4. Cet arrêt reprend la jurisprudence précitée (arrêt C 37/02) au consid. 4.1 et retient que même si d'un point de vue formel, l'assuré ne faisait pas partie de l'organe de gestion de la Sàrl, dès lors que cette fonction avait expressément été attribuée à son frère (art. 811 al. 2 CO), il était, en tant que simple associé, vraisemblablement en mesure d'influencer le processus de décision au sein de la Sàrl. D'une part, les rapports internes étaient manifestement étroits, la société

n'étant composée que de deux associés, soit le recourant et son propre frère et, d'autre part, l'intéressé assumait la fonction de directeur et de gérant du seul établissement public exploité par l'entreprise et s'occupait des tâches administratives relatives notamment à la gestion du personnel comme le démontrait l'attestation de l'employeur qu'il avait remplie, signée et remise à la caisse de chômage en y indiquant son numéro de téléphone portable. Il jouissait ainsi d'une position comparable à celle d'un employeur. Cela étant, le droit à l'indemnité de chômage ne pouvait en principe pas être nié lorsque le salarié, qui était placé dans une position assimilable à celle de l'employeur, quittait définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci ou rompait définitivement tout lien avec une entreprise qui continuait d'exister car en pareille circonstance, on ne pouvait parler d'un comportement visant à éluder la loi. Dans le cas d'une société radiée d'office du RC, il n'existait plus de risque d'abus, si bien que le droit à l'indemnité de chômage ne pouvait plus être nié à un assuré pour le motif qu'il avait joui d'une position analogue à celle d'un employeur (arrêt du Tribunal fédéral C 267/04 du 3 avril 2006).

5. En l'espèce, le recourant a fait valoir en substance qu'en tant que simple associé, détenteur de 20 % des parts, et ayant été licencié avec effet immédiat, sa situation concrète devait être examinée pour déterminer s'il occupait réellement dans la société une position assimilable à celle de l'employeur, ce qu'il contestait.

L'intimée a estimé, pour sa part, que l'inscription formelle d'associé de la Sàrl au RC suffisait à considérer que le recourant avait une telle position.

Force est de constater que les arrêts rendus par le Tribunal fédéral en la matière indiquent tous que les associés, gérants ou non, d'une Sàrl ont ex lege une position assimilable à un employeur. Dans certains arrêts, le Tribunal fédéral a néanmoins examiné la situation concrète des associés non gérants, ce qui peut laisser penser qu'il considérait que ceux-ci n'étaient en fait pas d'emblée exclus du droit, comme le soutient Boris RUBIN (arrêts du Tribunal fédéral C 267/05 et C 37/02 précités). Cela étant, aucun arrêt ne le dit expressément et des arrêts plus récents indiquent, dans le sens contraire, qu'il n'y a pas lieu d'examiner les circonstances concrètes (arrêts du Tribunal fédéral 8C_776/2011 et 8C_729/2014 précités). Dans ces circonstances, il faut s'en tenir à la jurisprudence constante du Tribunal fédéral et considérer que la fonction d'associé d'une Sàrl exclut d'emblée le droit aux prestations du chômage, sans examen de la situation concrète de l'associé.

Il résulte de ce qui précède que le recourant n'avait pas droit aux prestations de l'assurance-chômage, dès lors qu'il était resté associé de la société jusqu'au 12 janvier 2021, et que la décision querellée était justifiée.

6. Infondé, le recours sera rejeté.

7. Pour le surplus, en l'absence de loi spéciale prévoyant des frais judiciaires, la procédure est gratuite (art. 61 let. fbis LPGA en lien avec l'art. 1 al. 1 LACI).

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À 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 auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110) ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière	La présidente
Marie NIERMARÉCHAL	Fabienne MICHON RIEBEN

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