

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2569/2016

ATAS/1065/2016

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 8 décembre 2016

3^{ème} Chambre

En la cause

Madame A_____, domiciliée à GENEVE

recourante

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, sise rue
de Montbrillant 40, GENEVE

intimée

**Siégeant : Karine STECK, Présidente; Michael BIOT et Claudiane CORTHAY, Juges
assesseurs**

EN FAIT

1. Madame A_____ (ci-après: l'assurée), née en 1957, épouse de Monsieur A_____, a travaillé à plein temps en qualité d'esthéticienne auprès de la société B_____ Sàrl (ci-après: la société), de 2001 au 31 mars 2016.
2. Selon les données informatisées du Registre du commerce du canton de Genève (ci-après : le RC), la société, inscrite depuis le 16 octobre 2001, a pour but social l'exploitation d'un salon de manucure, pédicure et ongles. L'assurée en est associée-gérante avec signature individuelle et dispose d'une part sociale de CHF 19'000.-. Son époux est quant à lui inscrit comme associé sans signature, avec une part sociale de CHF 1'000.- (informations figurant toujours sur l'extrait du RC en date du 24 novembre 2016).
3. Le 29 mars 2016, l'assurée s'est annoncée à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) et a sollicité le versement d'indemnités de chômage auprès de la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse) à compter de cette même date.
4. Sur la demande d'indemnité signée le 4 avril 2016, l'assurée a déclaré avoir été licenciée en raison d'une diminution du nombre de clients et d'un risque de faillite imminent. Elle a par ailleurs répondu par l'affirmative à la question de savoir si elle-même ou son conjoint étaient membres d'un organe supérieur de décision de l'entreprise ou y avaient une participation financière.
5. L'attestation de l'employeur du 6 avril 2016 a corroboré les déclarations précitées. Selon ladite attestation, la résiliation est intervenue le 15 mars 2016, avec effet au 31 mars 2016. Elle précise que le salaire de l'assurée s'élevait à 1'750.- CHF/mois.
6. Le 11 avril 2016, la société a été dissoute et mise en liquidation par décision de son assemblée générale (cf. extrait du RC).
7. Par décision du 6 mai 2016, la caisse a nié à l'assurée le droit aux indemnités de chômage, au motif qu'elle réunissait la double qualité d'employeur et d'employé. Il existait dès lors un risque qu'elle consacre une partie de son temps à la sauvegarde de la société. La caisse a souligné que seule la cessation définitive des activités de la société, une rupture des liens de l'assurée avec celle-ci ou l'accomplissement d'une activité salariée de six mois au minimum auprès d'une tierce entreprise pourraient lui permettre de bénéficier d'une indemnité de chômage.
8. Par courrier du 25 mai 2016, l'assurée s'est opposée à cette décision en arguant que les activités professionnelles de la société avaient cessé fin mars 2016. Elle a expliqué qu'elle ne cherchait aucunement à sauvegarder la société, celle-ci étant en chute libre. L'ordre de radiation avait d'ailleurs été donné au RC. Elle considérait

avoir ainsi rompu tout lien avec la société et pouvoir en conséquence prétendre l'indemnité de chômage.

9. Par décision du 25 juillet 2016, la caisse a confirmé celle du 6 mai 2016.

Après vérification auprès du RC, la caisse a constaté que tant l'assurée que son époux continuaient d'apparaître comme associée-gérant, respectivement associé, titulaires de parts sociales dans la société et ce, malgré la dissolution et la liquidation en cours. Ils conservaient donc les pouvoirs légaux et statutaires leur permettant potentiellement de réactiver l'entreprise tant que celle-ci n'était pas radiée, ce qui représentait un risque d'abus. Aussi longtemps que durerait cet état de fait, l'assurée et son époux continueraient à occuper une position assimilable à celle d'un employeur.

10. Par pli recommandé du 28 juillet 2016, l'assurée a interjeté recours contre cette décision auprès de la Cour de céans.

La recourante fait valoir que les faits retenus par l'intimée ne correspondent pas à la réalité économique de la société.

La recourante allègue qu'on ne saurait lui reprocher le fait que la société n'est toujours pas radiée. Elle explique avoir entrepris toutes les démarches en ce sens et avoir insisté auprès du RC pour que cela se fasse.

Elle soutient en outre qu'elle n'a pas l'intention de continuer les activités de la société, dès lors qu'elle a expressément donné l'ordre au RC de procéder à sa radiation. Elle rappelle que la société est dissoute et liquidée.

La recourante précise que son époux n'a aucun intérêt à être impliqué dans la société ; son inscription au RC a été requise sur recommandation du notaire lors de l'inscription de la société, en 2001.

Par ailleurs, la recourante rappelle qu'elle a cotisé à l'assurance-chômage durant quinze ans.

Enfin, elle remarque qu'elle s'est toujours conformée minutieusement aux instructions données par le notaire chargé de la liquidation de la société, le RC et l'OCE.

11. Invitée à se déterminer, l'intimée, dans sa réponse du 25 août 2016, a conclu au rejet du recours.

Elle rappelle que, selon la jurisprudence, les gérants et les associés-gérants d'une société à responsabilité limitée se voient nier le droit à l'indemnité de chômage sans autre forme de vérification au motif qu'ils exercent une influence prépondérante sur la société. En conséquence, tant que la recourante et son conjoint restent inscrits comme tels au RC, la recourante devra être considérée comme une personne exerçant une position dominante au sein de la société et le droit aux indemnités de chômage lui sera refusé.

Une fois cette position dominante abandonnée, la recourante devra remplir les autres conditions relatives au droit à l'indemnité de chômage, notamment celles relative à la période de cotisation minimum de douze mois.

Enfin, l'intimée relève que le délai de congé de trois mois applicable au contrat de travail de l'assurée n'a pas été respecté. Ce contrat aurait dû prendre fin le 30 juin 2016 seulement, la résiliation ayant été notifiée le 15 mars 2016. Dans l'hypothèse où un droit aux indemnités de chômage serait finalement reconnu à l'assurée, celle-ci pourrait se voir infliger une sanction de ce fait.

12. Invitée à se déterminer, la recourante, par pli du 31 août 2016, a persisté dans les explications avancées jusqu'alors.

La recourante se prévaut en particulier du fait que l'OCE, par décision sur opposition du 21 juin 2016, est revenu sur une décision qu'il avait rendu en date du 7 avril 2016, qui prononçait la suspension de son droit à l'indemnité pour une durée de neuf jours faute de recherches personnelles d'emploi suffisantes durant la période précédant son inscription.

13. Entendue en comparution personnelle le 13 octobre 2016, la recourante a réaffirmé avoir requis la radiation de la société auprès du RC et s'est engagée à produire ladite réquisition. Pour le reste, elle a rappelé une fois de plus que les activités économiques de la société avaient cessé le 1^{er} avril 2016.

14. Par pli du 20 octobre 2016, la recourante a produit une réquisition, non datée, de radiation de la société auprès du RC. Elle a également joint les appels aux créanciers publiés dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) les 29 avril, 30 mai et 29 juin 2016.

15. Invitée à se déterminer, l'intimée, par pli du 31 octobre 2016, a fait remarquer que la réquisition de radiation produite par la recourante n'était ni datée, ni signée.

L'intimée a ajouté qu'on ignore par ailleurs si les conditions de radiation de la société sont bien réunies, d'autant qu'aucune attestation de l'administration fiscale autorisant le RC à procéder à la radiation de la société n'a été versée au dossier.

En conclusion, l'intimée a campé sur sa position.

16. Interrogé par la Chambre de céans, le RC a répondu, par courrier du 8 novembre 2016, qu'à ce jour, la radiation de la société n'avait pas été requise.

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

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) en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011, 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 la forme et le délai prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56 à 60 LPGA).
3. Le litige porte sur le droit éventuel de la recourante à une indemnité de chômage à compter du 1^{er} avril 2016.
4. Aux termes de l'art. 8 al. 1^{er} LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a), s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (let. b), s'il est domicilié en Suisse (let. c), s'il a achevé sa scolarité obligatoire, qu'il n'a pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touche pas de rente de vieillesse de l'AVS (let. d), s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (let. e), s'il est apte au placement (let. f) et s'il satisfait aux exigences du contrôle (let. g). Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 218 consid. 2).
5. a. 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 (ATF non publié C 163/04 du 29 août 2005). 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. En effet, l'analogie avec la réduction de l'horaire de travail réside dans le fait qu'une personne licenciée qui occupe une position décisionnelle peut, à tout moment, contribuer à décider de son propre réengagement, si bien que sa perte de travail ressemble potentiellement à une réduction de l'horaire de travail avec cessation momentanée d'activité (voir ATF non publié C 152/06 du 25 janvier 2007 consid. 2).
- b. Ainsi, un travailleur qui jouit d'une situation professionnelle comparable à celle d'un employeur n'a pas 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'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, en particulier l'art. 31 al. 3 let. c LACI (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb). Que le travailleur en question ait le statut de salarié selon la législation sur l'AVS et puisse justifier une période de cotisations suffisante n'y change rien; il ne sera pas

considéré comme étant au chômage ni apte au placement (ATAS/394/2015 du 28 mai 2015 consid. 6).

Le fait de subordonner, pour un travailleur jouissant d'une position analogue à celle d'un employeur, le versement des indemnités de chômage à la rupture de tout lien avec la société qui l'employait peut certes paraître rigoureux selon les circonstances du cas d'espèce. Il ne faut néanmoins pas perdre de vue les motifs qui ont présidé à cette exigence. Il s'est agi avant tout de permettre le contrôle de la perte de travail du demandeur d'emploi, qui est une des conditions mises au droit à l'indemnité de chômage. Or, si un tel contrôle est facilement exécutable s'agissant d'un employé qui perd son travail ne serait-ce que partiellement, il n'en va pas de même des personnes occupant une fonction dirigeante qui, bien que formellement licenciées, poursuivent une activité pour le compte de la société dans laquelle elles travaillaient. De par leur position particulière, ces personnes peuvent en effet exercer une influence sur la perte de travail qu'elles subissent, ce qui rend justement leur chômage difficilement contrôlable (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 65/04 du 29 juin 2004 consid. 2).

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 registre du commerce et examiner 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 (DTA 2004 n°24 p. 259, 2000 n° 15 p. 72).

Ce n'est pas l'abus avéré comme tel que la loi et la jurisprudence entendent sanctionner ici, mais le risque d'abus que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur (arrêt du Tribunal fédéral 8C_587/2012 consid. 3.2. du 19 septembre 2012).

c. La situation est en revanche différente et le droit à l'indemnité peut être reconnu 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 consid. 7b/bb). L'assuré peut également prétendre à des indemnités de chômage s'il exerce durant au moins six mois une activité salariée auprès d'un employeur tiers.

d. 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. La seule exception à ce principe concerne les membres des conseils d'administration car ils disposent ex lege (art. 716 à 716b du code des obligations [CO ; RS 220]) d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI. 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. C'est le cas également pour les associés, respectivement les associés-gérants lorsqu'il en a été désigné, d'une société à responsabilité limitée et pour les membres de la direction d'une association (arrêt du Tribunal fédéral 8C_171/2012 du 11 avril 2013 consid. 6.1 et les références). Dans ces cas de figure, l'inscription au registre du commerce constitue en règle générale le critère de délimitation décisif (ATF 122 V 270 consid. 3). La radiation de l'inscription permet d'admettre sans équivoque que l'assuré a quitté la société (arrêts C 17/06 du 1^{er} mars 2007 consid. 3; C 175/04 du 29 novembre 2005 consid. 3.2). Autrement, en effet, la possibilité demeure que celui-ci réactive l'entreprise et se fasse réengager. En fait, il suffit qu'une continuité des activités soit possible pour que le droit doive être nié en raison d'un risque de contournement de la loi (Boris RUBIN, Assurance-chômage, 2^e éd. 2006, p. 131).

6. En l'espèce, la Chambre de céans constate que la société B_____ Sàrl, pour laquelle la recourante a travaillé à temps plein jusqu'au 31 mars 2016 est en cours de liquidation et n'a toujours pas été radiée du registre du commerce. La recourante est toujours inscrite comme associée-gérant avec signature individuelle. Cet élément permet d'ores et déjà, à lui seul, d'exclure le droit de la recourante aux indemnités de chômage. En effet, l'inscription de l'assurée au RC (comme organe de la société) constitue un critère aisément vérifiable et important pour déterminer si une personne ayant une position assimilable à celle d'un employeur a droit à l'indemnité de chômage (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 207/04 consid. 3.3 du 20 janvier 2006).

Tant que la recourante est inscrite au RC en qualité d'associée, elle conserve le pouvoir d'influencer considérablement les décisions de l'employeur, d'autant qu'elle possède toujours une part sociale de la société, qui au demeurant a son siège au domicile de la recourante.

Bien que licenciée et n'ayant pas l'intention de continuer les activités de ladite société, la recourante conserve donc théoriquement la faculté de la réactiver, de décider de son propre ré-engagement et de reprendre son activité professionnelle. L'époux de la recourante, dont la qualité d'associé est reconnue, garde également la possibilité de réactiver la société et de ré-engager son épouse.

On ajoutera que le RC a indiqué n'avoir pas encore été saisi d'une réquisition de radiation, contrairement aux dires de la recourante. Il semble que le notaire auquel cette dernière s'est adressée n'ait pas encore accompli les formalités nécessaires.

Force est donc de constater que la recourante n'a pas rompu tout lien avec son employeur, de sorte que son chômage est difficilement contrôlable. A cet égard, le seul risque que la recourante contourne l'art. 31 al. 3 let. c LACI est suffisant pour lui dénier le droit de percevoir des indemnités de chômage. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs encore récemment confirmé cette jurisprudence (cf. arrêt 8C_163/2016 du 17 octobre 2016, consid. 4.2).

Quant à la décision sur opposition rendue par l'OCE en date du 21 juin 2016, la recourante ne saurait en tirer d'argument en sa faveur puisqu'elle ne concerne en aucun cas son statut mais porte sur les recherches effectuées avant son inscription au chômage. Bien au contraire, ladite décision relevait déjà : « Considérant, encore et par surabondance de moyens, que Madame A_____ ne saurait prétendre à l'indemnité de chômage aussi longtemps qu'elle conserve une position assimilable à celle d'un employeur au sein de la société B_____ Sàrl en liquidation... » .

Au vu de ce qui précède et conformément à l'art. 31 al. 3 let. c LACI ainsi qu'à la jurisprudence y relative, c'est à juste titre que l'intimée a nié le droit de la recourante aux indemnités de chômage.

Mal fondé, le recours est rejeté.

La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

**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-Catherine SECHAUD

Karine STECK

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