

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2571/2014

ATAS/312/2015

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 27 avril 2015

10^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à GENTHOD, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître BRUCHEZ Christian

recourant

contre

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

intimée

Siégeant : Mario-Dominique TORELLO, Président; Willy KNÖPFEL et Jean-Pierre WAVRE, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né le _____ 1963, Suisse, domicilié à Genève, a obtenu le certificat de capacité de cafetier-restaurateur le 17 décembre 2001.
2. Selon le Registre du commerce de Genève, le 31 janvier 2007 il a été inscrit en qualité de gérant avec signature individuelle de la société B_____ Sàrl (ci-après : l'employeur), dont les associés, étaient à l'époque Messieurs C_____ et D_____, tous deux avec signature individuelle également. La société a adopté de nouveaux statuts le 22 avril 2010. L'assuré a été radié de ses fonctions en date du 28 avril 2010. Le jour-même d'autres modifications sont intervenues, parmi lesquelles l'inscription de Monsieur E_____ en qualité d'associé, de M. C_____ associé gérant président, tous deux avec signature individuelle, et M. D_____ gérant avec signature collective à deux. L'assuré a été réinscrit le 13 septembre 2010 en qualité de gérant avec signature collective à deux.
3. Le 30 juin 2010 il a conclu un contrat de travail avec effet au 1^{er} juillet 2010 en qualité de gérant du restaurant « Le G_____ » (ci-après : le restaurant) avec un salaire mensuel comprenant une part fixe de base de CHF 8'000.-, une part du 13^e salaire de CHF 666.65 et une part variable de 2% du chiffre d'affaires. Il n'y avait pas de temps d'essai. Il était le titulaire de l'autorisation d'exploiter ledit restaurant. Il était en outre titulaire de cette même autorisation pour un autre établissement appartenant à la société : B_____".
4. Il ressort de diverses correspondances par courriel entre l'assuré et les personnes chargées de la comptabilité du restaurant, au sein d'une société présidée par M. E_____ (F_____ SA, ci-après : F_____), que des difficultés financières importantes ont commencé à apparaître, à tout le moins dès le printemps 2011, les fournisseurs et le personnel étant payés avec difficulté, et les conditions d'exploitation devenant de plus en plus difficiles (état des installations de cuisine, stock de marchandises,...).

Par courrier recommandé du 14 septembre 2011 adressé à F_____, l'assuré a inventorié différents problèmes à régler au sein du restaurant : le paiement en sa faveur de 5 mois de salaire en retard (avril à août 2011 inclus) ; le solde de tous les créanciers en cours, en particulier les fournisseurs ; la mise en conformité de la cuisine, principalement la machine à laver la vaisselle, la friteuse et la partie électrique; le dégagement d'un fonds de roulement suffisant pour « entamer » le travail dans de meilleures conditions, se prémunir de certains mois creux et pour entreprendre l'agrandissement et l'aménagement de la terrasse ainsi que pour effectuer les différentes réparations nécessaires et inéluctables.

Le 19 septembre 2011, M. E_____ a répondu personnellement à ce courrier. Il relevait notamment : « Il y a plus d'une année, vous avez commencé à travailler au restaurant Le G_____, nous vous avons donné du temps pour développer le restaurant comme vous le souhaitiez ; vous étiez pleinement en charge du

développement de l'activité. De par l'envoi de votre lettre, nous constatons qu'à ce jour vous n'avez pas été capable de gérer le restaurant de manière correcte. Nous vous suggérons qu'à compter du 1^{er} octobre 2011, vous ne soyez plus en charge de la gestion opérationnelle du restaurant, nous suggérons que vous restiez à l'écart de l'opérationnel, bien entendu vous pouvez vous rendre dans le restaurant quand vous voulez pour vérifier ce que vous voulez comme vous avez votre patente auprès du restaurant... »

Le 3 octobre 2011, l'assuré se plaignait de ne toujours pas avoir reçu ses salaires, indiquant ne plus avoir de ressources depuis six mois ; les fournisseurs n'étaient pas payés ; il avait trouvé un cuisinier, mais n'avait ni les marchandises ni les boissons pour ouvrir le restaurant.

Le 5 octobre 2011, il adressait un SMS à M. E_____ : il avait établi la liste des créanciers et l'avait adressée à la comptabilité. Il s'agissait d'environ CHF 150'000.-.

Le 7 octobre 2011 il relançait M. E_____, lui indiquant ne toujours pas avoir reçu ses salaires.

Le 12 octobre 2011 il indiquait par SMS à M. E_____ qu'il n'avait toujours rien reçu, et que la situation du restaurant devenait dangereuse. Il avait reçu trois poursuites de fournisseurs, sans compter ceux qui n'arrêtaient pas d'appeler ou de venir directement au restaurant pour réclamer leur argent. La veille au G_____ le stock de bière et de vin était épuisé, et personne n'acceptait de livrer des boissons. La cuisine était toujours fermée et le cuisinier n'était pas très motivé. Il acceptait encore d'ouvrir le restaurant mais il ne savait pas comment travailler sans boissons et sans marchandise.

Le 13 octobre 2011, M. E_____ lui répondait avoir envoyé CHF 150'000.- il y avait longtemps déjà.

Le 17 octobre 2011 l'assuré s'adressait à nouveau à M. E_____ : il n'avait reçu que CHF 50'000.- (au lieu des CHF 150'000.- annoncés) ; ce montant ne couvrait pas (même) ses salaires impayés. Comment pouvait-il recommencer à gérer ce bel endroit sans cuisinier, sans marchandises et sans boissons ?

5. Le 29 octobre 2011, M. E_____, sur papier en-tête de l'employeur, a licencié l'assuré avec effet au 31 décembre 2011, pour restructuration économique du restaurant.
6. Le 21 novembre 2011, par courrier recommandé et fax de son conseil, l'assuré a résilié son contrat de travail avec effet immédiat pour justes motifs, après une vaine mise en demeure préalable, concernant son salaire impayé d'octobre 2011.

Il précisait encore dans ce courrier qu'étant titulaire de la patente pour les deux établissements « Le G_____ » et « B_____ », il informait le service du commerce de cette résiliation avec effet immédiat.

7. Il a été répondu à ce courrier par le conseil de M. E_____. L'assuré avait été engagé le 1^{er} juillet 2010 pour développer le restaurant « Le G_____ » et mettre à disposition sa patente pour 2 établissements : « Le G_____ » et « B_____ ». Il relève entre autres que la lettre de licenciement du 29 octobre 2011 engage l'employeur dès lors que M. E_____ dispose de la signature individuelle. L'assuré était parfaitement au courant que le restaurant « Le G_____ » avait été financé exclusivement par M. E_____. En conséquence c'est à ce dernier que reviennent les instructions de management. Le courrier de licenciement résultait de nombreux manquements dans la gestion du restaurant, notamment le non-paiement de fournisseurs prioritaires, l'engagement de collaborateurs au noir, le non-respect des prescriptions d'hygiène,...
8. Le 18 juin 2012 l'assuré a assigné l'employeur devant le tribunal des prud'hommes. Il a conclu à la condamnation de B_____ Sàrl à lui payer la somme brute de CHF 44'268.10, et la somme nette de CHF 22'088.-, le tout avec intérêts à 5 % l'an dès le 21 novembre 2011.
9. Par jugement du 12 mars 2013, le tribunal des prud'hommes a condamné B_____ Sàrl à verser au demandeur la somme brute de CHF 25'548.45 plus intérêts moratoires à 5 % l'an dès le 22 novembre 2011. Cette somme représente un mois et 2 jours de salaire (octobre 2011 et les 1er et 2 novembre 2011) ainsi que le solde de vacances et jours de congés non compensés en 2010 et 2011.
10. Le 21 mars 2013, la société B_____ Sàrl a été mise en faillite.
11. Le 31 mai 2013, l'assuré a déposé une demande d'indemnité pour insolvabilité auprès de l'assurance-chômage pour un montant de CHF 25'548.45.-.
12. Cette demande a été rejetée par décision du 7 juin 2013. L'assuré était gérant avec signature collective à 2 de la société B_____ Sàrl, sa radiation au registre du commerce était intervenue le 9 février 2012, et il avait quitté la société avec effet immédiat le 21 novembre 2011.
13. Par courrier recommandé du 4 juillet 2013, l'assuré a formé opposition contre cette décision, concluant à l'octroi de cette indemnité à hauteur de CHF 25'548.45. Du fait qu'il était titulaire d'une patente de vente d'alcool, les associés de la société lui avaient demandé d'assumer la fonction de gérant ; c'était pour cette unique raison qu'il avait été inscrit comme gérant au registre du commerce avec signature collective à 2, à compter du 13 septembre 2010. Son rôle s'était toujours limité à assurer la gestion courante dans l'un des restaurants détenus par la société, à savoir « Le G_____ ». Il n'avait jamais été impliqué dans les autres affaires de la société, en particulier dans la gestion des autres établissements. Il n'avait jamais été mis en possession des statuts de la société. Toutes les décisions stratégiques étaient prises par les associés. Il avait été confronté à de nombreux retards dans le paiement de son salaire ainsi qu'à des manques chroniques de liquidités pour payer les fournisseurs et les autres employés du restaurant. Le 19 septembre 2011, il s'était vu retirer toutes ses compétences opérationnelles au sein du restaurant, avant d'être

licencié le 28 octobre 2011. Dénué de tout pouvoir décisionnel en lien avec la marche des affaires de la société, sa position n'était pas assimilable à celle d'un employeur.

14. Entre-temps il a produit dans la faillite de la société, pour un montant de CHF 25'548.45 auxquels s'ajoutaient CHF 1'703.25 d'intérêts à 5 % du 22 novembre 2011 au 21 mars 2013, jour de la faillite.

Un acte de défaut de biens après faillite lui sera délivré le 28 juillet 2014, au montant de sa production sous déduction d'un dividende de CHF 426.98.

15. Le 27 juin 2014, la caisse cantonale de chômage (ci-après : la Caisse ou l'intimée) a rejeté l'opposition. Il ressortait du dossier que l'assuré devait développer le restaurant « Le G_____ » comme il le souhaitait, étant pleinement en charge du développement de l'activité, ce qui démontrait sa latitude de manœuvre dans la gestion du restaurant. De par les tâches qui lui étaient confiées, il avait manifestement une influence sur la marche de l'établissement dont il devait assumer la gestion. Il jouissait de plus d'un droit de regard sur la situation financière dudit établissement puisqu'il se trouvait « en première ligne » de par son rôle de gérant. L'intéressé ne devait dès lors pas être surpris par la faillite de l'employeur. Il ne pouvait donc bénéficier de la protection particulière liée aux indemnités en cas d'insolvabilité.
16. En date du 1^{er} septembre 2014, l'assuré a interjeté recours contre cette décision, auprès de la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice. Il conclut à l'annulation de la décision entreprise, et à la condamnation de la Caisse à lui verser la somme de CHF 25'548.45 avec intérêts à 5 % l'an à compter du 31 mai 2013, avec suite de dépens.

Le simple fait d'être inscrit au registre du commerce comme gérant d'une société à responsabilité limitée avec pouvoir de signature ne prive pas de facto l'employé du droit aux indemnités de chômage, indépendamment des relations concrètes entre les organes de la société. 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. L'étendue du pouvoir de décision doit être déterminée en fonction des circonstances concrètes. Selon la jurisprudence la question essentielle à résoudre est ainsi de savoir si l'assuré disposait d'une possibilité effective d'influencer de manière déterminante la formation de la volonté de l'entreprise. Si l'on ne peut nier que l'assuré s'est occupé des affaires courantes de l'entreprise (acquisition de la clientèle, augmentation du chiffre d'affaires, gestion du personnel,...), cette circonstance n'est pas encore décisive pour déterminer si l'assuré entraînait dans le cercle des personnes exclues de l'indemnité en cas d'insolvabilité. Encore faut-il que celui-ci ait pu prendre une part prépondérante à la formation de la volonté de la société, dans des domaines qui touchent à l'orientation, à l'étendue ou à la cessation d'activité. En dépit de sa fonction de gérant, le recourant n'avait jamais été intégré aux décisions stratégiques

de la société, telles que l'orientation commerciale, la stratégie budgétaire ou la poursuite des différentes activités de la société. Il n'était en charge que de la gestion courante de l'un des restaurants ayant appartenu à l'employeur. L'intimée aurait dû constater que le recourant ne disposait pas d'une vue d'ensemble de l'état financier de la société et qu'il n'avait aucune possibilité effective d'influencer de manière déterminante la formation de la volonté de l'entreprise.

17. L'intimée a conclu au rejet du recours.

Le recourant n'apporte aucun élément nouveau permettant à la Caisse de revoir sa position. Elle avait néanmoins soumis le cas au Secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO). Selon cette autorité, certaines personnes sont exclues du droit aux prestations sans qu'il soit nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'elles exercent au sein de la société. Il s'agit notamment des membres des conseils d'administration et des associés d'une Sàrl, respectivement des associés-gérants lorsqu'il en a été désigné, car ils disposent tous ex lege d'un pouvoir déterminant au sens des dispositions pertinentes de la loi sur le chômage. De l'avis du SECO le gérant, non-associé d'une Sàrl, doit également être exclu du droit aux prestations sans autre forme de vérification. Il dispose, de par la loi, d'une influence prépondérante sur la société et ne peut, de par ses attributions, pas ignorer la situation financière de la société. Son droit à l'indemnité doit en outre être nié même si dans les faits il ne s'occupe pas des affaires de la société. Selon le nouveau droit de la Sàrl, depuis sa révision 2008, la loi accorde des pouvoirs beaucoup plus étendus aux gérants. Le principe jurisprudentiel selon lequel un examen préalable des circonstances concrètes du cas est requis, ne trouve donc plus application.

18. Le recourant a répliqué et persisté dans ses conclusions.

Contrairement à l'opinion émise par le SECO, le nouveau droit de la Sàrl ne modifie en rien les principes qui prévalaient sous l'ancien droit, en ce qui concerne l'analyse concrète du cas, nécessaire pour définir quelles sont les réels pouvoirs du gérant réclamant une indemnité pour insolvabilité de l'employeur. En définitive, le recourant, en sa qualité de gérant ordinaire avec signature collective à 2, n'occupait pas une position assimilable à celle d'un employeur et ne peut se voir privé du droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité.

19. L'intimée a brièvement dupliqué. Elle a persisté dans ses conclusions: contrairement à ce qu'indique le recourant dans sa réplique, la Caisse maintient que ce dernier exerçait une activité déterminante sur la conduite de l'entreprise. Elle avait soumis la réplique au SECO, qui a confirmé sa position précédente.

20. 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 dès 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. Le recours a été interjeté en temps utile, soit dans le délai légal de trente jours à compter de la notification de la décision attaquée (art. 60 al. 1 LPGA). Il satisfait aux exigences de forme et de contenu prescrites par l'art. 89B LPA.

Le recourant a qualité pour recourir contre la décision lui niant le droit à l'indemnité pour insolvabilité de l'employeur. Il est en effet touché par cette décision et a un intérêt digne de protection à son annulation ou modification (art. 59 LPGA).

Le présent recours sera donc déclaré recevable.

3. Le litige porte sur la question de savoir si le recourant peut prétendre bénéficier de l'indemnité en cas d'insolvabilité de l'employeur, ou si ce droit ne lui est pas ouvert en raison de la position qu'il occupait au sein de la société, respectivement de l'établissement dont il était le gérant.
4. L'art. 51 de 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) stipule que les travailleurs assujettis au paiement des cotisations, qui sont au service d'un employeur insolvable sujet à une procédure d'exécution forcée en Suisse ou employant des travailleurs en Suisse, ont droit à une indemnité pour insolvabilité (ci-après indemnité) lorsque: a. une procédure de faillite est engagée contre leur employeur et qu'ils ont, à ce moment-là, des créances de salaire envers lui; b. ou que la procédure de faillite n'est pas engagée pour la seule raison qu'aucun créancier n'est prêt, à cause de l'endettement notoire de l'employeur, à faire l'avance des frais; c. ou ils ont présenté une demande de saisie pour créance de salaire envers leur employeur (al.1). N'ont pas droit à l'indemnité 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, lorsqu'ils sont occupés dans la même entreprise (al.2).

L'art. 52 LACI prescrit que l'indemnité couvre les créances de salaire portant sur les quatre derniers mois au plus d'un même rapport de travail, jusqu'à concurrence, pour chaque mois, du montant maximal visé à l'art. 3, al. 2. Les allocations dues aux travailleurs font partie intégrante du salaire (al.1). L'indemnité couvre exceptionnellement les créances de salaire nées après la déclaration de faillite dans

la mesure où l'assuré, en toute bonne foi, ne pouvait pas savoir que la faillite avait été prononcée et dans la mesure où ces créances ne constituaient pas des dettes relevant de la masse en faillite. L'indemnité ne peut couvrir une période excédant celle fixée à l'al. 1(al.1bis). Les cotisations légales aux assurances sociales doivent être prélevées sur l'indemnité. La caisse est tenue d'établir, avec les organes compétents, le décompte des cotisations prescrites et de prélever la part des cotisations, due par les travailleurs (al.2).

Art. 53 LACI prescrit que lorsque l'employeur a été déclaré en faillite, le travailleur doit présenter sa demande d'indemnisation à la caisse publique compétente à raison du lieu de l'office des poursuites ou des faillites, dans un délai de 60 jours à compter de la date de la publication de la faillite dans la Feuille officielle suisse du commerce (al.1). En cas de saisie de l'employeur, le travailleur doit présenter sa demande d'indemnisation dans un délai de 60 jours à compter de la date de l'exécution de la saisie (al.2). A l'expiration de ces délais, le droit à l'indemnité s'éteint (al.2).

En l'espèce, le respect des conditions posées aux art. 52 et 53 LACI - complété par leurs dispositions d'exécution, notamment les art. 75a, et 77 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (OACI – RS 837. 02) est établi et n'est pas litigieux.

5. Dans un arrêt C 160/05 du 24 janvier 2006 (consid. 5.2 ss) le Tribunal fédéral des assurances a rappelé que selon la jurisprudence relative à l'art. 31 al. 3 let. c LACI - lequel, dans une teneur équivalente, exclut du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail le même cercle de personnes que celui visé par l'art. 51 al. 2 LACI et auquel on peut se référer par analogie (DTA 1996/1997 n° 41 p. 227 consid. 1b) -, il n'est pas admissible de refuser, de façon générale, le droit aux prestations aux employés au seul motif qu'ils peuvent engager l'entreprise par leur signature et qu'ils sont inscrits au registre du commerce. Il y a lieu de ne pas se fonder de façon stricte sur la position formelle de l'organe à considérer; il faut bien plutôt établir l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes. C'est donc la notion matérielle de l'organe dirigeant qui est déterminante, car c'est la seule façon de garantir que l'art. 31 al. 3 let. c LACI, qui vise à combattre les abus, remplisse son objectif (SVR 1997 ALV n° 101 p. 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 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. 226 consid. 1b et 2; SVR 1997 ALV n° 101 p. 311 consid. 5c). La seule exception à ce principe, que reconnaît le Tribunal fédéral des assurances, 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 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).

Dans un arrêt plus récent, le Tribunal fédéral a étendu l'exception concernant les administrateurs de sociétés anonymes aux associés, respectivement aux associés-gérants, de la sàrl: le parallélisme établi par la jurisprudence entre l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail et le droit à l'indemnité de chômage repose sur le fait qu'un travailleur licencié disposant d'un pouvoir d'influer sur les décisions de la société peut, à tout moment, décider de son propre réengagement, de sorte que la perte de travail est comparable à une réduction de l'horaire de travail avec cessation momentanée d'activité. La jurisprudence en cause a pour but d'écarter un risque d'abus consistant notamment, de la part d'un assuré jouissant d'une situation comparable à un employeur, à décider à la fois de son licenciement et de son réengagement, ou à fixer le salaire déterminant le gain assuré (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb p. 238; cf. BORIS RUBIN, Assurance-chômage, 2ème éd., 2006, p. 122). C'est parce qu'elle considère que ce risque d'abus est d'emblée réalisé en ce qui concerne, dans une sàrl, les associés, respectivement les associés-gérants lorsqu'il en a été désigné, lesquels disposent ex lege d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI, que la jurisprudence exclut leur droit à prestations sans qu'il soit nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'ils exercent au sein de la société (arrêt 8C_140/2010 du 12 octobre 2010, consid. 4.3.2). Aussi, tant que sa qualité d'associé n'a pas pris fin, le droit de l'intéressé aux prestations peut être exclu sans qu'il soit nécessaire de déterminer plus concrètement les liens qu'il maintient avec la société (arrêt 8C_776 2011, consid. 3.3.2).

En édictant l'alinéa 2 de l'art. 51 LACI, le législateur a voulu exclure d'une protection particulière les personnes qui exercent aussi bien une influence sur la conduite des affaires et sur la politique de l'entreprise qu'un droit de regard sur les pièces comptables et ne sont, de ce fait, pas surprises par la faillite subite de l'employeur (FF 1994 I p. 362). Si le fait de disposer d'un droit de regard sur la comptabilité est un indice de l'influence que peut exercer un travailleur sur le processus de décision de l'entreprise, il ne saurait constituer un motif indépendant d'exclusion. Le comptable responsable serait sinon exclu d'office du droit à l'indemnité en raison de sa fonction au sein de l'entreprise. Une telle sanction serait incompatible avec le texte clair et la ratio legis de l'art. 51 al. 2 LACI, qui suppose, en priorité, que la personne exclue du droit puisse exercer une influence déterminante sur la conduite des affaires de l'employeur (Urs Burgherr, Die Insolvenzenschädigung, Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers als versichertes Risiko, thèse Zurich 2004, p.40).

La question essentielle à résoudre est ainsi de savoir si l'assuré disposait d'une possibilité effective d'influencer de manière déterminante la formation de la volonté de l'entreprise.

Le Tribunal fédéral, dans un arrêt concernant une sàrl, a considéré qu'il n'est pas admissible de priver du droit aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail ou de chômage des employés ayant des fonctions dirigeantes, au seul motif - et par conséquent d'une façon générale - qu'ils sont autorisés à signer pour une entreprise et sont enregistrés au registre de commerce (BGE 122 V 272 E. 3, 120 V 521, ARV 1997 Nr. 41 S. 224, C 42/97; Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Soziale Sicherheit, SBVR Bd. XIV, 2. Aufl. 2007, S. 2316 Rz. 463). On ne peut pas non plus priver d'un tel droit le gérant d'une sàrl sur la base de cette seule qualité sans examiner les relations concrètes (au sein de la société). (Arrêt 8C_252/2011 du 14 juin 2011 consid. 4.3.).

Dans un arrêt antérieur, (8C_84/2009), il avait examiné la situation de tels employés ou gérants, notamment en comparant le droit de la société anonyme et l'ancien droit de la société à responsabilité limitée (en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007) qui était applicable au cas concret. Il avait ainsi considéré que la situation des gérants d'une sàrl, inscrits au registre du commerce avec signature individuelle ou collective ne pouvaient être exclus « de par la loi » du droit aux prestations de chômage en cas de réduction du temps de travail respectivement de l'indemnité en cas d'insolvabilité de l'employeur, comme le sont les administrateurs d'une société anonyme. On devait dès lors examiner concrètement l'influence que pouvaient avoir les personnes concernées dans la prise des décisions sociales.

Dans un arrêt plus récent, il avait en revanche laissée ouverte - en raison des constatations de la juridiction cantonale qui le liaient - la question de savoir si ces principes étaient toujours applicables sous l'empire du nouveau droit de la société à responsabilité limitée, ou si, comme le soutient le SECO, le gérant - associé ou non de la sàrl - se voyant octroyer désormais des pouvoirs plus étendus que selon l'ancienne législation, il devrait être exclu ex lege, à l'instar des administrateurs de la société anonyme (8C_587/2012 consid. 3.2).

6. Dans le canton de Genève, l'exploitation à titre onéreux d'établissements voués à la restauration et au débit de boissons à consommer sur place est soumise à la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (LRDBH - I 2 21) (art. 1 let. a LRDBH).

L'art. 2 LRDBH stipule que la présente loi a pour but d'assurer qu'aucun établissement qui lui est soumis ne soit susceptible de troubler l'ordre public, en particulier la tranquillité, la santé et la moralité publiques, du fait de son propriétaire ou de son exploitant, ainsi qu'en raison de sa construction, de son aménagement, de son implantation (al.1). Toute autorisation prévue par la présente loi ne peut être délivrée que si le but énuméré à l'alinéa 1 est susceptible d'être atteint (al.2).

L'art. 4 LRDBH stipule que l'exploitation de tout établissement régi par la présente loi est soumise à l'obtention préalable d'une autorisation d'exploiter délivrée par le département compétent (al.1). Cette autorisation doit être requise lors de chaque

création, changement de catégorie, agrandissement et transformation d'établissement, changement d'exploitant ou de propriétaire de l'établissement, ou modification des conditions de l'autorisation antérieure (al.2).

L'art. 5 régit les conditions relatives à l'exploitant: L'autorisation d'exploiter est délivrée à condition que l'exploitant : a) soit de nationalité suisse, ressortissant d'un Etat avec lequel la Confédération a conclu un accord sur la libre circulation des personnes, ou considéré comme travailleur en Suisse au sens de la loi fédérale sur les étrangers, du 16 décembre 2005; b) ait l'exercice des droits civils; c) soit titulaire, sous réserve de dispense, du titre de formation requis attestant de son aptitude à gérer un établissement soumis à la présente loi; d) offre, par ses antécédents et son comportement, toute garantie que l'établissement soit exploité conformément aux dispositions de la présente loi et aux prescriptions en matière de police des étrangers, de sécurité sociale et de droit du travail; e) offre toute garantie, compte tenu notamment de son lieu de domicile ou de résidence et de sa disponibilité, d'une exploitation personnelle et effective de l'établissement; f) soit désigné par le propriétaire de l'établissement, s'il n'a lui-même cette qualité; g) produise l'accord du bailleur des locaux de l'établissement, s'il n'en est lui-même propriétaire; h) produise un extrait du registre du commerce attestant qu'il est doté d'un pouvoir de signature (al.1). La condition de l'alinéa 1, lettre d, doit également être remplie par le conjoint de l'exploitant ou son partenaire enregistré ainsi que par les autres personnes faisant ménage commun avec lui, dans la mesure où ils sont appelés à exercer des responsabilités dans l'exploitation de l'établissement (al.2).

En vertu de l'art. 21 al. 1 LRDBH, l'exploitant est tenu de gérer son établissement de façon personnelle et effective. En cas d'absence de l'établissement, il doit désigner un remplaçant compétent et instruit de ses devoirs, qui assume la responsabilité de l'exploitation (art. 21 al. 2 LRDBH). Il doit notamment avoir un registre du personnel constamment tenu à jour et mentionnant l'identité, le domicile, les dates de début et de fin d'engagement ainsi que le rôle effectif de toute personne participant à l'exploitation ou à l'animation de l'établissement (art. 25 LRDBH et 35 du règlement d'exécution de la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 31 août 1988 (RRDBH – RSGe I 2 21.01)).

Selon la jurisprudence de la chambre administrative de la Cour de justice (ATA/685/2014; ATA/542/2007 du 30 octobre 2007 ; ATA/489/2005 du 19 juillet 2005 et les références citées), une gestion effective consiste en la prise en charge des tâches administratives liées, d'une part, au personnel (engagements, salaires, horaires, remplacements, etc.) et, d'autre part, à la bonne marche de l'établissement (commande de marchandises, fixation des prix, composition des menus, contrôle de la caisse, inventaire, etc.). La loi permet à un exploitant d'être autorisé à exploiter jusqu'à trois établissements distincts. Le Service du commerce tient notamment compte, dans la délivrance d'autorisation multiples, de l'unicité de l'immeuble dans lequel sont situés les établissements (art. 31 al. 1 let. a RRDBH). L'art. 12 LRDBH prévoit qu'il est interdit au titulaire d'un certificat de capacité de servir de prête-

nom pour l'exploitation d'un établissement soumis à la LRDBH. Cette interdiction vise à prévenir l'exploitation d'établissements par des personnes qui ne répondraient pas à des conditions de capacité et d'honorabilité bien déterminées, avec tout ce que cela comporte comme risque pour le public.

7. Le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 139 V 176 consid. 5.3 et les références). Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b, 125 V 195 consid. 2 et les références ; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5a).
8. Si l'administration ou le juge, se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves fournies par les investigations auxquelles ils doivent procéder d'office, sont convaincus que certains faits présentent un degré de vraisemblance prépondérante et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation, il est superflu d'administrer d'autres preuves (appréciation anticipée des preuves ; ATF 122 II 469 consid. 4a, 122 III 223 consid. 3c). Une telle manière de procéder ne viole pas le droit d'être entendu selon l'art. 29 al. 2 Cst. (SVR 2001 IV n. 10 p. 28 consid. 4b), la jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 4 aCst. étant toujours valable (ATF 124 V 94 consid. 4b, 122 V 162 consid. 1d).
9. En l'espèce, l'intimé soutient que l'assuré avait manifestement une position dirigeante et qu'il ne pouvait être surpris par la faillite de l'employeur, si bien que le droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité devait lui être nié. Le recourant le conteste, alléguant que son rôle s'est toujours limité à assurer la gestion courante dans des restaurants détenus par la société, n'ayant jamais été impliqué dans les autres affaires de celle-ci, en particulier dans la gestion des autres établissements lui appartenant. Toutes les décisions stratégiques de la société étaient prises par les associés, le recourant expliquant qu'il n'était aucunement intégré aux discussions et n'avait jamais été en possession des statuts de la société.

Au vu des principes rappelés ci-dessus, la chambre des assurances sociales, conformément à la jurisprudence, procédant à un examen in concreto de la situation du recourant par rapport à la société, retient qu'à la différence des cas dans lesquels le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer, la situation du recourant vis-à-vis de la sàrl au sein de laquelle il a été employé était particulière : en effet, son rôle ne doit pas seulement être évalué par rapport à sa qualité de gérant, inscrit au

registre du commerce avec signature collective à 2; pas uniquement non plus par rapport aux relations qu'il a pu avoir, à l'interne, avec les associés, en relation avec les décisions sociales, - stratégiques ou non -. Elle doit encore et surtout être examinée par rapport à son statut de responsable d'établissement(s), particulièrement du restaurant « Le G_____ », mais également de « B_____ », et ceci, pas seulement vis-à-vis de l'employeur, mais prioritairement par rapport à l'État, cette responsabilité étant fondée sur la législation régissant l'exploitation à titre onéreux d'établissements publics visés par la loi. Celle-ci impose en effet des conditions contraignantes, particulières, qui doivent non seulement être réunies au moment où le futur exploitant présente sa demande, mais elles doivent encore l'être en tout temps, soit pendant toute la durée de son exploitation. Le système légal est ainsi conçu que le requérant doit démontrer, conformément à l'art. 5 LRDBH, complété notamment par la description des documents à fournir (art. 5 RRDBH) qu'il :

- a l'exercice des droits civils (il doit notamment produire une attestation du Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant certifiant qu'il a le plein exercice des droits civils) ;
- est titulaire du titre de formation requis attestant de son aptitude à gérer un établissement soumis à la loi (certificat de capacité) ;
- offre, par ses antécédents et son comportement, toute garantie que l'établissement soit exploité conformément aux dispositions de la présente loi et aux prescriptions en matière de police des étrangers, de sécurité sociale et de droit du travail (extrait du casier judiciaire);
- offre toute garantie, compte tenu notamment de son lieu de domicile ou de résidence et de sa disponibilité, d'une exploitation personnelle et effective de l'établissement; il doit produire une copie du contrat de bail des locaux, s'il n'en est pas le propriétaire ;
- atteste par la production d'un extrait du registre du commerce qu'il est doté d'un pouvoir de signature.

Toutes ces exigences montrent que l'autorité exige du titulaire de l'autorisation qu'il ait la capacité d'exploiter personnellement l'établissement, avec ce que cela implique au niveau décisionnel, d'où la production requise de l'extrait du registre du commerce, l'autorité devant s'assurer que l'exploitant dispose des pouvoirs nécessaires pour gérer personnellement et correctement l'établissement, dans tous les domaines inventoriés par la loi et précisés par la jurisprudence notamment sur ce qu'englobe la notion de « gestion effective » ; la loi interdit aussi expressément la pratique du prête-nom. L'exigence de produire un contrat de bail s'il n'est pas propriétaire des locaux répond également à la nécessité de devoir justifier de la maîtrise du local, par l'exploitant. Cela implique - pour qu'il puisse en attester - que le requérant s'est préalablement assuré vis-à-vis de la société qui l'emploie d'être en mesure d'exercer les pouvoirs que ces obligations légales lui imposent, et de

pouvoir le faire pendant toute la durée de ses fonctions. Si après coup des difficultés apparaissent, il se doit de prendre les mesures qui s'imposent, dans ses rapports internes d'abord, et à défaut en avertissant l'autorité qu'il n'est plus en mesure de respecter les conditions de l'autorisation d'exploiter. Il ressort des pièces versées au dossier que le recourant n'a envisagé cette démarche extrême (avis à l'autorité) que lorsqu'il a notifié son congé avec effet immédiat pour justes motifs, le 21 novembre 2011. Or, les premières difficultés semblent être apparues à tout le moins au printemps 2011, et s'être aggravées jusqu'en septembre de la même année.

En tant qu'exploitant, il était mieux placé que quiconque pour se rendre compte de la situation financière de l'employeur, et de son évolution. Du reste, indépendamment de ses obligations légales de gestion effective du restaurant, impliquant un suivi permanent des liquidités, une part de sa rémunération consistait en un pourcentage du chiffre d'affaires, d'où son intérêt personnel à surveiller les résultats de l'exploitation.

Ceci dit, le recourant se montre peu prolix au sujet du 2^e établissement de l'employeur - «B_____» -, dont il avait également la responsabilité d'exploitant vis-à-vis de l'État. Sa signature collective à 2 n'était pas limitée aux engagements de l'établissement « Le G_____ », mais à l'ensemble de la société. Ce pouvoir, dont il avait dû justifier auprès de l'autorité chargée de lui délivrer l'autorisation d'exploiter était effectivement une condition nécessaire pour qu'il puisse justifier d'un réel pouvoir, indispensable pour exercer la maîtrise personnelle de l'exploitation des établissements concernés par l'autorisation concernée. Il était ainsi le garant de la bonne gestion des 2 établissements, mais pas d'un seul.

Compte tenu de tous ces éléments, force est de constater que le recourant avait un statut particulier par rapport à son employeur, dès lors qu'il était, de par la loi, dans une position telle qu'il doit être considéré comme relevant du cercle des 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 au sens de l'art. 51 al. 2 LACI. Dès lors, l'autorité intimée l'a à juste titre considéré comme une personne disposant ex lege d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI, respectivement l'art. 51 al. 2 LACI en l'assimilant à un membre d'un conseil d'administration de société anonyme, voire d'un organe d'une société à responsabilité limitée ayant un pouvoir de décision ex lege, pour lesquels 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).

Le recourant revêtait ce statut, d'entrée de cause, jusqu'à la fin des rapports de travail, voire au-delà, dès lors qu'il n'a en définitive été radié du registre du commerce que le 9 février 2012.

Certes, la faillite de l'entreprise n'est survenue que bien plus tard, soit le 21 mars 2013, quelques jours après la notification du jugement rendu par la juridiction des prud'hommes ayant partiellement fait droit à ses conclusions, ne lui reconnaissant d'ailleurs que son droit au salaire, respectivement à la compensation des vacances non prises et des congés non compensés en 2010 et en 2011.

On ne saurait toutefois considérer que le temps écoulé entre le moment où il a quitté la société et celui où la faillite a été prononcée lui permettrait de revendiquer un autre statut que celui qu'il avait pendant la durée des rapports de travail, et ainsi prétendre à pouvoir bénéficier de la protection de l'art. 51 al. 1 LACI.

Au vu de ce qui précède, la question de savoir si les principes de jurisprudence établis à l'époque de l'ancien droit de la société à responsabilité limitée sont toujours applicables sous l'empire du nouveau droit, ou si, comme, le soutient le SECO le gérant - associé ou non de la sàrl - se voyant octroyer désormais des pouvoirs plus étendus que selon l'ancienne législation, il devrait être exclu ex lege, peut rester ouverte. En effet, même à supposer que l'on ne doive pas déduire des dispositions actuelles sur le droit de la sàrl que le recourant était doté des pouvoirs en question, il l'était de toute manière par rapport à son statut d'exploitant autorisé par le service du commerce, et par conséquent ex lege.

Mal fondé, le recours est rejeté.

10. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 litt.a LPGa).

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

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 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

Le président

Irène PONCET

Mario-Dominique
TORELLO

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