RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4609/2019 **ATAS/402/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 29 avril 2021

3ème Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à GENÈVE	recourant
contre	
OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Service juridique, sis rue des Gares 16, GENÈVE	intimé

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

EN FAIT

1. Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré) a travaillé en qualité de gérant sur les chantiers auprès de la société B_____ Sàrl (ci-après : B_____ ou la société) à compter du 1er juin 2006.

2. En date du 30 novembre 2016, l'assuré s'est inscrit à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) en déclarant être disposé à travailler à 100% en tant que gérant et en précisant avoir été employé à 100% par B_____ du 1er juin 2006 au 30 novembre 2016, son contrat de travail ayant été résilié pour des raisons économiques.

3. Le 1er décembre 2016, la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la CCGC) a ouvert un délai-cadre d'indemnisation en sa faveur.

4. L'assuré a été régulièrement indemnisé par la CCGC jusqu'au 7 juin 2018.

5. Le 8 juin 2018, le dossier de l'assuré a été annulé auprès de l'OCE et transféré au service des prestations cantonales en cas de maladie en raison d'une incapacité totale de travail pour cause de maladie débutée le 9 mai 2018.

6. Le 1er avril 2019, l'assuré a déposé une demande d'indemnité en cas d'insolvabilité auprès de la CCGC, en déclarant avoir à nouveau travaillé pour B_____ en tant que chef de chantier à 100% du 1er décembre 2018 au 29 mars 2019 pour un salaire de 12'000.- CHF/mois, mais n'avoir jamais été payé. La faillite de la société avait été prononcée le 11 mars 2019.

   Il a joint à sa demande un contrat de travail daté du 1er décembre 2018 et signé par Madame C_____ pour la société, ainsi qu'une lettre datée du 28 mars 2019, également signée par Mme C_____ pour la société, mettant fin à son contrat de travail avec effet au 29 mars 2019 pour raisons économiques.

7. Le 27 mai 2019, la CCGC a soumis le dossier de l'assuré au service juridique de l'OCE afin de déterminer rétroactivement son droit à l'indemnité.

   Dans le cadre de l'instruction de la demande d'indemnité en cas d'insolvabilité, la CCGC avait obtenu deux procès-verbaux établis par l'office cantonal des faillites (ci-après : l'OF) suite à l'interrogatoire de Monsieur D_____, gérant d'B_____, et de Monsieur E_____, son prédécesseur. Il ressortait de ces procès-verbaux que l'assuré n'avait jamais quitté la société et qu'il avait, malgré sa radiation au registre du commerce (ci-après : RC), gardé la main sur elle comme organe de fait, en y travaillant régulièrement et en gérant lui-même ses comptes. En agissant ainsi, il avait pour but de bénéficier des prestations des assurances sociales, notamment de l'assurance-chômage, parallèlement à son activité.

Selon les informations dont la CCGC disposait, des enquêtes concernant l'assuré et la société étaient également en cours auprès de l'office des faillites (OF) et de la Caisse nationale d'assurances en cas d'accidents (ci-après : la SUVA).

À teneur des procès-verbaux annexés, M. D_____ avait indiqué, lors de son audition le 8 avril 2019, être arrivé dans l'entreprise en janvier 2019. Mme C_____ était venue le chercher et ils avaient discuté de la société en présence de l'assuré ; tous deux avaient l'air de très bien connaître la société. M. D_____ en avait été le gérant depuis le 7 janvier 2019. Mme C_____ détenait la totalité des actions ; il pensait qu'elle détenait également les statuts et procès-verbaux. Il ignorait les réponses à la majorité de questions posées par l'OF : il ne savait pas si le capital avait été entièrement libéré, s'il y avait un stock, des marchandises, si la société détenait une participation dans d'autres sociétés, s'il y avait un compte actionnaire débiteur, si des actifs appartenant au failli se trouvaient en mains de tiers ; il n'était pas au clair sur le type de police d'assurances souscrite et ignorait à qui la société était affiliée pour les cotisations AVS/AI/APG/AC, l'assurance maladie complémentaire, la prévoyance professionnelle et l'assurance-accidents. Il ne savait pas si la comptabilité était à jour. Questionné sur la cause de l'insolvabilité, il avait répondu que la société avait apparemment des poursuites et qu'elle avait été radiée du RC car elle était sans activité. S'agissant de la masse salariale, il y avait trois anciens salariés (année 2016) et il avait appris par Mme C_____ qu'il y avait trois autres salariés dont les salaires lui semblaient élevés. Aucun salaire n'avait été versé à sa connaissance. Les contrats avaient été résiliés par Mme C_____.

M. E_____, entendu le 12 avril 2018, avait indiqué avoir été gérant et avoir été radié le 7 janvier 2019. Il ne savait pas non plus quelles assurances avait souscrites la société, précisant qu'il n'avait pas reçu ces informations et que l'assuré avait toujours la main sur la société comme organe de fait. S'agissant de la cause de l'insolvabilité, il avait allégué que l'assuré encaissait pour son propre compte les factures de la société sur un compte de la faillite auprès de la Poste et qu'il ne payait aucun créancier. Lui-même ne voyait pas les factures, mais estimait le montant découvert à CHF 600'000.-. Il ne savait pas si les dettes étaient toutes réelles, mais vu les malversations de l'assuré avec sa compagne, il pensait que les productions de salaire étaient fausses et qu'elles étaient là pour escroquer les assurances sociales. S'agissant de la masse salariale, il y avait, à la connaissance de M. E_____, trois anciens employés (année 2016), ainsi qu'un petit montant pour sa compagne ; il n'avait pas eu connaissance des trois contrats de travail signés par Mme C_____, qui n'avait pas la signature individuelle. Son dernier salaire avait été payé par la SUVA. M. E_____ estimait le début du surendettement à 2017. Il n'avait pas pris de mesures d'assainissement car il n'y avait pas d'autres charges que lui et sa compagne, et comme il était accidenté depuis 2018, il n'avait rien fait pour trouver des chantiers. Il avait constaté que l'assuré n'avait jamais quitté la société, malgré sa radiation et le transfert de ses parts en faveur de son amie, Mme

C_____. Il pensait que l'assuré avait agi de cette manière afin de profiter du système pour toucher le chômage. Il n'était pas du tout au courant de cela, surtout qu'il le voyait aller en camionnette sur des chantiers. M. E_____ s'était rendu compte qu'il était un homme de paille, ce qui était sûrement le cas de M. D_____ également.

8. En date du 5 juillet 2019, le service juridique de l'OCE a mandaté le bureau d'enquêtes de l'OCE pour déterminer si l'assuré avait continué à déployer une activité pour le compte de la société depuis le 1er décembre 2016, d'une part, et s'il avait conservé un pouvoir de décision, respectivement sa position d'employeur, au sein de ladite société au-delà du 3 avril 2017, d'autre part.

9. M. E_____, entendu le 29 juillet 2019, a indiqué avoir travaillé pour le compte de la société de mars 2017 à avril 2019. Durant cette période, la personne responsable de la société était l'assuré ; ce dernier était sorti du conseil d'administration au début de l'année 2017, mais avait continué à gérer la société. À sa connaissance, l'assuré vivait dans une maison à Collonges-sous-Salève, appartenant à Mme C_____. Il avait également un domicile à Genève.

10. L'assuré, entendu à son tour le 13 août 2019, a allégué avoir commencé à travailler en juillet 2006 pour B_____, dont il était le gérant. Fin novembre 2016, il avait démissionné de la société et s'était inscrit au chômage. Il n'était plus retourné dans les locaux de la société, dont M. E_____ avait été gérant avec signature individuelle jusqu'à fin novembre 2018. Il y avait une autre associée gérante présidente avec signature collective à deux depuis le 3 avril 2017, Mme C_____. Le 1er décembre 2018, il avait repris le travail au sein de la société, en tant que directeur des chantiers et ce, jusqu'à la faillite, prononcée le 23 mai 2019. À compter du 7 janvier 2019, c'était M. D_____ qui avait été gérant avec signature individuelle.

11. Le 20 août 2019, le bureau d'enquêtes de l'OCE a rendu son rapport.

    L'assuré avait catégoriquement nié avoir travaillé pour la société de fin novembre 2016 au 30 novembre 2018, mais avait admis y avoir à nouveau travaillé à compter du 1er décembre 2018.

    M. E_____ avait pour sa part confirmé que l'assuré avait continué à gérer la société de mars 2017 à avril 2019, tout en étant sorti du conseil d'administration.

    Il n'avait pas été possible de trouver des preuves de paiements de la société en faveur de l'assuré pour la période de mars 2017 à avril 2019.

12. Par décision du 11 septembre 2019, l'OCE a nié à l'assuré tout droit à l'indemnité de chômage avec effet rétroactif au 1er décembre 2016.

    L'OCE a considéré que l'assuré avait occupé une position assimilable à celle d'un employeur auprès de B_____ tant qu'il avait été inscrit au RC, c'est-à-dire jusqu'au 3 avril 2017, date avant laquelle il n'avait pas droit aux indemnités.

Par la suite, et bien qu'il eût été radié en tant qu'associé gérant avec signature individuelle, il ressortait des éléments du dossier, en particulier du témoignage de M. E_____, que l'assuré n'avait pas rompu ses liens avec la société et qu'il avait vraisemblablement continué à prendre les décisions et à exercer une influence considérable sur ses décisions. Partant, il avait conservé une position assimilable à celle d'un employeur au sein de l'entreprise durant toute la période chômée, soit jusqu'au 8 juin 2018.

13. Le 9 octobre 2019, l'assuré s'est opposé à cette décision.

M. E_____ ne pouvait selon lui avoir affirmé qu'il avait continué à travailler d'avril 2017 à avril 2019 pour B_____, puisqu'il avait cessé son activité en décembre 2016.

Il avait créé B_____ avec sa compagne, Mme C_____, en 2006. Il était malheureusement de plus en plus difficile d'obtenir des chantiers et il avait rencontré des problèmes sur certains chantiers, pour lesquels il n'avait pas été payé, ce qui avait motivé sa décision d'arrêter de travailler pour le compte de la société en décembre 2016.

S'il était resté inscrit au RC jusqu'en avril 2017, c'est parce qu'il ignorait qu'il devait renoncer à toute participation dans la société jusqu'à ce qu'il s'annonce à l'assurance-chômage. Il s'était alors conformé à ce qui lui était demandé et avait transmis sa part à Mme C_____. Depuis lors, il n'avait plus eu aucun pouvoir de signature et n'était plus intervenu dans la gestion des activités de la société.

Il joignait à son opposition les comptes de la société, du 1er janvier 2016 à la clôture du compte par M. E_____, en mars 2018. Si le compte déployait une activité importante pendant qu'il était actif pour B_____, il n'y avait plus eu de rentrées à compter de 2017, à l'exception de paiements en retard concernant d'anciens chantiers ou en provenance de la SUVA pour Mme C_____. Ces documents prouvaient le caractère erroné des déclarations de M. E_____. Ce dernier avait ouvert un nouveau compte au nom de la société, dont l'assuré ignorait tout.

Tous les extraits de compte produits par l'assuré à l'appui de son opposition ont été adressés à la société à l'adresse de l'assuré. Jusqu'au 31 mars 2018 ont été effectués de nombreux achats et des retraits d'espèces, ainsi que des versements.

14. Par décision du 8 novembre 2019, l'OCE a rejeté l'opposition.

L'OCE a noté que, selon le RC, la société avait eu son siège au domicile personnel de l'assuré du 27 juin 2006 au 3 avril 2017, puis auprès d'une société fiduciaire, du 3 avril 2017 au 21 janvier 2019. La société avait été dissoute par suite de faillite et radiée d'office le 11 mars 2019. Elle avait ensuite été réinscrite au RC le 17 avril 2019 dans son état antérieur par décision de la Chambre de surveillance de la Cour de justice du 12 avril 2019. La procédure de faillite avait été suspendue par jugement du 23 mai 2019 et la raison sociale modifiée par B_____ Sàrl, en liquidation.

L'assuré avait reconnu avoir été inscrit au RC jusqu'en avril 2017. Il soulignait avoir créé la société en 2006 avec sa compagne. Par ailleurs, les documents bancaires fournis à l'appui de l'opposition, en plus de concerner, en partie, une période ultérieure à la prétendue cessation d'activité de l'assuré auprès de B_____, étaient adressés au domicile de l'assuré au nom de la société, alors que celle-ci n'était plus officiellement domiciliée à ladite adresse depuis plus d'une année.

15. Le 13 décembre 2019, l'assuré a interjeté recours auprès de la Cour de céans en concluant préalablement à l'audition de M. E_____, principalement à l'annulation de la décision litigieuse.

    Il répète que c'est à la demande de l'OCE qu'il a quitté la société, l'office lui ayant expliqué qu'il ne toucherait pas d'indemnités de chômage sans cela. Sa démission et l'inscription de sa nouvelle adresse ont cependant pris un certain temps au niveau administratif. Il n'a pas reçu d'indemnités de chômage avant que cette démarche n'ait été menée à terme auprès du RC.

    Il affirme que, depuis sa radiation et la nomination de M. E_____ comme gérant, il n'est plus intervenu dans la gestion de la société. Il appartenait dès lors à M. E_____ de faire toutes les démarches pour transférer les comptes à la nouvelle adresse de la société. Le nouveau gérant avait cependant mis plus d'une année à le faire et à ouvrir un nouveau compte au nom de la société. Le recourant estime n'être en rien responsable de ce retard et soutient que l'OCE ne peut en déduire qu'il a gardé un quelconque contrôle sur la société.

    Selon lui, M. E_____ n'a rien fait pour la société depuis qu'il en a été nommé gérant et il est en litige avec l'associée gérante et présidente au sujet d'indemnités accident. Cela explique selon le recourant les allégations de M. E_____ qui a certainement voulu échapper ainsi à ses responsabilités dans la faillite de la société.

16. Invité à se déterminer, l'intimé, dans sa réponse du 20 janvier 2020, a conclu au rejet du recours.

17. Par décision du 24 janvier 2020, la CCGC a nié au recourant le droit à des indemnités en cas d'insolvabilité, au motif qu'il n'avait jamais réellement quitté la société, qu'il avait certes remis ses parts, mais à sa compagne, et qu'il avait continué à œuvrer pour la société en tant que dirigeant, ce qui était confirmé par le fait qu'il disposait de la carte Postfinance au nom de la société afin, comme sa compagne, de disposer du compte de B_____. La CCGC a retenu que les deux gérants lui ayant succédé devaient être considérés comme des gérants de paille, ce qu'avait révélé l'un deux.

    La CCGC a également émis des doutes quant à la vraisemblance de la créance du recourant, quant à la réalité de son contrat de travail du 12 décembre 2018 – signé par sa compagne –, et quant à l'existence d'une activité effective de décembre 2018 à mars 2019, rappelant que la société avait été radiée en mars 2019 justement en raison de l'absence d'activité et d'actifs réalisables.

18. Une audience de comparution personnelle et d'enquêtes s'est tenue le 12 mars 2020.

a. Monsieur F_____, représentant l'intimé, a produit un courriel d'une juriste de la CCGC, daté du 10 mars 2020, dont il ressort que le recourant ne s'est pas opposé à la décision de la caisse du 24 janvier 2020.

b. Le recourant a expliqué avoir quitté la société lorsqu'il a rencontré des problèmes de santé. Il a d'abord déposé une demande de prestations AI avant d'y renoncer car il estimait que d'autres y avaient plus droit que lui. C'est alors qu'il s'est annoncé au chômage. Sa compagne détenait 100% de la société, mais ne pouvait la gérer puisqu'elle était domiciliée en France. C'est aussi la raison pour laquelle elle a dû faire avec M. E_____ pendant longtemps car il n'était pas facile de trouver un autre associé-gérant. Ce dernier ne répondait à aucune de ses demandes. À sa connaissance, la fiduciaire (sise à la rue _____) était restée la même. Le recourant a réaffirmé que ni lui, ni sa compagne n'ont plus eu aucune influence sur la société après son départ, en avril 2017.

S'il n'a pas fait opposition à la décision de la CCGC, c'est parce qu'il a honte d'être au chômage et que cette décision porte sur la période de décembre 2019 à février 2020, durant laquelle il a amené trois chantiers à la société. Il a donc effectivement été actif pour celle-ci.

c. M. E_____, entendu en qualité de témoin, a indiqué avoir été recruté en avril 2017 par le recourant comme associé-gérant sans actions. Il affirme n'avoir exercé aucun rôle dans la société si ce n'est celui de récupérer des factures d'impayés et de participer à des chantiers. Il ignore si le recourant a travaillé sur des chantiers. En revanche, il sait que c'est sa société puisqu'y travaillaient ses cousins, ses frères et sa femme. C'étaient ainsi quatre ou cinq personnes de sa famille qui travaillaient sur les chantiers.

M. E_____ n'a jamais eu de prise sur la société. Il n'a pas pu développer sa clientèle. La femme du recourant avait 90% des parts à sa connaissance. Il l'a croisée une seule fois chez le notaire à la signature.

Lui-même avait la signature individuelle et aurait donc pu faire des achats de matériel et établir des factures, mais il ne s'en est jamais servi autrement que pour ouvrir un compte à son nom en tant que gérant de la société. En réalité, une gestion parallèle avait été instaurée et comme il savait qu'un groupe de personnes gérait la société en dehors de lui, il a bien vite renoncé.

Il savait que des travaux étaient entrepris et des achats de matériel effectués sans en référer à lui. Il était donc comme un homme de paille. C'était ainsi que près de CHF 93'000.- de charges sociales impayées lui ont été récemment réclamées.

d. Le recourant a contesté les dires de M. E_____ en soulignant que Mme C_____ est sa compagne et non sa femme. Selon lui, M. E_____ n'était pas un homme de paille puisqu'il avait la signature individuelle et qu'il a rempli des

déclarations AVS pour les salaires les concernant, lui et sa compagne. Il s'étonne également qu'il se soit versé un salaire puisqu'il n'y avait pas d'activité.

e. M. E_____ a affirmé qu'il y avait bien eu des chantiers après le départ du recourant. Il a effectivement déclaré les cotisations sur les salaires qu'il avait été convenu de lui verser mais qui en réalité ne l'ont jamais été. Il partait du principe que les cotisations devaient être annoncées, que les salaires soient versés ou non.

f. Le recourant a maintenu qu'il n'y avait jamais eu de chantiers depuis son départ. Sa compagne était restée administratrice de la société, mais elle n'avait jamais pu obtenir de réponses ou de retours de la part de M. E_____. Elle était finalement décédée en novembre de l'année passée. À la question de savoir pourquoi sa compagne avait attendu si longtemps alors que le gérant ne répondait pas à ses demandes, le recourant a indiqué que c'était parce qu'elle avait l'espoir que M. E_____ apporte des chantiers, ce qu'il promettait depuis le début.

g. Selon M. E_____, son activité a consisté pour l'essentiel à travailler sur des chantiers physiquement et à essayer d'obtenir de l'argent de Monsieur G_____, avec lequel la société était en conflit. À sa connaissance, il y a eu au moins deux immeubles en chantier près de St-Gingolph et une rénovation complète de chalet à la Cure.

À l'issue de l'audience, un délai au 26 mars 2020 a été accordé au recourant ainsi qu'à M. E_____ pour fournir tout document appuyant leurs allégations respectives.

19. Dans le délai imparti, le recourant a produit :

- un courrier adressé le 7 décembre 2015 par le recourant, au nom de B_____, à H_____ SA, indiquant suspendre les travaux en cours pour non-paiement des factures ;
- le dispositif d'une décision du Tribunal de Monthey du 30 juin 2016, ordonnant l'annotation, en faveur de la société, d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs sur une parcelle sise dans la commune de St-Gingolph, et propriété de la société H_____ SA ;
- une attestation de salaires 2018 faite le 9 janvier 2019 par M. E_____ pour lui-même (CHF 94'800.-) et sa compagne (CHF 11'760.-), dont les montants ont été biffés le 21 février 2019 par M. D_____, avec la mention « pas d'activité et pas de salaire versé ».

Le recourant réaffirme que M. E_____ a bien été le gérant de la société avec signature individuelle et qu'il a menti à l'OF et à l'OCE. Il a établi une attestation de salaire 2018 pour lui-même et sa compagne, alors que la société n'avait aucun chantier, ni activité. Le recourant répète qu'il n'a eu aucune activité pour la société entre décembre 2016 et novembre 2018. De décembre 2018 à mars 2019, il y a travaillé en tant que responsable de chantier, ce que M. D_____ peut confirmer.

C’est à la demande de l’OF que le recourant a déposé une demande d’indemnité en cas d’insolvabilité à la suite de la faillite de la société.

20. Le 26 mai 2020, l’intimé a persisté intégralement dans ses conclusions.

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. Le litige porte sur le bien-fondé de la décision de l’OCE de nier le droit à l’indemnité de chômage dU recourant rétroactivement au 1er décembre 2016, au motif qu’il aurait eu une position assimilable à celle d’un employeur.

3. a. L’assuré a droit à l’indemnité de chômage notamment s’il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 8 al. 1 let. a LACI). Est réputé sans emploi celui qui n’est pas partie à un rapport de travail et qui cherche à exercer une activité à plein temps (art. 10 al. 1 LACI). Selon l’art. 10 al. 2 LACI, est réputé partiellement sans emploi celui qui n’est pas partie à un rapport de travail et cherche à n’exercer qu’une activité à temps partiel (let. a) ou occupe un emploi à temps partiel et cherche à le remplacer par une activité à plein temps ou à le compléter par une autre activité à temps partiel (let. b).

   b. Selon la jurisprudence (ATF 123 V 234), 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'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, en particulier l'art. 31 al. 3 let. c LACI. Selon cette disposition légale, 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 de l’entreprise ; il en va de même des conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise. Le Tribunal fédéral a identifié un risque de contournement de la clause d'exclusion de l'art. 31 al. 3 let. c LACI lorsque dans un contexte économique difficile, ces personnes procèdent à leur

propre licenciement et revendiquent l'indemnité de chômage tout en conservant leurs liens avec l'entreprise. Dans une telle configuration, en effet, il est toujours possible pour elles de se faire réengager dans l'entreprise ultérieurement et d'en reprendre les activités dans le cadre de son but social. 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. Dans ce cas, l'intéressé peut en principe prétendre à des indemnités de chômage (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb p. 238 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_448/2018 du 30 septembre 2019 consid. 3).

À cet égard, 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 RC. Il n'y a pas lieu de 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. 227 sv. 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 du code des obligations [CO ; RS 220]), 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 (cf. ATF 122 V 273 consid. 3 ; DTA 2004 n° 21 p. 198 consid. 3.2; ATFA du 27 janvier 2005, cause C 45/04). 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).

c. 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 (cf. art. 8 al. 1 let. b LACI). 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. C'est la raison pour laquelle le Tribunal fédéral des assurances a posé des critères stricts permettant de lever d'emblée toute ambiguïté relativement à l'existence et à l'importance de la perte de travail d'assurés dont la situation professionnelle est comparable à celle d'un employeur.

Il n'y a pas de place, dans ce contexte, pour un examen au cas par cas d'un éventuel abus de droit de la part d'un assuré. Lorsque l'administration statue pour la première fois sur le droit à l'indemnité d'un chômeur, elle émet un pronostic quant à la réalisation des conditions prévues par l'art. 8 LACI. Aussi longtemps qu'une personne occupant une fonction dirigeante maintient des liens avec sa société, non seulement la perte de travail qu'elle subit est incontrôlable mais la possibilité subsiste qu'elle décide d'en poursuivre le but social. Dans un tel cas de figure, il est donc impossible de déterminer si les conditions légales sont réunies sauf à procéder à un examen a posteriori de l'ensemble de la situation de l'intéressé, ce qui est contraire au principe selon lequel cet examen a lieu au moment où il est statué sur les droits de l'assuré. Au demeurant, 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 (ATFA du 14 avril 2003, cause C 92/02, du 29 août 2005, cause C 163/04).

d. De jurisprudence constante, l'inscription de l'assuré au registre du commerce (comme organe de la société) est décisive pour déterminer s'il occupe une position assimilable à celle d'un employeur ; la radiation de l'inscription permet d'admettre sans équivoque que l'assuré a quitté la société (cf. notamment arrêts du Tribunal fédéral des assurances C 17/06 du 1er 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 (arrêt du Tribunal fédéral 8C_738/2015 du 14 septembre 2016 consid. 3.1 ; BORIS RUBIN, Assurance-chômage, 2ème éd. 2006, p. 131).

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 ; en pareil cas, on ne saurait parler d'un comportement visant à éluder la loi. 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. Encore faut-il que le chômeur ne soit pas propriétaire de tout ou partie de l'entreprise. Dans un cas comme dans l'autre,

l'intéressé peut en principe prétendre à des indemnités de chômage (BORIS RUBIN, Assurance-chômage, 2ème éd. 2006, p. 128-129).

Pour les personnes licenciées qui ne font pas formellement partie d'un organe dirigeant mais qui disposent encore d'une part sociale, leur droit ne pourra être exclu que si leur part est importante (en principe au moins 30 %) ou si la possibilité d'influencer les décisions est considérable pour d'autres motifs, par exemple en cas de liens de parenté avec d'autres personnes jouissant d'un pouvoir décisionnel important (arrêts du Tribunal fédéral 8C_1044/2008 du 13 février 2009 ; C 61/05 du 10 avril 2006 ; C 45/04 du 27 janvier 2005). La loi et la jurisprudence n'excluent cependant du droit à certaines prestations que le conjoint occupé dans l'entreprise d'une personne mentionnée à l'art. 31 al. 3 let. c LACI lorsqu'il existe un risque de mise à contribution abusive de l'assurance, mais non pas d'autres personnes qui feraient partie de la famille de celle-là (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C45/04 du 27 janvier 2005 consid. 3.2).

Dans l'arrêt C 175/04 précité, le TFA a considéré que l'intéressé n'avait ni quitté définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci, ni rompu tout lien avec la Sàrl. Devenu liquidateur de celle-ci, il avait conservé des prérogatives analogues à celles dont il disposait précédemment. En particulier, il était chargé de la gestion et de la représentation de la société en liquidation, avec pouvoir d'accomplir tous les actes qui entraient dans le cadre du but de la liquidation, y compris, le cas échéant, de nouvelles opérations. En d'autres termes, le statut de liquidateur de la Sàrl avait eu pour effet de maintenir l'intéressé dans le cercle des personnes qui fixent les décisions de l'employeur ou qui les influencent de manière déterminante. De ce chef, il n'avait pas droit à l'indemnité, ce que la jurisprudence avait d'ailleurs déjà admis dans des affaires analogues concernant des liquidateurs (DTA 2002 p. 185 consid. 3c [arrêt S. du 19 mars 2002, C 373/00]; arrêt G. du 12 septembre 2005, C 131/05).

e. La jurisprudence étend l'exclusion du conjoint du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, au droit à l'indemnité de chômage (cf. arrêt M. du 26 juillet 1999, cause C 123/99). En effet, les conjoints peuvent exercer une influence sur la perte de travail qu'ils subissent, ce qui rend leur chômage difficilement contrôlable. En outre, aussi longtemps que cette influence subsiste, il existe une possibilité de réengagement. Dans ce cas également, il s'agit de ne pas détourner la réglementation en matière d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, par le biais d'une disposition sur l'indemnité de chômage (ATFA du 29 août 2005, cause C 163/04).

La personne assurée qui a quitté l'entreprise dans laquelle son conjoint ou sa conjointe occupe une position comparable à celle d'un employeur n'a en principe droit à l'indemnité que si elle a perdu un emploi qu'elle occupait chez un autre employeur et qu'elle a accompli une période minimale de cotisation de six mois hors de l'entreprise de son conjoint (Bulletin AC du SECO 2003/4 fiche 4/3, 2004/3

fiche 3; circulaire relative à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, janvier 2005, chiffre B 44; ATFA du 31 mars 2004, cause C 171/03).

f. L'assurance-chômage n'a pas pour vocation à indemniser la perte ou les fluctuations de gain liées à une activité indépendante mais uniquement la perte de travail, déterminable et contrôlable, du travailleur ayant un simple statut de salarié qui, à la différence de celui occupant une position décisionnelle, n'a pas le pouvoir d'influencer la perte de travail qu'il subit et pour laquelle il demande l'indemnité de chômage (arrêts du Tribunal fédéral 8C_163/2016 du 17 octobre 2016 consid 4.2 et 8C_295 2014 du 7 avril 2015 consid. 4 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 156/06 du 7 décembre 2006 consid. 2).

4. En ce qui concerne la preuve, 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).

5. En l'espèce, le recourant s'est inscrit à l'OCE le 30 novembre 2016, en faisant valoir que son contrat avait été résilié pour des raisons économiques et un délai-cadre a été ouvert par l'intimé dès le 1er décembre 2016.

   Dans la décision entreprise, l'OCE a retenu que le recourant avait conservé une position assimilable à celle d'un employeur dans la société, étant donné son inscription au RC jusqu'au 3 avril 2017 et parce qu'il avait vraisemblablement continué à prendre les décisions et à exercer une influence considérable sur les décisions de ladite société.

   En effet, à teneur du RC, les pouvoirs du recourant en qualité d'associé-gérant de la société avec signature individuelle n'ont été radiés que le 3 avril 2017. À compter de cette date, sa compagne a été inscrite comme associée gérante présidente et titulaire de la signature collective à deux, et M. E_____ a été inscrit comme gérant, avec la signature individuelle. Par ailleurs, les dix-neuf parts détenues par le recourant ont été transférées à cette même date à sa compagne.

   Il ressort des propos tenus par M. E_____, tant devant l'OF et le bureau d'enquêtes de l'intimé que devant la Cour de céans, qu'il a été recruté par le recourant lui-même et que, même après la radiation de son inscription au RC, le

recourant aurait continué à agir comme un organe de fait vis-à-vis de la société et à suivre de près l'activité de celle-ci. De même, M. D_____, qui a succédé à M. E_____ comme associé gérant avec signature individuelle à compter du mois de janvier 2019, a indiqué à l'OF avoir été approché par Mme C_____, puis reçu par cette dernière et le recourant. Il ressort de ses réponses lacunaires à l'OF qu'il ne semblait pas réellement connaître le fonctionnement de la société, sa comptabilité, et même sa masse salariale, ce qui est pour le moins surprenant de la part d'un associé gérant.

Par ailleurs, les documents bancaires de la société que le recourant a produits à l'appui de son opposition, alors même qu'ils concernent une période postérieure à sa prétendue cessation d'activité (à savoir jusqu'au 31 mars 2018), lui ont été adressés à sa propre adresse, au nom de la société, alors pourtant officiellement domiciliée auprès d'une fiduciaire sise à la rue du Conseil-Général. Ces documents bancaires font état de nombreux achats, retraits d'espèces et versements, démontrant que le recourant continuait à exercer une certaine activité au nom de la société.

Partant, le recourant ne saurait ainsi être suivi lorsqu'il soutient que ni lui, ni sa compagne, n'auraient plus eu aucune influence sur la société après sa radiation du RC en avril 2017. Il paraît au contraire vraisemblable que le recourant a continué à influencer de façon déterminante les décisions de la société par le biais de sa compagne avec laquelle il avait créé celle-ci, et à gérer un compte au nom de la société.

Par ailleurs, le fait qu'il ait à nouveau été engagé par sa compagne dans ladite société du 1er décembre 2018 au 29 mars 2019, alors que l'entreprise ne semble pas avoir eu une quelconque activité à cette période, laisse fortement penser que lui-même et sa compagne tenaient en réalité les rênes de la société et ont cherché à obtenir des prestations sociales de manière indue, comme cela ressort de la décision de la CCGC du 24 janvier 2020, désormais définitive.

De surcroît, les déclarations de MM. E_____ et D_____ vont dans le même sens et le recourant n'a pas été en mesure de démontrer leur inexactitude. À cet égard, les documents que le recourant a produits après l'audience ne lui sont d'aucune utilité. L'on peine à comprendre en quoi les deux pièces relatives à un litige ayant opposé, en décembre 2015 et juin 2016 la société B_____ à la société H_____ SA, ou encore l'attestation de salaires pour 2018 établie le 9 janvier 2019 par M. E_____, permettraient de démontrer qu'il n'est plus intervenu dans la gestion de la société après son prétendu licenciement en novembre 2016.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, c'est à juste titre que l'intimé a considéré que le recourant avait conservé une position assimilable à celle d'un employeur en dépit de la radiation de ses pouvoirs formels en avril 2017. Le risque que l'art. 31 al. 3 let. c LACI ait été détourné existe bien, et c'est dès lors à tort que l'intimé a versé au recourant des prestations de chômage durant toute la période considérée, à savoir

jusqu'au 8 juin 2018. La Cour de céans constate à ce stade que l'intimé n'a pas formellement réclamé la restitution des prestations versées à tort, de sorte qu'elle n'a pas à se prononcer sur le bien-fondé d'une demande de restitution qui n'est pas encore intervenue.

6. Au vu de ce qui précède, le recours, mal fondé, sera rejeté.

   Pour le surplus, 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 SÉCHAUD	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