



POUVOIR JUDICIAIRE

A/712/2020

ATAS/795/2020

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 22 septembre 2020

15^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à GENÈVE

recourant

contre

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

intimé

**Siégeant : Marine WYSSENBACH, Présidente; Anny FAVRE et Christine TARRIT-
DESHUSSES, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur A_____ (ci-après : le recourant) s'est inscrit, le 1^{er} octobre 2019, à l'office cantonal de l'emploi afin de percevoir des indemnités de chômage, compte tenu de la résiliation de son contrat de travail au 30 septembre 2019.
2. Par courrier du 10 octobre 2019, la caisse cantonale de chômage a sollicité des documents du recourant pour pouvoir se prononcer sur sa demande d'indemnités de chômage.
3. Par décision du 26 novembre 2019, le droit aux indemnités de chômage a été nié à M. A_____ au motif qu'il était toujours associé-gérant de la société qui l'avait licenciée en juin 2019 pour fin septembre 2019 pour des motifs économiques, que son épouse était propriétaire de cette société et occupait une position assimilable à celle d'un employeur, que le divorce n'avait pas été prononcé et qu'aucun des époux n'avait définitivement quitté la société ou sa position au sein de celle-ci, malgré le licenciement et la séparation des époux.
4. Le 18 décembre 2019, M. A_____ a fait opposition à cette décision, en soulevant le grief d'un établissement faux des faits. Il n'était pas titulaire d'une signature, mais était un simple associé de la société qui l'avait licencié. Cette décision retenait que le licenciement avait été justifié par des raisons économiques, ce qu'il contestait, sans que l'attestation sollicitée auprès de l'employeur au sujet de ce motif n'ait été obtenue. Il considérait que le délai de congé n'avait pas été respecté puisqu'il n'avait reçu son salaire de juillet qu'en octobre 2019 et aucun salaire au mois d'août et de septembre 2019, de sorte qu'il avait déposé plainte devant les Prud'hommes. La décision constatait également à tort qu'il avait travaillé du 1^{er} octobre 2017 au 30 septembre 2019 alors qu'il travaillait depuis 2004 et cotisé à l'assurance-chômage depuis lors.
5. Par décision sur opposition du 24 janvier 2020, la caisse a maintenu sa décision du 26 novembre 2019. Les indemnités de chômage avaient été refusées au motif que M. A_____ occupait une position assimilable à celle du conjoint de l'employeur - lequel ne peut pas prétendre à des indemnités de chômage - au sein de la société qui l'avait licencié pour des motifs économiques. Son épouse, Madame B_____, étant associée gérante avec signature individuelle et propriétaire d'une part de CHF 11'000.- de cette société, et lui-même étant associé, sans signature, pour la part résiduelle de CHF 9'000.-, il disposait d'une influence sur la société, et dans la mesure où les époux n'étaient pas divorcés, mais seulement séparés, lors du dépôt de sa demande, les conditions d'octroi des indemnités de chômage n'étaient pas réalisées (art. 31 al. 3 LACI par analogie).
6. Le 20 février 2020, M. A_____ a recouru contre cette décision en contestant avoir le moindre pouvoir de décision dans C_____. Séparé de son épouse, il avait été licencié non pas pour des motifs économiques mais probablement par vengeance par l'amant de son épouse, Monsieur D_____. Ce dernier avait été nommé gérant de la société par Mme B_____, laquelle lui avait également confié une

procuration, en juillet 2019, pour la gestion de la société. L'amant s'était d'ailleurs vanté auprès d'une cliente de l'avoir licencié en juin 2019. En détenant 45 % de la société, il ne disposait d'aucun pouvoir de décision et ne pouvait avoir de l'influence sur son épouse dont il était séparé et qui était sous l'influence de son amant. En tête de son recours, M. A_____ a conclu à l'annulation de la décision sur opposition du 24 janvier 2020, à ce que la chambre de céans le rétablisse dans ses droits au chômage avec effet rétroactif et indemnités de procédure, « que l'esprit de la loi soit correctement appliqué et qu'un conjoint de gérant puisse naturellement toucher le chômage lorsqu'il est démontré qu'il n'a pas de pouvoir décisionnel au sein de l'entreprise, que l'absurdité consistant à considérer que des conjoints sont forcément en accord lors d'une procédure de séparation et avant un divorce soit définitivement abandonnée » et, subsidiairement, que les cotisations de chômage lui soient restituées et « de manière plus générale, que toute décision rendue basée sur des faits mensongers ou inexacts ou encore des textes de lois sortis de leurs contextes vaille annulation immédiate et octroi automatique des indemnités chômage avec effet rétroactif, ceci afin de garantir que la Caisse Cantonale de Chômage travaille enfin correctement via une analyse effective et rigoureuse de la loi et des dossiers ».

Il a en outre joint à son recours la décision contestée et celle du 26 novembre 2019 lui refusant le droit aux prestations de chômage, un extrait du registre du commerce concernant C_____, à teneur duquel il était inscrit en tant qu'associé avec une part de CHF 9'000.- et son épouse en tant qu'associée gérante avec signature individuelle et titulaire d'une part de CHF 11'000.-, un extrait d'emails échangés avec des employés de la caisse de chômage, une lettre adressée par cette dernière au recourant, le 12 novembre 2019, l'informant qu'elle avait requis « l'attestation de l'employeur », une copie du contrat de travail et les feuilles de salaire des mois d'octobre 2017 à juin 2019 et examinerait s'il occupait une position assimilable à celle d'un employeur, compte tenu du fait qu'il était associé-gérant avec signature individuelle et qu'il était séparé de son épouse, ainsi qu'un témoignage écrit d'une personne ayant cherché le recourant après son licenciement et à laquelle M. D_____ aurait dit avoir licencié le recourant.

7. L'intimé a répondu au recours, le 28 mai 2020, et a conclu à son rejet, persistant dans les termes de sa décision et rappelant à toutes fins utiles la teneur des arrêts du Tribunal fédéral 8C_163/2016 du 17 octobre 2016, 8C_574/2017 du 4 septembre 2018, ATF 123 V 234 et ATF 142 V 263. L'intimé relevait que la question de l'aptitude au placement du recourant ou du moins de la déclaration des gains intermédiaires inexistante en l'état, voire celle du domicile, pouvait rester ouverte. En outre, aucune attestation de recherches d'emploi n'ayant été produite par le recourant dans le délai de trois mois suivant la période de contrôle, délai de péremption, son droit à des indemnités de chômage devrait être nié.

L'intimé a en outre transmis à la chambre de céans toutes les pièces relatives au recourant, au nombre desquelles figuraient la lettre de licenciement visant le

recourant du 10 juin 2019, un courrier que ce dernier avait adressé, le 19 août 2019, à l'administration fiscale pour l'informer qu'il se retirait définitivement de la gestion de la société, une requête qu'il avait adressée à la juridiction des Prud'hommes le 19 août 2019 pour le paiement des salaires de juillet à septembre 2019 et une indemnité de CHF 18'000.- pour licenciement abusif, les procurations par lesquelles l'épouse du recourant confiait à M. D._____ le pouvoir de la représenter en tant qu'associé-gérant, datées des 22 juillet et 26 août 2019, ainsi qu'une citation des époux à comparaître devant le Tribunal civil le 10 octobre 2019 dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale.

8. Le recourant n'a pas formé d'observations dans le délai imparti à cet effet.
9. 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), 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. À teneur de l'art. 1 al. 1 LACI, les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité, à moins que la loi n'y déroge expressément.
3. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56ss LPGA).
4. Le litige porte sur le droit du recourant à des indemnités de chômage dès le 1^{er} octobre 2019.
5. En vertu de l'art. 8 al. 1 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, s'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 215 consid. 2).

6. a. L'art. 31 al. 3 LACI prévoit que n'ont pas droit à l'indemnité : les travailleurs dont la réduction de l'horaire de travail ne peut être déterminée ou dont l'horaire de travail n'est pas suffisamment contrôlable (let. a) ; le conjoint de l'employeur, occupé dans l'entreprise de celui-ci (let. b) ; les personnes qui fixent les décisions

que prend l'employeur - ou peuvent les influencer considérablement - en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise ; il en va de même des conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise (let. c).

b. Si la jurisprudence considère qu'il n'est pas admissible de refuser de manière générale le droit aux prestations aux employés au seul motif qu'ils sont inscrits au Registre du commerce et qu'il y a lieu d'établir l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes, elle fait toutefois exception à ce principe notamment lorsqu'il s'agit d'associés-gérants d'une société à responsabilité limitée, car ils disposent ex lege d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI (arrêt du Tribunal fédéral C.267/05 du 19 décembre 2006 consid. 4.1). 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 (arrêt du Tribunal fédéral 8C_515/2007 du 8 avril 2008 consid. 2.2). Il en va de même pour les membres de la direction d'une association (arrêt précité consid. 3.2).

7. Bien que l'art. 31 al. 3 LACI vise l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, l'exclusion du droit qu'elle prévoit s'applique selon le Tribunal fédéral également à l'indemnité de chômage (cf. arrêt du Tribunal fédéral C.152/06 du 25 janvier 2007 consid. 2). En effet, 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 (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb).
8. L'application de l'art. 31 al. 3 let. c LACI dans le domaine de l'indemnité de chômage est nécessaire pour prévenir une série d'abus potentiels, dont une perte de travail incontrôlable et, partant, un appel à l'indemnité de chômage abusif (cf., pour d'autres exemples, Boris RUBIN, op. cit., n. 19 ad art. 10, note 13 à la p. 98). Dans la mesure où le dirigeant licencié - ou son conjoint occupé dans l'entreprise, auquel il est assimilé - peut se réengager quand il le souhaite, c'est-à-dire dès qu'il le décide, son chômage ressemble potentiellement à une réduction de l'horaire de travail qui se manifesterait par une suspension d'activité. Certes, le contournement de l'art. 31 al. 3 let. c LACI peut n'être qu'hypothétique, car les personnes licenciées pouvant continuer à fixer les décisions de l'employeur n'entendent pas forcément se réengager (ou se faire réengager par leur conjoint dirigeant de l'entreprise). Toutefois - ainsi que l'indique Boris RUBIN (op. cit., n. 20 s. ad art. 10) -, le procédé spécifique de vérification des conditions du droit à l'indemnité de chômage impose de nier d'emblée le droit aux personnes en question ; statuer sur le droit à l'indemnité d'un chômeur suppose en effet un pronostic quant à la réalisation de certaines, sinon de toutes les conditions prévues par l'art. 8 LACI, au point qu'il est pratiquement impossible de déterminer à ce moment-là si un contournement visé par la disposition précitée est en voie d'être

réalisé, tant que l'intéressé (ou son conjoint) maintient des liens avec sa société. C'est pourquoi la jurisprudence retient que le seul risque d'abus suffit pour que le droit à l'indemnité de chômage soit nié d'emblée, autrement dit n'exige pas que le risque considéré soit avéré (arrêt du Tribunal fédéral 8C_587/2012 consid. 3.2 ; arrêts du Tribunal fédéral des assurances C 172/04 du 5 janvier 2005 consid. 2.1 ; C 141/03 du 9 décembre 2003 consid. 4).

9. Dans l'hypothèse où le chômeur occupe lui-même une position décisionnelle dans l'entreprise, du fait qu'il est membre du conseil d'administration ou d'un autre organe supérieur de direction de l'entreprise, il n'y a pas même lieu d'examiner la situation au regard des circonstances concrètes du cas, car il est alors réputé ex lege disposer d'un pouvoir déterminant au sein de cette dernière au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI, appliqué par analogie à l'indemnité de chômage (ATF 122 V 270 consid. 3 ; arrêts du Tribunal fédéral 8C_171/2012 du 11 avril 2013 consid. 6.2 ; 8C_776/2011 du 14 novembre 2012 consid. 3.3 ; 8C_515/2007 du 8 avril 2008).
10. Il en va de même, dans une société à responsabilité limitée, des associés, respectivement des associés-gérants lorsqu'il en a été désigné, lesquels occupent collectivement une position comparable à celle du conseil d'administration d'une société anonyme (cf. art. 809 al. 1 CO ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_776/2011 du 14 novembre 2012 consid. 3.2 et références citées ; SECO – Bulletin janvier 2014 LACI IC/B17).
11. Il n'y a plus de parallélisme de la perte de travail avec une réduction de l'horaire de travail - et partant plus d'application analogique possible de l'art. 31 al. 3 let. c LACI à l'indemnité de chômage - lorsque la personne qui occupe une position assimilable à celle d'un employeur quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de cette dernière ou rompt définitivement tout lien avec l'entreprise qui continue d'exister (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_574/2017 du 4 septembre 2018 consid. 5.1). Un risque d'abus subsiste lorsque l'activité de l'entreprise est simplement « mise en veilleuse » ou en voie d'être mise en faillite, une reprise des activités restant possible dans ces éventualités (Boris RUBIN, op. cit., n. 29 ss ad art. 10).
12. Une rupture définitive de tout lien avec l'entreprise continuant d'exister est aussi admise lorsque l'assuré a divorcé de la personne occupant une position dirigeante au sein de cette entreprise, mais qu'il ne suffit pas que les époux soient séparés de fait ou de droit ou que des mesures protectrices de l'union conjugale aient été ordonnées (cf. aussi : arrêt du Tribunal fédéral 8C_574/2017 du 4 septembre 2018 consid. 5.2).
13. Dans l'ATF 142 V 263, le Tribunal fédéral a jugé que les prestations de l'assurance-chômage n'étaient pas dues jusqu'au prononcé du divorce, indépendamment du point de savoir si et depuis combien de temps les conjoints vivaient séparés de fait ou de droit ou si des mesures de protection de l'union conjugale avaient été ordonnées, car il existait un risque d'abus (eu égard aux

intérêts économiques des conjoints). Dans les considérants de cet arrêt publié (cf. en particulier consid. 4.1 et 5.2), le Tribunal fédéral a souligné qu'il n'était pas justifié de traiter différemment les personnes assimilées à un employeur et leurs conjoints, selon qu'ils réclamaient une indemnité de chômage, une indemnité en cas de réduction de travail ou en cas d'insolvabilité - le risque d'abus étant le même pour les trois types de prestations - et que l'exclusion devait être comprise de manière absolue. Il ne se justifiait donc pas d'accorder des prestations aux personnes concernées sous certaines conditions dans des cas individuels. En outre, l'exclusion du droit aux prestations de chômage n'était pas fondée sur des abus réels et prouvés, mais sur le risque d'abus inhérent à la position des personnes employées dans l'entreprise de leur conjoint (consid. 5.3 ; cf. arrêt du Tribunal fédéral 8C_574/2017 du 4 septembre 2018 consid. 5.2).

En l'espèce, le recourant était, lors de sa demande de chômage, l'un des deux associés de la société C_____. Les parts de cette société étaient détenues par son épouse à raison de 55 % du capital action, et par le recourant à hauteur de 45 % dudit capital.

Dans la mesure où le recourant était encore associé de la société l'ayant licencié, lors du dépôt de sa demande, et possédait 45 % des parts de cette société, il disposait de par la loi d'une influence prépondérante au sein de cette dernière quand bien même son épouse disposait d'une part majoritaire.

De plus, en tant qu'époux de l'associée majoritaire, bien que séparé de fait, le recourant est demeuré dans une position assimilable à celle d'un employeur.

L'on ne peut pas considérer qu'il a rompu tous ses liens avec la société dans la mesure où il demeure marié avec l'associée majoritaire.

Ce n'est pas la bonne foi du recourant qui est mise en doute, mais le risque théorique d'abus qui est sanctionné, selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral.

14. Au vu de l'ensemble de ces circonstances, le risque que l'art. 31 al. 3 let. c LACI soit détourné existait au moment de la demande de prestations.
15. Ce seul risque était dès lors suffisant pour nier au recourant tout droit à des indemnités de chômage.
16. Partant le recours, mal fondé, est rejeté.
17. 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 NIERMARÉCHAL

Marine WYSSENBACH

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