

## **BGer 8C\_1044/2008 vom 13. Februar 2009**

Bundesgericht, 2009-02-13, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_8C\\_1044\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_1044_2008)

FR: TF 8C\_1044/2008 du 13 février 2009

IT: TF 8C\_1044/2008 del 13 febbraio 2009

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Le recours en matière de droit public est recevable contre les décisions qui mettent fin à la procédure ( art. 90 LTF ) et contre toute décision qui statue sur un objet dont le sort est indépendant de celui qui reste en cause ou qui met fin à la procédure à l'égard d'une partie des consorts (décision partielle; art. 91 LTF ). Il est également recevable contre les décisions préjudicielles et incidentes qui sont notifiées séparément et qui portent sur la compétence ou sur une demande de récusation ( art. 92 al. 1 LTF ). Les autres décisions préjudicielles et incidentes notifiées séparément ne peuvent faire l'objet d'un recours que si elles peuvent causer un préjudice irréparable ( art. 93 al. 1 let. a LTF ), ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse ( art. 93 al. 1 let. b LTF ).

#### **E. 1.2**

Un préjudice irréparable au sens de l' art. 93 al. 1 let. a LTF est un dommage de nature juridique qui ne peut pas être réparé ultérieurement par un jugement final ou une autre décision favorable au recourant ( ATF 134 III 188 consid. 2.1 p. 190; 133 V 645 consid. 2.1 p. 647). En revanche, un dommage de pur fait, comme la prolongation de la procédure ou un accroissement des frais de celle-ci, n'est pas considéré comme irréparable ( ATF 133 III 629 consid. 2.3.1 p. 632 ). Un jugement de renvoi pour nouvelle décision peut causer un préjudice irréparable à l'administration s'il comporte des instructions sur la manière dont cette dernière devra trancher certains aspects du rapport juridique litigieux, restreignant ainsi de manière importante sa latitude de jugement. Dans une telle situation, en effet, l'administration devrait rendre une nouvelle décision en respectant les instructions figurant dans le jugement de renvoi, sans pouvoir ensuite recourir contre sa propre décision. Elle se trouverait ainsi dépourvue de tout moyen de soumettre au Tribunal fédéral la question tranchée incidemment dans le jugement de renvoi ( ATF 133 V 477 consid. 5.2 p. 483).

#### **E. 1.3**

Le jugement entrepris ne tranche pas définitivement la question du droit aux prestations pour la période courant dès le 1er avril 2008, mais renvoie la cause à la caisse pour qu'elle statue à nouveau sur ce point. Il s'agit d'un jugement incident pouvant entraîner un préjudice irréparable pour la caisse, dès lors qu'il constate que la position de l'assuré au sein de la société S. \_\_\_\_\_ n'est pas assimilable à celle d'un employeur, autrement dit, que ses relations avec cette société ne font pas obstacle au versement d'indemnités journalières. Partant, la condition de recevabilité de l' art. 93 al. 1 let. a LTF est remplie. Les autres conditions de recevabilité ne prêtant pas à discussion, le recours est recevable.

#### **E. 1.4**

L'intimé conclut à ce que soit constaté son droit à des indemnités journalières de chômage pour la période courant dès le 1er avril 2008, ce qui va au-delà de ce que lui ont reconnu les premiers juges. Dans la mesure où il n'a pas lui-même interjeté un recours contre le jugement du 10 novembre 2008 du Tribunal des assurances sociales du canton de Genève, il ne pouvait toutefois conclure qu'à l'admission, à l'irrecevabilité ou au rejet du recours interjeté par la partie adverse (cf. ATF 124 V 153 consid. 1 p. 155). Ses conclusions en constatation de droit sont donc irrecevables.

### **E. 2.1**

Les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail lorsqu'ils remplissent les conditions décrites aux lettres a à d de l'art. 31 al. 1 LACI. Une réduction de l'horaire de travail peut consister non seulement en une réduction de la durée quotidienne, hebdomadaire ou mensuelle du travail, mais aussi en une cessation d'activité pour une certaine période, sans résiliation des rapports de travail (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb p. 237). N'ont pas droit à l'indemnité en question les travailleurs dont la réduction de l'horaire de travail ne peut pas être déterminée ou dont l'horaire n'est pas suffisamment contrôlable (art. 31 al. 3 let. a LACI), de même que 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 (art. 31 al. 3 let. b et c LACI).

### **E. 2.2**

La jurisprudence considère, par ailleurs, qu'un travailleur qui jouit d'une situation comparable à celle d'un employeur - ou son conjoint -, n'a pas droit à l'indemnité de chômage (art. 8 ss LACI) lorsque, bien que licencié formellement par une entreprise, il continue à 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 des dispositions 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. Dans ce sens, il existe un étroit parallélisme entre le droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail et le droit à l'indemnité journalière de chômage (ATF 123 V 234 cité).

### **E. 3.1**

Les premiers juges ont considéré qu'en sa qualité d'administrateur unique de la société S.\_\_\_\_\_, l'intimé s'était trouvé dans une position assimilable à celle d'un employeur jusqu'au 18 mars 2008. Dans la mesure où il avait, en outre, perçu un salaire pour les mois de janvier à mars 2008, il convenait de nier le droit aux prestations jusqu'à la fin de cette période. Il n'y a pas lieu de revenir sur cet aspect du jugement entrepris, qui n'est pas contesté par les parties.

En ce qui concerne la période courant dès le 1er avril 2008, la juridiction cantonale a considéré que l'intimé n'exerçait plus, à cette date, de fonction au sein du conseil d'administration ni dans la direction de la société S.\_\_\_\_\_, et que son seul lien avec cette société était désormais sa participation de 40 % au capital social. Il possédait ainsi 80 actions sur 200, deux autres actionnaires possédant chacun 60 actions. D'après les premiers juges, l'intimé n'avait plus la capacité d'influencer de manière prépondérante les décisions de la société et sa participation principale, mais non majoritaire, dans la société ne suffisait

pas à assimiler sa situation à celle d'un employeur.

### **E. 3.2.1**

Selon la jurisprudence relative à l' art. 31 al. 3 let . c LACI, qu'il convient d'appliquer par analogie dans le cas d'espèce, 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. On ne saurait se fonder de façon stricte sur la position formelle de l'organe à considérer, mais 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 (arrêt C 102/96 du 26 mars 1997 consid. 5d [SVR 1997 ALV no 101 p. 309]). 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 (arrêts C 42/97 du 21 mai 1997 consid. 1b et 2 [DTA 1996/1997 no 41 p. 224], C 102/96 du 26 mars 1997 consid. 5c). La seule exception à ce principe que reconnaît le Tribunal fédéral 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 (arrêt C 42/97 du 21 mai 1997 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 270 consid. 3 p. 272 sv.; arrêt C 113/03 du 24 mars 2004 consid. 3.2 [DTA 2004 p. 196]). Dans ce contexte, le seul fait que l'assuré dispose d'une participation au capital social de l'entreprise qui l'employait ne suffit pas, à lui seul, à considérer qu'il se trouve dans une position assimilable à celle d'un employeur (cf. arrêt C 45/04 du 27 janvier 2005); d'autre part, la seule démission formelle du conseil d'administration n'exclut pas forcément que l'assuré conserve un statut assimilable à celui d'un employeur au sein de cette société, par exemple en conservant une participation importante au capital social (cf. arrêt C 61/05 du 10 avril 2006). Le critère déterminant est celui de la capacité de l'assuré à influencer concrètement et de manière importante les décisions de la société.

### **E. 3.2.2**

En l'occurrence, l'intimé n'est, certes, plus membre du conseil d'administration de la société S. \_\_\_\_\_ depuis le 18 mars 2008; il en reste toutefois le principal actionnaire, avec 80 actions, soit 40 % du capital social. Les deux autres associés détiennent chacun 60 actions, soit 30 % du capital-actions. L'intimé demeure par conséquent l'actionnaire le plus influent, d'autant qu'il a été, quasiment depuis la fondation de la société, directeur-administrateur, puis administrateur avec signature individuelle. Comme le souligne la recourante - il convient sur ce point de compléter les constatations de fait incomplètes auxquelles la juridiction cantonale a procédé -, l'assemblée générale de la société peut valablement délibérer en tout cas si le 70 % de l'actionnariat est présent ou représenté, chaque action conférant une voix. Cela permet à l'intimé de s'accorder avec l'un des deux autres actionnaires pour que l'assemblée générale délibère valablement. Cela s'est d'ailleurs produit lors des assemblées générales des 23 novembre 2007 et 18 mars 2008, lors desquelles les actionnaires présents ou représentés possédaient ensemble 70 % du capital-actions. L'intimé conserve ainsi une influence déterminante sur les décisions de la

société S. \_\_\_\_\_, qui justifie de considérer qu'il demeure dans une position assimilable à celle d'un employeur malgré sa démission de son poste d'administrateur en mars 2008. Comme il l'a exposé lui-même, la société a été «mise en sommeil» à défaut de clients, mais pourrait reprendre ses activités. Le risque que l' art. 31 al. 3 let . c LACI soit détourné existe donc bel et bien. Enfin, on observera que la perte de travail effective de l'intimé est en l'occurrence d'autant moins vérifiable qu'il ne fournit plus de renseignements sur ses recherches d'emplois depuis le mois d'avril 2008.

#### **E. 4**

Compte tenu de ce qui précède, l'intimé occupait encore une position assimilable à celle d'un employeur pour la période postérieure au 31 mars 2008, ce qui exclut le droit aux indemnités journalières de l'assurance-chômage. Le jugement entrepris sera donc annulé. Le présent arrêt rend sans objet la demande d'octroi de l'effet suspensif au recours. L'intimé supportera ses propres dépens ainsi que les frais de justice (art. 66 al. 1 et 68 al. 1 LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.