

GE_GERICHTE ATAS/1030/2019 vom 11. November 2019

GE Cour de justice, 2019-11-11, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1030_2019

FR: GE_GERICHTE ATAS/1030/2019 du 11 novembre 2019

IT: GE_GERICHTE ATAS/1030/2019 del 11 novembre 2019

Erwägungen

E. 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.

E. 2

Selon l'art. 61 LPGA la procédure devant le tribunal cantonal des assurances est réglée, sous réserve de l'art. 1er al. 3 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative par le droit cantonal. Elle doit notamment être simple. Par procédure simple, on entend une procédure qui n'est pas régie par des règles trop formalistes (KIESER, ATSG-Kommentar, n. 21 ad art. 61), c'est-à-dire par des règles de procédure qui ne sont pas justifiées par un intérêt digne de protection (ATF 120 V 419 consid. 5c). Elle doit satisfaire à un certain nombre d'exigences parmi lesquelles le tribunal établit avec la collaboration des parties les faits déterminants pour la solution du litige; il administre les preuves nécessaires et les apprécie librement (art. 61 lettre c LPGA); le tribunal n'est pas lié par les conclusions des parties; il peut réformer, au détriment du recourant, la décision attaquée ou accorder plus que le recourant n'avait demandé; il doit cependant donner aux parties l'occasion de se prononcer ou de retirer le recours (l'art. 61 lettre d LPGA). A Genève la procédure en matière d'assurances sociales est régie par la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA-GE - E 5 10), et

A/3216/2018 - 10/24 - plus particulièrement par les art. 89A à 89I LPA; selon l'art. 89 A LPA, les dispositions de la présente loi demeurent applicables en tant qu'il n'y est pas dérogé par le présent titre. Selon l'art. 19 LPA l'autorité établit les faits d'office. Elle n'est pas limitée par les allégués et les offres de preuves des parties. Interjetés en temps utile et dans les forme et contenu requis les recours sont recevables (art. 60 LPGA et 89B LPA).

E. 3

Ceci dit, il se justifie de statuer par un seul arrêt sur les deux recours, sans qu'une jonction de cause ne soit prononcée (art. 70 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10) (voir notamment ATAS/658/2019 et ATAS/187/2018). Dans la mesure où, comme cela ressort des faits, les divers actes de la procédure ont systématiquement été rédigés dans une teneur identique, la problématique étant rigoureusement la même pour le recourant et la recourante, ces derniers seront désignés sous le terme unique de recourants, dans les développements qui vont suivre.

E. 4

Est litigieux en l'espèce, le droit des recourants à l'indemnité de chômage dès le 1er janvier 2018, voire dès une date ultérieure.

E. 5

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) (ATF 121 V 355 consid. 2). Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 215 consid. 2). Elles sont précisées par plusieurs dispositions de la LACI et de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (OACI - RS 837.02), ainsi que - dans les limites d'admissibilité de telles directives administratives (ATF 144 V 202; 144 V 195 ; ATAS/1191/2014 du 18 novembre 2014 consid. 4 p. 5 s. et doctrine et jurisprudence citées) - par les instructions édictées par le SECO en sa qualité d'autorité de surveillance de l'assurance-chômage chargée d'assurer une application uniforme du droit (art. 110 LACI), notamment par le biais du Bulletin relatif à l'indemnité de chômage (Bulletin LACI IC). 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

A/3216/2018 - 11/24 - 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. 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 registre du commerce. 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 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 (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) 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

A/3216/2018 - 12/24 - 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 (ATF du 29 novembre 2005, cause C 175/04). Dans cet arrêt, 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 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. Dans un cas comme dans l'autre, l'intéressé peut en principe prétendre des indemnités de chômage.

A/3216/2018 - 13/24 - f) Selon les dispositions légales régissant l'organisation de la société à responsabilité limitée, les associés exercent collectivement la gestion de la société (art. 809 al. 1 CO). La qualité de gérant revient à tout associé personne physique indépendamment du moment ou du mode d'acquisition de ses parts. Ainsi, la qualité de gérant naît pour un associé personne physique de son sociétariat (BUCHWALDER, in Commentaire Romand, Code des obligations II, ad art. 809, no 2 et 4). La qualité de gérant emporte non seulement le droit mais aussi l'obligation de gérer la société (ATFA non publié C 205/04 du 29 décembre 2005, consid. 2).

E. 6

Lorsqu'il s'agit d'un membre du conseil d'administration ou d'un associé d'une Sàrl, l'inscription au registre du commerce constitue en règle générale le critère de délimitation décisif pour déterminer s'il occupe une position assimilable à celle d'un employeur (DTA 2002 p. 185 consid. 2b et c; ATFA non publié C 353/05 du 4 octobre 2006, consid. 2). La radiation de l'inscription permet d'admettre sans équivoque que l'assuré a quitté la société (ATFA non publié C 175/04 du 29 novembre 2005, consid. 3.2). Une société disparaît dès la fin de sa liquidation, qui se concrétise par la radiation au RC. Avant ce stade, la société conserve sa personnalité juridique avec toutefois un but restreint par la finalité de la dissolution (cf. art. 821 et ss CO; ATF 117 III 39 in JdT 1994 II 12; RUBIN, Assurance-chômage, p. 130). La dissolution de la société doit à tout le moins être entreprise pour qu'un droit à l'indemnité de chômage puisse éventuellement être reconnu à la personne qui a occupé une position assimilable à celle d'un employeur. La seule cessation des activités n'est pas suffisante pour ouvrir un droit à l'indemnité de chômage (cf. ATFA non publié C 11/04 du 7 juillet 2004). Le fait de retarder la dissolution d'une société commerciale peut, suivant les circonstances, être assimilé à une situation potentiellement abusive résultant d'actes concluants (DTA 2001 p. 218). Laisser sciemment possible une continuation des affaires entraîne la négation du droit (ATFA non publié C 64/02 du 7 août 2003, consid. 2.2). En fait, il suffit qu'une continuation des activités de l'entreprise soit possible pour que le droit doive être nié en raison d'un risque de contournement des art. 31 al. 3 let. b et c LACI (ATFA non publié C 75/04 du 20 avril 2005; RUBIN, op. cit., p. 131). La preuve de l'inexistence d'un abus avéré n'exclut pas le risque d'abus qui est également pris en compte par la loi et la jurisprudence. Dès lors, l'existence ou l'absence d'abus n'est pas déterminante pour statuer sur un cas d'espèce (ATF non publiés 8C_155/2011 du 25 janvier 2012, consid. 4 et 8C_1004/2010 du 29 juin 2011, consid. 7).

E. 7

Les directives contenues dans le Bulletin LACI IC (B27) résument ainsi les faits entraînant le départ définitif ou l'abandon définitif de la position assimilable à celle d'un employeur: - la fermeture de l'entreprise ; - la faillite de l'entreprise ;

A/3216/2018 - 14/24 - - la vente de l'entreprise et/ou de la participation financière avec abandon de la position assimilable à celle d'un employeur ; - le congé avec perte de la

position assimilable à celle d'un employeur. Selon le ch. B28 LACI IC l'inscription au registre du commerce constitue, selon la jurisprudence, le critère le plus important et le plus simple pour juger si une position est assimilable à celle d'un employeur. Normalement, les tiers n'apprennent de manière fiable que la personne occupant une position assimilable à celle d'un employeur a définitivement quitté l'entreprise ou abandonné sa position que lorsque la radiation de l'inscription au registre du commerce paraît dans la Feuille officielle suisse du commerce. Mais si les faits contredisent manifestement l'inscription au RC, la caisse doit alors s'appuyer sur ceux-ci. Si elle peut établir, p. ex. au moyen d'une décision de l'assemblée générale (départ du conseil d'administration) ou d'un acte notarié (transfert des parts sociales de la Sàrl à un tiers), la date du départ réel, c'est cette date qui sera déterminante pour fixer celle du départ définitif.

E. 8

Selon le ch. B29 LACI IC la faillite d'une entreprise met fin normalement à la position assimilable à celle d'un employeur. Les personnes qui, en vertu de la décision de liquidation, continuent à travailler pour l'entreprise en liquidation, c'est-à-dire conservent leurs pouvoirs légaux et statutaires pour la liquidation, n'ont en principe pas droit à l'IC. La liquidation peut comprendre p. ex. également la poursuite de l'exploitation jusqu'à la vente ou la fermeture de l'entreprise. La procédure de liquidation prend fin avec la radiation de l'entreprise du registre du commerce. Si une personne est propriétaire de plusieurs entreprises, qu'une de ces entreprises est mise en faillite et que la personne a la possibilité d'exercer une activité similaire dans une autre de ses entreprises, le droit à l'IC doit lui être nié. Dans un tel cas de figure, le risque d'abus subsiste (ATFA C 65/04 du 29.6.2004).

E. 9

Selon une jurisprudence constante, le juge des assurances sociales apprécie la légalité des décisions attaquées, en règle générale, d'après l'état de fait existant au moment où la décision litigieuse a été rendue. Les faits survenus postérieurement, et qui ont modifié cette situation, doivent normalement faire l'objet d'une nouvelle décision administrative (ATF 121 V 366 consid. 1b et les références). Les faits survenus postérieurement doivent cependant être pris en considération dans la mesure où ils sont étroitement liés à l'objet du litige et de nature à influencer l'appréciation au moment où la décision attaquée a été rendue (ATF 99 V 102 et les arrêts cités ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances I 321/04 du 18 juillet 2005 consid. 5).

E. 10

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

A/3216/2018 - 15/24 - 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). 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). Le principe inquisitoire, qui régit la procédure dans le domaine de l'assurance sociale (cf. art. 43 al. 1 et 61 let. c LPGa), exclut que la charge de l'apport de la preuve ("Beweisführungslast") incombe aux parties, puisqu'il revient à l'administration, respectivement au juge, de réunir les preuves pour établir les faits pertinents. Dans le procès en matière d'assurances sociales, les parties ne supportent en règle générale le fardeau de la preuve que dans la mesure où la partie qui voulait déduire des droits de faits qui n'ont pas pu être prouvés en supporte l'échec. Cette règle de preuve ne s'applique toutefois que s'il n'est pas possible, dans les limites du principe inquisitoire, d'établir sur la base d'une appréciation des preuves un état de fait qui correspond, au degré de la vraisemblance prépondérante, à la réalité (ATF 128 V 218 consid. 6 ; ATF 117 V 261 consid. 3b ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_632/2012 du 10 janvier 2013 consid. 6.2.1).

E. 11

En l'espèce, il n'est pas contesté que les recourants étaient inscrits au registre du commerce en qualité d'associés-gérants de la société, avec signature individuelle, lorsqu'ils ont requis les prestations de l'assurance-chômage, dès le 1er janvier 2018. Ils le sont restés jusqu'au 13 avril 2018 (publication FOsc), suite à la modification du RC intervenue à cette date, consécutivement à l'AG du 5 avril 2018 ayant décidé de la dissolution de la société et son entrée en liquidation, avec la radiation des recourants en qualité d'associés-gérants et la désignation de D_____ SA en qualité de liquidatrice, l'administrateur de cette dernière, M. F_____ étant désigné comme gérant avec signature individuelle. Au vu des principes de jurisprudence, doctrine et des directives du SECO rappelés ci-dessus, force est de constater que le droit aux prestations de chômage des recourants dès le 1er janvier 2018 doit être nié. Le fait que leurs contrats de travail

A/3216/2018 - 16/24 - aient été résiliés, par eux-mêmes d'ailleurs, par courriers du 29 septembre 2017 avec effet au 31 décembre 2017, en raison du manque de mandats permettant à la société d'assurer ses obligations envers ses employés (les recourants étant à l'époque les seuls employés de la société) n'y change rien, dès lors qu'à tout le moins jusqu'au 5 avril 2018, date de la dissolution de la société et de son entrée en liquidation, leur fonction dirigeante et conjointe, - les intéressés étant au demeurant les seuls copropriétaires à parts égales de la société - leur permettait en tout temps de reprendre l'activité sociale, notamment en cas d'attribution de mandats dont ils ont d'ailleurs poursuivi la recherche au-delà du 1er janvier 2018, ce qu'ils ont d'ailleurs confirmé lors de leur audition par la chambre de céans le 18 mars 2019. Il y a d'ailleurs lieu d'observer que, contrairement à ce que suggèrent les recourants, estimant qu'il s'était avéré justifié de procéder en deux temps (résiliation des contrats de travail au 31.12.2017 et dissolution de la société par décision de l'AG du 5 avril 2018) mais sans dire pourquoi, l'on peine à comprendre la raison de ce décalage, plutôt qu'une dissolution de la société concomitante à la cessation d'activité. Ce

procédé en deux temps renforce en effet l'idée que les associés qui, du 1er janvier 2018 au 5 (respectivement 13) avril 2018 étaient toujours les gérants de la société, auraient pu reprendre l'activité et renoncer à la dissolution si leurs efforts s'étaient concrétisés par de nouveaux mandats (substantiels pour pouvoir assurer la viabilité de la société). C'est ainsi vraisemblablement parce qu'ils n'y parvenaient pas qu'ils ont décidé de la dissolution après trois mois environ. Ainsi pendant toute cette période le risque d'abus existait bel et bien d'un contournement des règles rappelées précédemment, de sorte qu'il est ainsi pleinement justifié de nier le droit aux prestations de chômage, à tout le moins jusqu'à l'effectivité de la dissolution et mise en liquidation.

E. 12

Reste à déterminer si, en revanche, le droit à l'indemnité a pu naître à une date ultérieure, soit dès la dissolution de la société et surtout dès le moment où les recourants n'ont plus exercé de fonction dirigeante au sein de la société. Les recourants reprochent à l'intimée de n'avoir pas respecté, respectivement suivi, l'avis du SECO qu'elle avait pourtant expressément interpellé, par courriel du 15 mai 2018, pour recueillir son avis sur la possibilité qu'un droit soit ouvert aux intéressés, au vu de la dissolution de la société par décision de l'assemblée générale du 5 avril 2018, et le fait qu'à ce moment-là un liquidateur externe ait été désigné, les fonctions de gérants des recourants étant à cette même occasion radiées du registre du commerce, seule leur qualité d'associés étant maintenue, mais sans pouvoir d'engager la société. Ils se prévalent en effet de ce que l'autorité de surveillance, se fondant sur la jurisprudence et la doctrine qu'elle rappelait dans son avis du 12 juin 2018, considérait qu'en l'espèce, à dater du moment de l'entrée en liquidation de la société, les associés peuvent bénéficier du droit à l'IC. Le fait qu'une procédure accélérée de répartition des actifs (art. 745 al. 3 CO) soit envisagée, un liquidateur et un gérant externe aient été nommés permet de considérer qu'un risque d'abus n'existe pas. Toutefois, pour s'en assurer, le SECO

A/3216/2018 - 17/24 - recommandait à la caisse intimée de demander aux intéressés la preuve qu'une reprise d'activité de l'entreprise était exclue (par exemple par la production de la résiliation des contrats de location, de téléphone, d'assurances, désactivation du site Internet,...). Or, dûment interpellés par la CCGC, à la suite de cet avis, ils avaient produit toutes les pièces demandées, observant d'ailleurs que l'intimée n'en avait pas tenu compte, d'autant qu'elle n'avait pas attendu de recevoir les pièces en question (fournies par courriers du 27 juin 2018 – reçus le 29 juin, selon le timbre humide qui y figure), pour rendre sa décision du 27 juin 2018 précisément. De son côté, la CCGC, sans formellement contester cette dernière remarque, a observé qu'elle avait quoi qu'il en soit tenu compte de ces documents et renseignements dans le cadre de la décision sur opposition. La chambre de céans observe qu'à tout le moins le procès-verbal de l'assemblée authentique du 5 avril 2018 était déjà versé au dossier, de même que le courrier qui lui avait été adressé par fax par D_____ SA le 20 juin 2018, au moment où elle a rendu sa décision initiale.

E. 13

La question est en effet de déterminer si les pièces produites permettaient effectivement de considérer qu'un risque d'abus n'existait pas, dès la mise en liquidation de la société et avant même sa radiation effective, - qui n'interviendra qu'en décembre 2018 -. La chambre de céans observe tout d'abord que la production des pièces suggérées par le SECO, que l'intimée avait d'ailleurs dûment répercutée en les réclamant aux intéressés, constituait, sous

une forme exemplative, mais non exhaustive, autant d'indices possibles, susceptibles d'écarter dans le cas d'espèce un risque d'abus au sens de la jurisprudence. L'essentiel de l'avis exprimé par le SECO, - selon lequel les éléments fournis par la CCGC par rapport à la situation des intéressés permettaient certes a priori de considérer qu'un risque d'abus n'existait pas -, consistait à recommander à la caisse de s'en assurer, en instruisant cette question; notamment en réunissant les documents et renseignements constituant autant d'indices susceptibles de confirmer – ou non - l'absence de risque d'abus dans le cas particulier. Rien n'empêchait en effet la CCGC de solliciter d'autres renseignements ou documents, voire de tenir compte de tous autres éléments qui conforteraient ou infirmeraient l'absence de risques d'abus. Parmi les documents produits par les recourants à la demande de la CCGC, certains laissent en effet supposer que l'interruption de l'activité de la société était effective, à fin décembre 2017, dès lors que les deux seuls salariés de l'entreprise, tous deux architectes, avaient résilié, ensuite de la fin des rapports de travail, les assurances perte de gain maladie, l'assurance responsabilité civile professionnelle et la sortie de la caisse de pension, pour la date du 31 décembre 2017. Le courrier explicatif de la liquidatrice de la société, corroboré par les inscriptions correspondantes aux registre du commerce, avec la précision supplémentaire qu'au 20 juin 2018, la société était d'ores et déjà liquidée, les intéressés n'ayant aucun pouvoir au sein de celle-ci, étaient autant d'indices excluant, au degré de la vraisemblance prépondérante, le risque de reprise d'activité.

A/3216/2018 - 18/24 - D'autres éléments recueillis apparaissent toutefois plus discutables: selon la copie du courrier des bailleurs des locaux sociaux, le bail avait été résilié dans le délai légal sinon contractuel, prenant toutefois effet au 30 juin 2018. Si l'on peut concevoir en effet que la société n'ait pas pu être libérée par rapport aux locaux loués, avant l'échéance d'un certain délai, à l'instar d'ailleurs de ceux fixés par la loi pour pouvoir requérir sa radiation, il n'empêche qu'il ressort du dossier que l'activité indépendante déployée par les associés, sous leur nouvelle raison sociale en nom, dans une désignation toute proche du nom de la société mentionnait sur le papier à en-tête des factures produites, et ceci bien au-delà du 30 juin 2018, la même adresse que celle de la société en liquidation (_____ à Vésenaz). Certes ne figure-t-il pas de numéro de téléphone de ligne fixe, ni d'adresse e-mail pouvant faire référence à une société, encore moins à "la" société (mais les recourants ont indiqué que la société ne disposait pas de site Internet), mais le courrier des justificatifs de Swisscom, produit par les recourants n'indique pas à quelle date un raccordement fixe aurait été résilié, ce courrier se bornant à attester de ce qu'au 27 juin 2018, « suite à la liquidation de la société (désignée en toutes lettres dans le courrier), nous vous confirmons à ce jour, qu'il n'y a plus de contrat actif au nom de cette entreprise concernant vos raccordements Fixe et Internet. Ainsi ces documents pourraient laisser supposer qu'au-delà de la dissolution de la société, et pendant encore un certain temps, soit jusqu'aux alentours de fin juin 2018, il n'est pas exclu qu'une activité allant au-delà des strictes démarches nécessaires à la liquidation de la société ait pu encore se développer. Cette question peut toutefois rester ouverte, dans la mesure où selon la jurisprudence, la preuve de l'exclusion de toute activité n'est pas déterminante, dès lors que seul le risque d'abus est suffisant pour que l'on puisse considérer les intéressés comme assimilés à un employeur, et leur nier en conséquence le droit à l'indemnité de chômage.

Les recourants ne contestent pas avoir poursuivi leur activité d'architecte, sur le principe, depuis le mois de janvier 2018, et avoir obtenu de nouveaux mandats, dont certains (petits) dépendaient encore de la société, et d'autres véritablement nouveaux, facturés sous la nouvelle raison individuelle, précisément destinée à distinguer les mandats nouveaux sans relation avec la société en liquidation, dont les revenus ont été déclarés en gains intermédiaires, dès le mois de mai 2018. Ainsi en est-il, pour le mois de mai, d'un mandat commun des recourants, facturé individuellement pour moitié à la raison individuelle (CHF 2'350.- chacun) ainsi qu'un mandat individuel de la recourante, pour CHF 900.-, facturé en sous-traitance à un bureau d'architecte tiers; d'un autre mandat individuel de la recourante facturé en sous-traitance au même bureau d'architecte tiers pour CHF 4'770.- en août 2018; en septembre 2018, de deux mandats partagés par les recourants, facturés l'un à la raison individuelle pour moitié chacun (CHF 2'320.- chacun) et l'autre, par la raison individuelle à la mission d'Israël pour le montant de CHF 750.- réparti par moitié (CHF 375.- chacun), ce dernier n'apparaissant pas sur la fiche IPA du recourant ; en octobre 2018, un mandat partagé facturé à la raison individuelle à raison de CHF 3'275.- pour la recourante et CHF 2'525.- pour le recourant ; en novembre 2018, un

A/3216/2018 - 19/24 - mandat commun facturé par la raison individuelle aux mandants, pour la transformation et réfection de toiture, rénovation intérieure et piscine, à concurrence de CHF 22'970.- (CHF 11'485.- chacun); en décembre 2018 un mandat commun facturé par la raison individuelle à la commune de Collonge-Bellerive au montant de CHF 27'826.- (CHF 13'913.- chacun). Au total la recourante a réalisé CHF 39'388.- de mai à décembre 2018 [soit CHF 4'923.50 par mois en moyenne] – et le recourant CHF 32'968.- pour la même période [soit CHF 4'121.- par mois en moyenne]). L'intimée reproche aux recourants d'avoir poursuivi leur activité pour le compte de la société, au-delà du 1er janvier 2018, tout en facturant leurs prestations à l'atelier, dont ils sont également associés, sans pour autant que cette dernière soit inscrite au registre du commerce, et ce dans le but de pouvoir encaisser leurs honoraires sans que ceux-ci soient inclus dans la liquidation, ce qui tend à prouver qu'ils continuaient d'exercer leur activité pour, si ce n'est sauver leur société en liquidation, à tout le moins pour poursuivre leur activité au nom de leur nouvelle société. Les recourants ont en revanche valoir que, dans le but de diminuer le dommage sortir le plus rapidement possible du chômage, ils ont en effet tenté de retrouver quelques mandats, par l'intermédiaire de leurs relations, et, s'agissant des nouveaux mandats, ils les ont facturés à travers une entité qu'ils ont créée précisément pour distinguer cette activité de l'ancienne. Ils ont expliqué, en ce qui concerne les factures concernant la société, qu'il s'agissait essentiellement de mandats qui n'avaient pas pu être facturés avant fin décembre 2017, en raison de la présence des entreprises sur les chantiers à cette date. De ce point de vue, la démarche ne paraît pas critiquable, au contraire: elle entre dans le cadre des opérations de liquidation et ne relève pas d'une poursuite ou reprise d'activité. Les associés se devaient de le faire, assistant en cela le liquidateur. De ce point de vue la remarque de l'intimée qui suggère que les associés auraient utilisé la nouvelle société simple pour éviter que leur rétribution tombe dans la société en liquidation n'apparaît pas justifiée; les autres éléments recueillis montrent au contraire que les associés ont agi de bonne foi. a. Au vu de ce qui précède, la question du droit aux indemnités de chômage ne se pose en pratique que dès la dissolution de la société et sa mise en liquidation, et plus particulièrement dès le moment où ils ont cessé d'être gérants de la société, soit dès la modification du registre du commerce du 13 avril 2018, consécutivement à l'assemblée générale ayant décidé de la dissolution de la société et de sa mise en liquidation le 5 avril 2018. b. Le principe de

l'obligation de diminuer le dommage commande à l'assuré, une fois que l'éventualité s'est réalisée (ici la perte de travail), de mettre en œuvre tout ce qui raisonnablement exigible de sa part pour solliciter le moins lourdement possible le régime d'assurance amenée à lui verser des prestations. Le Tribunal fédéral reconnaît à l'obligation de diminuer le dommage la valeur de principe

A/3216/2018 - 20/24 - général. (Dupont Moser-Szeless (éditrices) Loi sur la partie générale des assurances sociales Commentaire Helbing Lichtenhahn 2018, introduction générale N 44 et 45 p.12 et 13). En matière de chômage, ce principe est ancré à l'art. 17 LACI, aux termes duquel l'assuré qui fait valoir des prestations d'assurance doit, avec l'assistance de l'office du travail compétent, entreprendre tout ce qu'on peut raisonnablement exiger de lui pour éviter le chômage ou l'abréger. Il lui incombe en particulier de chercher du travail, au besoin en dehors de la profession qu'il exerçait précédemment. Il doit pouvoir apporter la preuve des efforts qu'il a fournis. En l'espèce, la chambre de céans retient, au degré de la vraisemblance prépondérante, que dès la dissolution de la société et sa mise en liquidation, les recourants ont cessé de gérer la société, une liquidatrice ayant été désignée, D_____ SA dont l'administrateur a été désigné comme gérant unique avec signature individuelle, inscrits au journal du registre du commerce le 10 avril 2018 (publication FOSC du 13.04.2018), jour de la radiation des recourants en tant que gérants, ces derniers demeurant uniquement inscrits en tant qu'associés, sans pouvoir de représentation de la société. S'agissant de l'activité de la société, dès sa dissolution et mise en liquidation, les recourants indiquent que depuis lors, les décisions qu'ils prennent avec le liquidateur, concernent la liquidation de la SARL, se bornent aux paiements des derniers créanciers (TVA, impôts, fiduciaire, liquidateur, contrôleurs etc.), l'avancement de la radiation de la SARL la transmission des documents des clients encore en possession de la société. L'intimée ne le remet pas en cause. D'ailleurs dans le cadre de sa soumission du cas au SECO elle exposait : " Nous nous permettons de vous présenter un nouveau cas d'employeur-employé. Il s'agit de deux personnes anciennement associées-gérantes (jusqu'au 13 avril 2018), actuellement associées, qui s'inscrivent auprès de notre caisse le 1er janvier 2018 alors que la société est en liquidation et qu'un liquidateur et un gérant tiers ont été nommés également au 13 avril 2018. La société a été dissoute par décision de l'AG du 5 avril 2018. La troisième publication d'appel aux créanciers est parue le 19 avril 2018 avec délai pour la déclaration des créances au 22 mai 2018 (une répartition des actifs selon la procédure accélérée prévue à l'art. 754 al. 3 CO est envisagée). Il est évident qu'en tant qu'associés-gérants au 1er janvier 2018, le droit doit être nié. Quand toutefois estimez-vous que celui-ci peut être ouvert, sachant qu'à notre avis, la position de simple associé devrait faire obstacle à une indemnisation et que l'Audit Letter 2016/2 ne trouve pas application dans la mesure où les intéressés ne sont pas liquidateurs ? Vous trouverez les dossiers dans la GED d'ici peu. (Salutations) " Une première remarque s'impose : dans la logique de la position exprimée par la caisse au SECO, on doit plutôt lire dans la question posée (in fine ci-dessus : "Quand..., sachant qu'à notre avis, la position de simple associé ne devrait pas faire obstacle à une indemnisation." En effet, le sens de l'avis exprimé par la caisse est bien celui de constater que si le droit doit être nié au 1er janvier 2018, la question se pose de son octroi à une date ultérieure, soit à dater du moment où la dissolution de

A/3216/2018 - 21/24 - la société a été décidée, respectivement à dater du moment où les intéressés n'étaient plus gérants, mais « simples associés », ce qui est une différence notable relevée par la caisse, cet état ne devant a priori selon elle pas faire obstacle à une

indemnisation, d'autant que les intéressés n'ont pas été désignés comme liquidateurs; d'où la remarque selon laquelle l'Audit Letter 2016/2 ne serait pas applicable à cette situation. En effet, l'Audit Letter 2016/2 traite notamment des conditions auxquelles le liquidateur (fonction succédant à celle de gérant) lui-même aurait droit aux indemnités lors de la phase de liquidation, s'il parvient à démontrer que le risque d'abus est pratiquement exclu. Ainsi la directive mentionne: " Le Tribunal fédéral a reconnu qu'une suspension de l'indemnité de chômage lors d'une procédure de liquidation ne se justifie pas lorsque, au vu des circonstances concrètes dans le cas précis, l'abus peut être exclu avec un degré de certitude élevé (DTA 1/2015 N° 2). L'abus est exclu lorsqu'il n'y a plus ou pratiquement plus rien à liquider et qu'une réactivation ou qu'une reconstitution de l'entreprise semble hors de question. Dans la pratique, de tels cas font figure d'exception (Audit Letter citée p. 3). Dans la suite du texte sont énumérées les conditions qui doivent être réunies de façon cumulative pour l'application d'une telle exception: - Petite entreprise détenue par une ou quelque personne seulement (p.ex. entreprise familiale, SA ou SARL exploitée par une seule personne) ; - décision de dissolution de l'assemblée générale (SA) ou de l'assemblée des associés (SARL), art. 704 al. 1 ch. 8 et 808b al. 1 ch. 11 CO) ; - annonce de la liquidation au registre du commerce (« entreprise XY en liquidation ») ; - Peu ou pratiquement plus rien à liquider (inventaire de l'actif à liquider) ; - reprise de l'activité de l'entreprise exclue (résiliation des contrats de location, de téléphone, d'assurances, désactivation du site Internet, etc.) ; - pas de perception de salaire lors de la phase de liquidation (confirmation écrite du liquidateur). Si le liquidateur ne parvient pas à prouver que le risque d'abus est inexistant durant la liquidation ordinaire, le droit à l'indemnité de chômage doit être rejeté. Dans un tel cas, la caisse doit recommander à la personne assurée de si possible continuer à se verser un salaire soumis à cotisation, afin de disposer de périodes de cotisations suffisantes à la fin de la procédure de liquidation (Audit Letter citée p. 4). " Et dans le cas d'espèce, la CCGC a précisément indiqué qu'elle considérait que les exigences posées dans cette Audit Letter ne trouvaient pas application dans la mesure où les intéressés n'étaient pas des liquidateurs ; ce qui en bonne logique signifie que dans le cas d'espèce les exigences devaient être moins élevées à l'égard des intéressés. Dans sa réponse, le SECO n'a pas contesté ce point de vue, se bornant à recommander tout de même à la caisse de réunir un certain nombre des éléments énumérés dans cette Audit Letter comme des conditions cumulatives - dans le cas où l'ancien gérant serait entre-temps devenu liquidateur -. Malgré les éléments demandés produits, la caisse a tout de même nié le droit aux indemnités des intéressés, justifiant après coup son point de vue par le fait qu'entre- temps elle avait eu connaissance des formulaires IPA du mois de mai 2018 dans le

A/3216/2018 - 22/24 - cadre desquels les recourants avait déclaré des gains intermédiaires (en tant qu'indépendants), facturés au nom d'une nouvelle raison individuelle où ils apparaissent tous deux comme associés; or selon la CCGC, cet élément était inconnu du SECO au moment où il aurait émis son avis; ce qui resterait à démontrer, dès lors que le SECO a répondu par courrier du 12 juin 2018, que la formule IPA concernée avait été reçue par la CCGC le 30 mai 2018, le SECO ayant accès au dossier en ligne (GED) - mais cette question n'est de toute manière pas déterminante en l'espèce - . Quoi qu'il en soit, en effet, on voit mal comment les intéressés auraient pu concilier autrement leur obligation de diminuer le dommage, qu'en recherchant des nouveaux mandats pour réaliser des revenus, voire pour sortir le plus rapidement possible du chômage. Ils ne pouvaient manifestement pas faire entrer ces revenus dans la société en liquidation - n'y disposant pas de pouvoirs, d'autant que leur activité nouvelle n'émergeait pas à la SARL en liquidation ni au nouveau

but de cette société, qui était celui de précisément procéder à sa propre liquidation. Et au vu de leur âge respectif, il apparaissait logique qu'ils recherchent une activité en priorité dans leur profession d'architecte, exercée depuis de très nombreuses années, source de revenus plus accessible que d'autres, soit en tant que salariés dans cette même profession, ou dans une autre. On comprend dès lors également qu'ils aient recherché des mandats en apparaissant toujours aux yeux de leurs relations d'affaires potentielles comme travaillant ensemble, sans qu'il ne faille y voir, comme l'a conçu l'intimée, des indices de poursuite ou de reprise de l'activité de la société en liquidation. La recourante a du reste précisé en comparution personnelle avoir approché la caisse de compensation pour demander que lui soit reconnu un statut d'indépendant. Au vu de ce qui précède, la chambre de céans considère dès lors, au degré de la vraisemblance prépondérante, que dès la dissolution de la société, respectivement sa mise en liquidation, le risque d'abus que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur, en la personne des recourants pouvait être exclu, au vu des dispositions prises en vue de la liquidation de la société, lors la décision de l'assemblée générale du 5 avril 2018.

E. 15

Il convient dès lors de reconnaître aux recourants le droit à l'indemnité de chômage pour la période postérieure à la dissolution de la société, et à sa mise en liquidation. La publication au registre du commerce de la mise en liquidation de la SARL, ainsi que la suppression pour les intéressés de tout pouvoir de représentation de la société ont été publiées dans la feuille officielle suisse du commerce le 13 avril 2018. C'est en conséquence cette date que la chambre de céans retiendra comme jour à dater duquel les recourants doivent se voir reconnaître le droit à l'indemnité de chômage.

E. 16

L'intimée a encore soutenu, dans ses dernières écritures, que si la chambre de céans venait à reconnaître aux intéressés le droit à l'indemnité de chômage, se poserait alors la question de l'aptitude au placement, pendant la période considérée, au motif que les recourants auraient consacré un temps indéterminé à l'exercice de leur

A/3216/2018 - 23/24 - profession. Au vu de l'ensemble des circonstances et des éléments figurant au dossier, notamment de l'activité qui peut se déduire des notes d'honoraires, réalisée en gain intermédiaire, que celle-ci était peu importante sur l'ensemble de l'année 2018, avec un revenu moyen très modeste et sporadique. L'insuffisance d'activité déployée pendant cette période a même conduit les intéressés à souscrire aux propositions qui leur ont été faites par la CIEPP d'envisager de prendre leur retraite anticipée, à fin 2018, pour leur procurer un revenu respectif de l'ordre de CHF 2'000.- à CHF 2'600.- par mois, selon les déclarations du recourant en comparution personnelle. Ce sont ainsi autant d'indices que, malgré l'activité déployée par nécessité pendant l'année 2018, il est hautement vraisemblable que les intéressés qui par ailleurs, et sans être contredits, ont toujours respecté leurs obligations de chômeurs, en accomplissant des recherches d'emploi dans leur profession comme dans d'autres professions d'ailleurs, auraient immédiatement accepté tout travail convenable qui se serait présenté à eux, pendant la période concernée.

E. 17

Au vu de ce qui précède, les recours seront admis, les décisions entreprises annulées, et le droit aux indemnités de chômage des recourants leur sera reconnu dès le 13 avril 2018. Les dossiers seront ainsi retournés à l'intimée, pour détermination du droit à l'indemnité après

vérification de la réalisation des autres conditions nécessaires pour pouvoir prétendre à ce droit, avant nouvelle décision et versement des indemnités éventuellement allouées.

E. 18

Pour le surplus, la procédure est gratuite.

A/3216/2018 - 24/24 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES
SOCIALES : Statuant À la forme :

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