

## **GE\_GERICHTE ATAS/1071/2017 vom 29. November 2017**

GE Cour de justice, 2017-11-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_1071\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1071_2017)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/1071/2017 du 29 novembre 2017

IT: GE\_GERICHTE ATAS/1071/2017 del 29 novembre 2017

### **Erwägungen**

#### **E. 16**

juin 2017, la Cour de justice avait rejeté le recours et confirmé la faillite. Ce jugement était postérieur à la décision sur opposition rendue par la caisse le 8 juin 2017. Au moment où celle-ci avait statué, sa position était totalement justifiée. La décision querellée ne prêtait dès lors pas le flanc à la critique. La caisse était disposée à réétudier le droit aux indemnités de chômage de l'assurée dès le 28 avril 2017. 12. Par réplique du 5 septembre 2017, la recourante a fait valoir que l'autorité de recours devait établir les faits déterminants pour la solution du litige, administrer les preuves nécessaires ainsi que prendre en compte les pièces et les allégués nouveaux présentés au stade de la procédure de recours, sans arrêter son analyse aux faits survenus devant l'autorité administrative. La faillite définitive de la société était un fait nouveau important qui ne pouvait être ignoré dans le cadre de la procédure de recours et aurait parfaitement justifié la reconsidération de la décision attaquée par la caisse en vertu de l'art. 53 al. 3 LPGA. L'intimée le reconnaissait implicitement, puisqu'elle se déclarait disposée à réétudier son droit aux indemnités dès la faillite de la société. Les difficultés financières de cette dernière, qui avaient conduit à son licenciement, n'étaient pas survenues entre le 8 février et le 27 avril 2017, mais avaient déjà commencé en 2016. En effet, l'exercice 2016 s'était soldé par une perte de CHF 68'408.09 pour la société. Rien ne permettait dès lors de craindre une fraude à la loi. Pour le surplus, le versement effectif des salaires avait été établi à satisfaction de droit au regard des fiches de paie, des pièces comptables et des attestations produites. 13. Par duplique du 14 septembre 2017, la caisse a confirmé qu'il n'était pas possible d'octroyer les prestations du chômage à la recourante à compter de son inscription du 1er février 2017. La question de la date d'ouverture de son droit étant toujours litigieuse, elle s'en remettait à l'appréciation de la chambre de céans et elle réétudierait le dossier de l'assurée une fois l'arrêt rendu. 14. Lors d'une audience du 15 novembre 2017 : a. La recourante a déclaré à la chambre de céans : « Je confirme qu'il n'y avait aucun risque que je retravaille pour mon mari après la résiliation de mon contrat de travail puisque la société allait très mal. La société a fait faillite et j'ai été la dernière personne licenciée. Dans la société B\_\_\_\_\_ SA, je nettoyait les voitures et les préparais pour les visites. C'était un garage de réparation de véhicules. C'était mon mari qui exploitait principalement le garage. Il y avait encore deux ouvriers et puis moi. Nous sommes toujours mariés et pas séparés avec mon mari. J'ai eu un accident sur mon lieu de travail. J'ai eu le bras blessé et aussi les cervicales. C'est

A/2996/2017 - 5/11 - arrivé le 16 avril 2015. Je n'ai pas pu travailler jusqu'à la faillite. Actuellement, je ne suis pas encore en état de travailler. La SUVA m'a indemnisée pendant deux ans et personne ne me paie plus rien actuellement. Je ne peux plus faire le genre de travail que je faisais pour mon mari. Je désire travailler, mener une vie régulière. J'espère aller mieux mais pour le moment le médecin ne me permet pas de travailler. J'explique

avoir mentionné dans mon opposition que si la société allait mieux elle me réengagerait, car j'ai toujours gardé l'espoir de pouvoir reprendre mon activité pour mon employeur. Mon licenciement a été motivé par les difficultés financières de la société et également en raison de mon incapacité de travail. Après mon licenciement, je pense que mon mari a continué à travailler seul pour la société jusqu'à sa fermeture complète ». b. Le représentant de la caisse a indiqué que, d'après les informations obtenues de la SUVA, celle-ci avait indemnisé la recourante jusqu'au 30 novembre 2016. c. Le conseil de la recourante a confirmé que la SUVA avait estimé que sa cliente avait retrouvé sa capacité de travail dès le 30 novembre 2016. À sa connaissance, cette décision était définitive. La situation était compliquée. L'OAI avait refusé d'octroyer des prestations de l'assurance-invalidité à sa cliente le 21 août 2017, considérant que la capacité de travail de cette dernière était complète dès mars 2016. Une demande de reconsidération de cette décision avait été faite avec l'aide du médecin traitant. 15. Sur ce, la cause a été gardée à juger. EN DROIT 1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05) en vigueur dès le 1er janvier 2011, la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982 (loi sur l'assurance-chômage, LACI - RS 837.0). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie. 2. Interjeté en temps utile le recours est recevable (art. 60 LPGA). 3. Est litigieux en l'espèce, le droit de la recourante à l'indemnité de chômage dès le 1er février 2017. 4. 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

A/2996/2017 - 6/11 - 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). 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. 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'agit 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

A/2996/2017 - 7/11 - 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 (arrêts du Tribunal fédéral des assurances C 92/02 du 14 avril 2003 et C 163/04 du 29 août 2005). 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 (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 175/04 du 29 novembre 2005). 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; arrêts du Tribunal fédéral des assurances C 373/00 du 19 mars 2002 et C 131/05 du 12 septembre 2005). 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. 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 (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 205/04 du 29 décembre 2005 consid. 2). 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; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 353/05 du 4 octobre 2006, consid. 2). La radiation de l'inscription

A/2996/2017 - 8/11 - permet d'admettre sans équivoque que l'assuré a quitté la société (arrêt du Tribunal fédéral des assurances 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 registre du commerce. 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; Boris 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. arrêt du Tribunal fédéral des assurances 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 (arrêt du Tribunal fédéral des assurances 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 (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 75/04 du 20 avril 2005; RUBIN, op. cit., p. 131). La preuve de l'existence 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 (arrêts du Tribunal fédéral des assurances 8C\_155/11 du 25 janvier 2012, consid. 4 et 8C\_1004/10 du 29 juin 2011 consid. 7). g. Les directives (bulletin LACI, 2013) 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; - 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. Les mêmes règles s'appliquent dans la situation du conjoint d'une personne occupant une position assimilable à celle d'un employeur. Il faut cependant, pour que le droit à l'indemnité de chômage soit nié, que le chômeur ait été employé par l'entreprise de son conjoint et que ce dernier reste lié à ladite entreprise (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_231/2012 du 16 août 2012; RUBIN, op. cit., n. 24 ss ad art. 10). h. 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

A/2996/2017 - 9/11 - fermeture de cette dernière ou rompt définitivement tout lien avec l'entreprise qui continue d'exister (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb). 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 (RUBIN, op. cit., n. 29 ss ad art. 10).

i. Il est également admis que les assurés occupant une position assimilable à celle d'un employeur et leur conjoint ont droit à l'indemnité de chômage s'ils se retrouvent au chômage après avoir été salariés d'une entreprise tierce (dans laquelle ils n'ont pas eu le statut de dirigeant), à la condition toutefois qu'ils l'aient été durant au moins six mois (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 171/03 du 31 mars 2004 consid. 2.3.2). Lorsqu'une telle durée d'emploi comme salarié sans position dirigeante dans une entreprise tierce a été atteinte, il faut admettre que le rapport de travail ouvrant le droit au chômage n'a pas constitué un masque à une réduction de l'horaire de travail (RUBIN, op. cit., n. 35 ad art. 10).

5. 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).

6. Dans le domaine des assurances sociales, il n'existe pas un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (RAMA 1999 no U 349 p. 478 consid. 2b). Sauf dispositions contraires de la loi, le juge fonde sa décision 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. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 125 V 195 consid. 2, 121 V 47 consid. 2a, 208 consid. 6b et la référence).

7. En l'espèce, il n'est pas contesté que l'époux de la recourante était inscrit au registre du commerce en qualité d'administrateur de la société avec signature individuelle, lorsqu'elle a requis les prestations de l'assurance-chômage le 21 février 2017. Il avait ainsi une situation professionnelle comparable à celle d'un employeur, de même que la recourante. Selon la jurisprudence précitée, cette dernière n'avait pas droit à l'indemnité de chômage, tant que la poursuite des activités de la société était possible, ce qui était le cas jusqu'au prononcé de la faillite.

A/2996/2017 - 10/11 - Lors de la décision de la caisse du 5 mai 2017, la société avait certes été dissoute par voie de faillite par jugement du Tribunal de première instance du 27 avril 2017, mais ce jugement n'était pas définitif, puisqu'il a fait l'objet d'un recours auprès de la Cour de justice, qui a accordé l'effet suspensif à l'effet exécutoire du jugement de première instance. La Cour de justice n'a confirmé la faillite que le 16 juin 2017. Il en résulte que lorsque la décision sur opposition a été rendue par la caisse, le 8 juin 2017, la faillite n'était pas encore prononcée définitivement. Une continuation des activités de l'entreprise restait donc possible et la perte de travail de la recourante était incontrôlable. Au moment où la caisse a statué, sa position était ainsi justifiée, car elle ne pouvait préjuger de la décision de la Cour de justice. Il n'y a pas lieu d'apprécier la situation a posteriori, selon la jurisprudence précitée. La recourante a indiqué lors de l'audience du 15 novembre 2017 qu'elle ne pouvait

plus effectuer son travail dans l'entreprise de son mari en raison de son état de santé, ce qui n'est toutefois pas confirmé, dès lors que tant la SUVA que l'OAI ont considéré qu'elle avait retrouvé sa capacité de travail dès le 30 novembre 2016. Il en résulte qu'elle n'a pas rendu vraisemblable que son état de santé ne lui permettait plus de travailler pour la société de façon définitive. La décision querellée doit ainsi être confirmée. La caisse devra toutefois réétudier le droit aux indemnités de chômage de la recourante dès le 28 avril 2017, comme elle s'est dite prête à le faire. 8. Mal fondé, le recours sera rejeté. 9. La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

A/2996/2017 - 11/11 - 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.