

## **GE\_GERICHTE ATAS/185/2019 vom 6. März 2019**

GE Cour de justice, 2019-03-06, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_185\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_185_2019)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/185/2019 du 6 mars 2019

IT: GE\_GERICHTE ATAS/185/2019 del 6 marzo 2019

### **Erwägungen**

#### **E. 12**

L'intéressée a formé recours contre la décision précitée auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice le 13 novembre 2018, faisant valoir qu'elle n'avait pas retrouvé un emploi depuis le 1er avril 2018 et qu'elle ne déployait aucune activité pour le compte de B\_\_\_\_\_ Sàrl ou C\_\_\_\_\_ SA. Au début du mois d'avril 2013, M. D\_\_\_\_\_, qui devait soutenir un projet en lien avec cette dernière société, était décédé subitement. Elle était demeurée seule administratrice de cette société depuis lors. Les coûts notariés liés à la procédure de liquidation l'avaient dissuadée d'y procéder. Cette société ne déployait aucune activité et ne générait aucun produit depuis des années, comme le démontraient les pièces comptables. À compter du 11 juillet 2017, la recourante n'était plus gérante de B\_\_\_\_\_ Sàrl. Le liquidateur, formellement nommé, était chargé de par la loi de la gestion et de la représentation de la société en liquidation, avec le pouvoir d'accomplir tous les actes qui entraient dans le cadre du but de la liquidation, y compris, le cas échéant, de nouvelles opérations. Le but social de la société depuis le 12 juillet 2017 tendait uniquement à la liquidation. Il était matériellement impossible de conclure de nouveaux mandats qui n'entraient pas dans le cadre de la liquidation. Le liquidateur

A/4009/2018 - 5/10 - prenait seul toutes les décisions. La recourante ne disposait plus d'aucun pouvoir, ni contrôle au sein de la société. Il ne subsistait donc aucun risque, même théorique, qu'elle poursuive une activité pour celle-ci, qu'elle avait définitivement quittée. Le fait qu'elle demeurait actionnaire pendant la procédure de liquidation n'était pas suffisant pour retenir qu'elle revêtait la double qualité d'employeuse et employée. Sa situation n'était pas comparable à celles faisant l'objet de l'arrêt du Tribunal fédéral C 64/04, car C\_\_\_\_\_ SA était une coquille vide. Elle n'avait conclu aucun contrat de travail avec cette société, qui ne générait aucun produit depuis plusieurs années.

#### **E. 13**

Le 13 décembre 2018, la caisse a conclu au rejet du recours. Au-delà de la problématique liée à la société C\_\_\_\_\_ SA, force était de constater que la recourante était toujours associée et détentrice de la totalité des parts sociales de B\_\_\_\_\_ Sàrl. Elle en était l'unique ayant droit économique et pouvait à tout moment décider d'interrompre la procédure de liquidation pour reprendre ses activités de décoratrice d'intérieur, qui ne requéraient pas de structure particulière.

#### **E. 14**

Le 8 novembre 2018, le liquidateur de B\_\_\_\_\_ Sàrl a certifié que l'intéressée n'avait déployé aucune activité pour cette société depuis le 31 mars 2018, date de la fin des rapports de travail. Il a également certifié que l'intéressée n'exerçait aucune activité au sein de la société C\_\_\_\_\_ SA, qui était sans activité, n'occupait pas de personnel et ne réalisait

aucun chiffre d'affaires.

#### **E. 15**

Lors d'une audience du 6 février 2019, la recourante a déclaré à la chambre de céans que B\_\_\_\_\_ Sàrl était toujours en liquidation, car une procédure en recouvrement d'une grosse créance était encore en cours. Elle avait dirigé cette société pendant treize ans, avec deux ou trois employés. La société avait été dissoute, en raison du fait qu'elle avait été malade, qu'elle n'avait plus de clients et que le montant de CHF 90'800.- n'avait pas été payé par son client principal. Selon son conseiller au chômage, il n'y avait plus de travail dans son domaine à Genève. Il lui avait recommandé de quitter cette ville, si elle voulait retrouver un emploi dans la même branche. Elle avait un enfant de 9 ans et un accord de divorce qui l'en empêchait pendant encore trois ans. S'agissant de C\_\_\_\_\_ SA, elle avait été fondée pour un projet de vente en ligne d'objets de décoration qu'elle avait eu avec l'administrateur qui était décédé. Elle avait conservé cette société et en était restée administratrice, car cela lui aurait coûté trop cher de la liquider. Le capital-actions de la société avait été libéré. Elle devait se reconvertir, raison pour laquelle elle avait besoin de l'indemnité du chômage.

#### **E. 16**

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), 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

A/4009/2018 - 6/10 - (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 dans le délai et la forme requise, le recours est recevable (art. 60 LPGA et 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985; LPA - E 5 10). 3. Le litige porte sur le droit de la recourante à l'indemnité de chômage dès le 13 avril 2018. 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 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. 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

A/4009/2018 - 7/10 - 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). Le fait de subordonner, pour un travailleur jouissant d'une position analogue à celle d'un employeur, le versement des indemnités de chômage à la rupture de tout lien avec la société qui l'employait, peut certes paraître rigoureux selon les circonstances du cas d'espèce. Il ne faut néanmoins pas perdre de vue les motifs qui ont présidé à cette exigence. Il s'est agi avant tout de permettre le contrôle de la perte de travail du demandeur d'emploi, qui est une des conditions mises au droit à l'indemnité de chômage (cf. art. 8 al. 1 let. b LACI). Or, si un tel contrôle est facilement exécutable s'agissant d'un employé qui perd son travail, ne serait-ce que partiellement, il n'en va pas de même des personnes occupant une fonction dirigeante qui, bien que formellement licenciées, poursuivent une activité pour le compte de la société dans laquelle elles travaillaient. De par leur position particulière, ces personnes peuvent en effet exercer une influence sur la perte de travail qu'elles subissent, ce qui rend justement leur chômage difficilement contrôlable. C'est la raison pour laquelle le Tribunal fédéral des assurances a posé des critères stricts permettant de lever d'emblée toute ambiguïté relativement à l'existence et à l'importance de la perte de travail d'assurés dont la situation professionnelle est comparable à celle d'un employeur. Il n'y a pas de place, dans ce contexte, pour un examen au cas par cas d'un éventuel abus de droit de la part d'un assuré. Lorsque l'administration statue pour la première fois sur le droit à l'indemnité d'un chômeur, elle émet un pronostic quant à la réalisation des conditions prévues par l'art. 8 LACI. Aussi longtemps qu'une personne occupant une fonction dirigeante maintient des liens avec sa société, non seulement la perte de travail qu'elle subit est incontrôlable mais la possibilité subsiste qu'elle décide d'en poursuivre le but social. Dans un tel cas de figure, il est donc impossible de déterminer si les conditions légales sont réunies sauf à procéder à un examen a posteriori de l'ensemble de la situation de l'intéressé, ce qui est contraire au principe selon lequel cet examen a lieu au moment où il est statué sur les droits de l'assuré. Au demeurant, ce n'est pas l'abus avéré comme tel que la loi et la jurisprudence entendent sanctionner ici, mais le risque d'abus que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur (arrêts du Tribunal fédéral des assurances C 92/02 du 14 avril 2003 et C 163/04 du 29 août 2005). 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 A/4009/2018 - 8/10 - 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 Tribunal fédéral des assurances 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 entraînent 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). 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 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 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; 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).

A/4009/2018 - 9/10 - 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). 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, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 29 ss ad art. 10). 5. 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). 6. En l'espèce, dans la mesure où la recourante n'a plus aucun pouvoir dans la société B\_\_\_\_\_ Sàrl depuis la nomination d'un liquidateur et que son inscription d'associée gérante a été radiée, il faut considérer qu'il n'y a plus de risque d'abus s'agissant de cette société. En revanche, s'agissant de C\_\_\_\_\_ SA, un tel risque théorique existe puisqu'elle en est toujours l'administratrice. Elle pourrait ainsi activer cette société qui est actuellement en veille. Cela suffit pour créer un risque d'abus, au sens de l'art. 31 al. 3 LACI et de la jurisprudence précitée. 7. La décision querellée est ainsi fondée et doit être confirmée. 8. La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPG).

A/4009/2018 - 10/10 - 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.