

GE_GERICHTE ATAS/18/2013 vom 15. Januar 2013

GE Cour de justice, 2013-01-15, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_18_2013

FR: GE_GERICHTE ATAS/18/2013 du 15 janvier 2013

IT: GE_GERICHTE ATAS/18/2013 del 15 gennaio 2013

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; RS 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.

A/1393/2012 - 5/12 -

E. 2

Interjeté dans les formes et délais légaux, le recours est recevable (art. 1 LACI, 38, 56 et 60 LPGA).

E. 3

Le litige porte sur le droit de l'intéressé à l'indemnité de chômage dès le 4 janvier 2012.

E. 4

En vertu de l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a), s'il subit une perte de travail à prendre en considération (let. b), s'il est domicilié en Suisse (let. c), s'il a achevé sa scolarité obligatoire, s'il n'a pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touche pas de rente de vieillesse de l'AVS (let. d), s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (let. e), s'il est apte au placement (let. f) et s'il satisfait aux exigences du contrôle (let. g). Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 218 consid. 2).

E. 5

D'après la jurisprudence, 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'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, en particulier l'art. 31 al. 3 let. c LACI. Selon cette disposition, n'ont pas droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail 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. Dans ce sens, il

existe donc un étroit parallélisme entre le droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail et le droit à l'indemnité de chômage. 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 (ATF 123 V 238). 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

A/1393/2012 - 6/12 - chômage. 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 la 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 (ATF 123 V, 234 consid. 7b/bb; ATFA non publié du 29 juin 2004, C 65/04, consid. 2).). Même si de jurisprudence constante, l'inscription de l'assuré au Registre du commerce (comme organe de la société) permet de déterminer s'il occupe une position assimilable à celle d'un employeur; la radiation de cette inscription permettant d'admettre qu'il a quitté la société (ATFA non publié du 29 novembre 2005, C 175/04, consid. 3.2), il n'y a pas lieu de se fonder de façon stricte sur la position formelle de l'organe à considérer. C'est ainsi au demeurant la notion matérielle d'organe dirigeant qui est importante, car c'est la seule façon de garantir que l'art. 31 al. 3 let.c LACI remplisse son objectif (SVR 1997 ALV n° 101 p. 311 consid. 5d.). Ainsi, 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 ss consid. 1b et 2; SVR 1997 ALV n°101 p. 311 consid. 5c). La seule exception à ce principe que reconnaît le TFA 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. 3.3). Il doit en aller de même avec les associés d'une Sàrl. En effet, conformément à l'art. 811 al. 1 CO, s'il n'en est pas disposé autrement, les associés dans la Sàrl ont non seulement le droit mais également l'obligation de participer à la gestion de la société. En édictant cette disposition, le législateur est parti du principe que les personnes qui détiennent la société doivent également en assumer la direction. A ce titre, les associés, respectivement les associés-gérants lorsqu'il en a été désigné, occupent collectivement une position comparable à celle du conseil d'administration d'une SA (ATFA non publié C 37/02 du 22 novembre 2002 et les références). Au surplus, la personne assurée qui a quitté l'entreprise

dans laquelle son conjoint ou sa conjointe occupe une position comparable à celle d'un employeur n'a en principe droit à l'indemnité que si elle a perdu l'emploi qu'elle occupait chez un autre employeur et qu'elle a accompli la période minimale de cotisation de douze mois hors de l'entreprise de son conjoint (SECO, Bulletin MT/AC 2003/4 fiche 4/3 chiffre 2).

A/1393/2012 - 7/12 -

E. 6

Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf disposition contraire 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. 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 ; 125 3V 195). 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). Par ailleurs, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire. Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et les faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 195).

E. 7

En l'espèce, l'intéressé était inscrit au Registre du commerce en qualité d'associé de la société. Il va de soi qu'étant associé et conjoint de l'associée-gérante, et qui plus est propriétaire du Café Bar Y _____, seul établissement géré par la société, l'intéressé influençait pour le moins les décisions prises dans le cadre de l'exploitation de cet établissement. Il ne le conteste du reste pas. Il est vrai que le 25 juin 2012, il a cédé sa part sociale à son épouse. Le fait qu'il ne soit plus lui-même inscrit au Registre du commerce ne change toutefois rien s'agissant du droit aux indemnités de l'assurance-chômage, dans la mesure où il reste quoi qu'il en soit le conjoint d'une personne occupant une position comparable à celle d'un employeur dans cette entreprise.

E. 8

Lorsque le salarié a une position similaire à celle d'un employeur, la jurisprudence soumet son droit à l'indemnité chômage, soit à la rupture des liens qui l'unissent à l'entreprise, soit à la fermeture définitive de celle-ci (ATF 123 V 234). En l'espèce le café bar Y _____ a été fermé le 2 mai 2011. Le Service du commerce a en effet prononcé la caducité de l'autorisation d'exploiter, et a également, vu la gravité des faits, retiré l'autorisation d'exploiter avec effet immédiat, ce sur la base de l'art. 70 al. 1 let. b de la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement - LRDBH), aux termes duquel, en cas d'infraction à la législation ou aux conditions particulières de l'autorisation, le département peut, en tenant compte de la gravité de l'infraction ou de sa réitération, prononcer le retrait de l'autorisation d'exploiter à l'encontre de l'exploitant. Dans ce cas, le département ne peut entrer en matière sur une nouvelle demande d'autorisation

A/1393/2012 - 8/12 - pendant un délai de 2 ans à compter du jour où la décision de retrait est entrée en force (art. 70 al.2 LRDBH), de sorte que, le 14 décembre 2011, le Service du commerce a informé l'épouse de l'intéressé qu'il n'entrerait pas en matière quant à une éventuelle réouverture du Café Bar Y _____, au motif que "la gravité de la situation implique une non entrée en matière sur toute nouvelle demande d'autorisation pendant un délai de 2 ans.". Par décision du 17 octobre 2012 cependant, le Service du commerce a annulé sa décision du 2 mai 2011, en tant qu'elle prononçait le retrait de l'autorisation qui avait été délivrée le 11 mars 2004 en vue d'exploiter le café Bar Y _____, mais l'avoir maintenue quant à la caducité de l'autorisation d'exploiter. Il y a à cet égard lieu de rappeler que selon l'art. 8 LRDBH, "L'autorisation d'exploiter est caduque : a) lorsque son titulaire y renonce, ou qu'il n'en fait pas ou plus usage pendant 12 mois consécutifs; b) lorsque les locaux de l'établissement sont affectés à un autre but qu'à l'exploitation de l'établissement; c) lorsque les conditions de son octroi ne sont plus remplies, à moins que cette situation ne justifie sa suspension ou son retrait. Le département constate, par décision, la caducité de l'autorisation."

E. 9

Force dès lors est de constater que ni l'intéressé, ni son épouse du reste, ne peuvent plus, depuis le 2 mai 2011, exploiter le Café Bar Y _____, de sorte que le risque que l'intéressé exerce son influence dans la gestion de l'entreprise est nul. Même si l'entreprise n'a pas cessé formellement d'exister à ce moment-là, puisqu'elle n'a pas été radiée du Registre du commerce, elle ne pouvait matériellement plus exercer aucune activité au Café Bar Y _____, du fait des décisions du Service du commerce. La Caisse considère cependant que rien n'empêche la société d'exploiter un autre établissement. Il est vrai que le but inscrit au Registre du commerce le permet. Il appert toutefois que selon les décisions du service du commerce, ni l'intéressé ni son épouse n'ont la possibilité en l'état d'ouvrir un nouvel établissement, étant par ailleurs ajouté qu'ils sont propriétaires du Café Y _____. Tout risque d'abus est dès lors écarté en l'état.

E. 10

Reste à déterminer si, dans les limites du délai-cadre de cotisations, soit en l'espèce du 19 décembre 2009 au 18 décembre 2011 (art. 9 al. 3 LACI), l'intéressé a effectivement travaillé durant douze mois au moins.

A/1393/2012 - 9/12 - Dans ses écritures du 22 novembre 2012, la Caisse considère à cet égard que l'intéressé ne justifie vraisemblablement pas d'une période de cotisations suffisante pour avoir droit aux indemnités de chômage. L'article 13 al. 1er LACI dispose que celui qui, dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet (art. 9 al. 3), a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation remplit les conditions relatives à la période de cotisation. Le délai cadre applicable à la période de cotisation commence à courir deux ans avant le début du délai cadre applicable à la période d'indemnisation. L'art. 14 al. 1er LACI prévoit que sont libérées des conditions relatives à la période de cotisation les personnes qui, dans les limites du délai-cadre (art. 9 al. 3) et pendant plus de douze mois au total, n'étaient pas parties à un rapport de travail et, partant, n'ont pu remplir les conditions relatives à la période de cotisation, pour l'un des motifs suivants : formation scolaire, reconversion ou perfectionnement professionnel, à la condition qu'elles aient été domiciliées en Suisse pendant dix ans au moins (let. a) ; maladie (art. 3 LPGA), accident (art. 4 LPGA) ou maternité (art. 5 LPGA), à la condition qu'elles aient été domiciliées en

Suisse pendant la période correspondante (let. b) ; séjour dans un établissement suisse de détention ou d'éducation au travail, ou dans une institution suisse de même nature (let. c). Les motifs de libération de l'article 14 al. 1 LACI sont cumulables (ATF 131 V 279, consid 2.4). Conformément au texte clair de cette disposition, l'assuré doit avoir été empêché d'exercer une telle activité soumise à cotisation pour l'un des motifs précités. Selon la jurisprudence constante, il doit exister un lien de causalité entre les motifs de libération énumérés à l'art. 14 al. 1 LACI et l'absence d'une durée minimale de cotisation (ATF 131 V 279 consid. 2.4 p. 283, 125 V 123 consid. 2 p. 125; BORIS RUBIN, Assurance-chômage, Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, Procédure, 2ème éd., 2006, p. 193). Ainsi, il doit y avoir une relation de causalité entre le non-accomplissement de la période de cotisation et la maladie, l'accident ou la maternité, s'agissant de la lettre b ou de l'incarcération, s'agissant de la lettre c de la disposition. Cette causalité exigée par la disposition légale n'est donnée que si, pour l'un des motifs énumérés, il n'était pas possible ni raisonnablement exigible pour l'assuré d'exercer une activité, même à temps partiel (Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, ch. 197; Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz [AVIG], note 10 ad art. 14; Arrêt du Tribunal Fédéral des assurances du 7 mars 2005; C 273/03). La preuve stricte de la causalité, dans une acception scientifique, ne doit pas être exigée; l'existence d'un lien de causalité doit déjà être admise lorsqu'il apparaît crédible et concevable que l'une des circonstances énumérées à l'art. 14 al. 1 LACI a empêché l'intéressé d'exercer une activité soumise à cotisation (cf. ATF 121 V A/1393/2012 - 10/12 - 336 consid. 5c/bb p. 344; ATFA non publié du 8 juillet 2004, C 311/02, consid. 2.2 et les références).

E. 11

Dans le cas d'espèce, l'intéressé a indiqué avoir été employé du Café Bar Y _____ depuis 2004 (cf contrat de travail du 9 juillet 2004), étant toutefois relevé qu'il est même fait état d'un engagement antérieur, en janvier 2002, soit dès l'ouverture du bar, dans la lettre de licenciement du 27 mai 2011. Il est vrai qu'il a été incarcéré à Champ-Dollon du 28 avril au 9 novembre 2011, étant précisé que le Café Bar Y _____ a été fermé le 2 mai 2011. La condition de la période de cotisations minimale est toutefois réalisée, en ce sens que l'intéressé comptabilise quoi qu'il en soit plus de 12 mois de cotisations, au moment où il a requis des prestations de l'assurance-chômage, depuis le 19 décembre 2009, date à compter de laquelle court son délai-cadre.

E. 12

La Caisse doute également du fait qu'il ait effectivement travaillé dans cet établissement. Il y a à ce stade lieu de rappeler que l'exercice effectif d'une activité salariée suffisamment contrôlable, comme exigence qui doit être satisfaite pour admettre que les conditions relatives à la période de cotisations sont remplies, implique également qu'un salaire soit réellement versé au travailleur (DTA 1988, p. 19 ; ATF 113 V 352). Outre qu'elle découle de l'interprétation de la loi, l'exigence d'un salaire effectif pour admettre que les conditions relatives à la période de cotisation sont réunies présente également l'avantage de prévenir les abus qui pourraient résulter en cas d'accord fictif entre un employeur et un travailleur au sujet du salaire que le premier s'engage contractuellement à verser au second (surtout lorsque l'employeur et le travailleur ne sont en réalité qu'une seule et même personne). A cet égard, les principes jurisprudentiels développés à propos de l'art. 23 al. 1 LACI, peuvent

être transposés mutatis mutandis : un salaire contractuellement prévu ne sera dès lors pris en considération, sous l'angle de l'art.

E. 13

Il s'agit ainsi de déterminer, au degré de vraisemblance requis par la jurisprudence, si l'assuré a réalisé un salaire effectif durant douze mois, de décembre 2009 à décembre 2011 et pour quel montant. Cela étant, force est de constater que la Caisse ne s'est pas prononcée sur cette question. Par ailleurs, celle-ci, constatant que l'intéressé n'avait pas l'intention de retrouver un emploi salarié, mais de revenir au plus vite exploiter le Café bar Y_____, se pose également la question de son aptitude au placement et se demande si le cas ne devrait pas être soumis au service juridique de l'OCE. Elle n'a ainsi pas non plus tranché cette question. Aussi la cause lui est-elle renvoyée pour détermination du gain assuré, au sens des art. 23 al. 1 LACI et 37 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage - OACI et de l'aptitude au placement au sens de l'art. 15 LACI.

A/1393/2012 - 12/12 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme :

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