

GE_GERICHTE ATAS/200/2018 vom 1. März 2018

GE Cour de justice, 2018-03-01, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_200_2018

FR: GE_GERICHTE ATAS/200/2018 du 1 mars 2018

IT: GE_GERICHTE ATAS/200/2018 del 1 marzo 2018

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

À teneur de l'art. 1 al. 1 LACI, les dispositions de la LPGA, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, s'appliquent à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité, à moins que la loi n'y déroge expressément.

E. 3

Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56ss LPGA).

E. 4

Le litige porte sur le droit du recourant à l'indemnité de chômage dès le 13 mai 2016, ainsi que sur l'obligation de ce dernier de restituer la somme de CHF 3'747.60, correspondant aux indemnités versées entre le 16 septembre et le 31 octobre 2016.

E. 5

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 a subi 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 215 consid. 2).

A/2500/2017 - 11/18 -

E. 6

a. L'art. 31 al. 3 LACI prévoit que n'ont pas droit à l'indemnité : les travailleurs dont la réduction de l'horaire de travail ne peut être déterminée ou dont l'horaire de travail n'est pas suffisamment contrôlable (let. a) ; le conjoint de l'employeur, occupé dans l'entreprise de celui-ci (let. b) ; 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 à l'entreprise ; il en va de

même des conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise (let. c). b. Si la jurisprudence considère qu'il n'est pas admissible de refuser de manière générale le droit aux prestations aux employés au seul motif qu'ils sont inscrits au Registre du commerce et qu'il y a lieu d'établir l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes, elle fait toutefois exception à ce principe notamment lorsqu'il s'agit d'associés gérants d'une société à responsabilité limitée, car ils disposent ex lege d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI (arrêt du Tribunal fédéral C.267/05 du 19 décembre 2006 consid. 4.1). Le droit aux prestations peut dès lors être exclu sans qu'il soit nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'ils exercent au sein de la société (arrêt du Tribunal fédéral 8C_515/2007 du 8 avril 2008 consid. 2.2). Il en va de même pour les membres de la direction d'une association (arrêt précité consid. 3.2).

E. 7

a. Bien que l'art. 31 al. 3 LACI vise l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, l'exclusion du droit qu'elle prévoit s'applique selon le Tribunal fédéral également à l'indemnité de chômage (cf. arrêt du Tribunal fédéral C.152/06 du 25 janvier 2007 consid. 2). En effet, 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 (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb). b. Cette disposition vise à éviter les abus sous forme d'établissement par l'assuré lui-même des attestations nécessaires pour l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, d'attestations de complaisance, d'influence sur la décision de réduire l'horaire de travail alors qu'il est impossible de contrôler la perte de travail (ATF 122 V 270 consid. 3). Lorsque la caisse de chômage 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 la caisse de chômage statue 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

A/2500/2017 - 12/18 - 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 8C_231/2012 du 16 août 2012 consid. 3.2 ; C.141/03 du 9 décembre 2003 consid. 4 et les références). c. Le droit à l'indemnité de chômage ne peut en principe pas être nié lorsque 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. 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 à des indemnités de chômage (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb). Est déterminant la date de la démission effective ; on ne tient compte ni de la date à laquelle son inscription a été radiée du registre du commerce, ni de la date de la publication dans la Feuille officielle suisse du commerce (arrêt du Tribunal fédéral 8C_134/2007 du 25 février 2008 consid. 3.1).

E. 8

a. Il peut par ailleurs arriver qu'une personne soit économiquement propriétaire de plusieurs entreprises. Si l'une d'entre elles tombe en faillite et que l'intéressé (qui occupait au sein de celle-ci une position analogue à celle d'un employeur) a la possibilité d'exercer une activité du même type au sein d'une autre entreprise qu'il contrôle, le droit à l'indemnité de chômage doit également être nié. Dans une telle éventualité le risque d'abus que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur est également réalisé (arrêt du Tribunal fédéral C.203/06 et C.292/06 du 29 août 2007 consid. 4.2 et les références citées). b. Cette situation présente un parallélisme avec une réduction de l'horaire de travail au sein d'une seule entité économique mais composée d'entreprises formellement distinctes. Le droit est nié si les entreprises en cause entretiennent entre elles des liens sur les plans économique et organisationnel (mêmes locaux, type de clientèle semblable, buts et activités proches, voire complémentaires) (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 28 ad art. 10 LACI). c. À titre d'exemple, le Tribunal fédéral a considéré que le risque d'abus existe dans le cas d'un assuré, occupant - au moment de sa demande de prestations - une position analogue à celle d'un employeur au sein de la succursale d'une société - bien que celle-ci ne fût pas tombée en faillite, les pouvoirs d'administrateur de l'intéressé avaient été radiés après sa demande d'indemnité de chômage -, dès lors qu'il a toujours la possibilité d'exercer une activité du même type dans d'autres sociétés ou succursales de sociétés qu'il contrôle, étant précisé que l'intéressé était encore inscrit au RC en qualité d'administrateur, d'associé-gérant ou de directeur de 39 sociétés ou succursales de sociétés étrangères. La Haute Cour est parvenue à cette conclusion, après avoir mis en exergue qu'il n'était pas nécessaire de savoir si l'intéressé occupait encore une position analogue à celle d'un employeur au sein de la succursale jusqu'à la radiation de son inscription au RC (arrêt précité consid. 4.3.).

A/2500/2017 - 13/18 - d. Dans l'arrêt 8C_401/2015, le Tribunal fédéral a relevé que le droit à l'indemnité de chômage doit également être nié en présence de procédés ayant pour but de contourner la loi. Il y a lieu d'admettre l'existence d'une simulation au sens de l'art. 18 du Code des obligations, du 30 mars 1911 (CO - RS 220), opposable aux assurés, lorsque, pour éviter les effets de l'art. 31 al. 3 let. c LACI et percevoir des indemnités de chômage, les deux seuls associés gérants d'une Sàrl se licencient et se réengagent mutuellement, mais à raison de 50 %, dans l'attente d'un rapide rétablissement de la situation de plein emploi. En outre, il existe un risque d'abus lorsque le mari d'une assurée, lui-même propriétaire de deux établissements publics, ferme définitivement l'un d'entre eux et licencie son épouse qui y travaillait. Celle-ci conserve, en effet, la possibilité éventuelle de reprendre une activité pour le compte de son mari dans l'autre établissement, cela d'autant plus facilement que les domaines d'activité des deux établissements sont proches et que l'intéressée possède une formation complète dans les domaines de l'hôtellerie et de la restauration (consid. 4.1 et les références citées). Dans cet arrêt, l'intéressé a, malgré la vente de sa part sociale à sa mère et la mise en liquidation de la société n° 1, gardé toute son influence dans les prises de décision de cette société, dont il gérait entièrement seul les contrats en cours et s'occupait de la liquidation jusqu'à la radiation définitive. Ces constatations et l'existence d'un lien de parenté étroit entre l'intéressé et sa mère constituent, selon le Tribunal fédéral, des indices sérieux qui permettent d'admettre que l'assuré occupait, par le biais de sa mère, une position de fait assimilable à celle d'un employeur au sein de la société n°1 jusqu'à la date de sa radiation au RC. En outre, quand bien même l'intéressé n'était pas membre du conseil d'administration ni employé de la société n° 2, il existe également, selon la Haute Cour, un

risque d'abus, dans la mesure où la mère en était l'administratrice unique, au bénéfice de la signature individuelle, et où le but social était quasi identique à celui de la société n° 1. L'intéressé conservait ainsi la possibilité éventuelle de reprendre une activité au service de la société n° 2, cela d'autant plus facilement que le domaine d'activité de celle-ci était le même que celui de la société n° 1 et que le recourant avait précisément acquis une expérience professionnelle dans ce domaine au cours de son activité au service de ladite société (consid. 4.2).

E. 9

a. Pour l'établissement des faits pertinents, il y a lieu d'appliquer les principes ordinaires régissant la procédure en matière d'assurances sociales, à savoir, en particulier, la maxime inquisitoire, ainsi que les règles sur l'appréciation des preuves et le degré de la preuve. b. La maxime inquisitoire signifie que l'assureur social et, en cas de litige, le juge, établissent d'office les faits déterminants, avec la collaboration des parties, sans être lié par les faits allégués et les preuves offertes par les parties, en s'attachant à le faire de manière correcte, complète et objective afin de découvrir la réalité matérielle (art. 43 LPGA ; art. 19 s., 22 ss, 76 et 89A LPA ; Ghislaine FRÉSARD- FELLAY/Bettina KAHIL-WOLFF/Stéphanie PERRENOUD, Droit suisse de la

A/2500/2017 - 14/18 - sécurité sociale, vol. II, 2015, p. 499 s.). Les parties ont l'obligation d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués; à défaut, elles s'exposent à devoir supporter les conséquences de l'absence de preuve (art. 28 LPGA ; ATF 125 V 193 consid. 2 ; 122 V 157 consid. 1a ; 117 V 261 consid. 3b et les références). c. 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. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3 ; ATF 126 V 353 consid. 5b ; ATF 125 V 193 consid. 2 et les références). 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 319 consid. 5a).

E. 10

a. En l'espèce, il est établi que les pouvoirs du recourant en sa qualité d'associé- gérant de la société F_____ Sàrl n'ont été radiés du RC que le 15 septembre 2016, si bien que c'est à juste titre que l'intimée a considéré que, jusqu'à cette date, le recourant avait conservé une position comparable à celle d'un employeur, excluant d'emblée tout droit aux prestations de l'assurance-chômage. La radiation de l'inscription du RC pouvant toutefois conduire à une nouvelle appréciation de la situation, l'intimée a examiné le droit du recourant aux prestations à partir de cette date. b. La Cour de céans observe qu'après son licenciement avec effet au 31 décembre 2015, le recourant - alors même que, selon ses dires, l'entreprise rencontrait d'importantes difficultés financières permettant d'envisager sa mise en faillite (cf. attestation du 8 juillet 2016) - est devenu titulaire de la totalité des parts sociales (CHF 20'000.-) le 5 avril 2016, donnant ainsi à penser qu'il souhaitait au contraire développer les affaires. D'ailleurs, et contrairement à ce qu'annonçait le recourant, F_____ Sàrl n'a pas été mise en faillite ; au contraire, le 17 octobre 2017, le beau- frère du recourant, M.

E_____, a été inscrit en tant que nouvel associé-gérant et détenteur de la part sociale de CHF 20'000.- (cf. extrait de la FOSSC du 20 octobre 2017). La chronologie des faits montre qu'après avoir acquis la totalité des parts sociales de la société en avril 2016, le recourant - après avoir pris connaissance de la (première) décision du 6 septembre 2016 lui niant le droit aux indemnités de chômage au vu de sa double qualité d'employeur et d'employé au sein de la société - a entrepris les démarches nécessaires afin d'être radié du RC le 15 septembre 2016. Son frère, M. D_____, qui ne détenait jusque-là aucune part sociale, ni n'occupait aucune fonction au sein de l'entreprise, en a repris toutes les parts et en

A/2500/2017 - 15/18 - est devenu l'associé-gérant avec signature individuelle. Dans ces circonstances, il n'est pas exclu que le recourant continue, par le biais de son frère, à influencer de façon déterminante les décisions de la société F_____ Sàrl, ce qui justifie de considérer qu'il demeure dans une position assimilable à celle d'un employeur en dépit de la radiation de ses pouvoirs formels. Au demeurant, au-delà de cette date, le recourant est resté inscrit au RC en qualité d'associé-gérant de la société M_____ Sàrl et en qualité de membre-président de l'association « J_____ », deux entités dont les buts et activités étaient proches, voire complémentaires de ceux de F_____ Sàrl. En effet, cette dernière est active dans le marketing, les services dans le domaine des assurances, des télécommunications et des produits de la sécurité générale (protection civile), les dispositifs de sauvetage et de prévention, et l'accès des organisations internationales (gouvernementales ou non-gouvernementales), des sociétés (commerciales ou non-commerciales) et des pays aux technologies de pointe dans le domaine de la lutte contre les catastrophes (la protection de l'humanité, et la réduction des pertes humaines, des biens ainsi que la protection de l'environnement conformément aux critères du droit international humanitaire). Le but social de M_____ Sàrl comprend le marketing dans le domaine des activités commerciales de tout genre, en particulier dans le télémarketing, télécommunication et tous les services liés. Quant à l'association « J_____ », elle a notamment pour objectif de venir en aide à des personnes et populations en situation de détresse matérielle ou morale. Dès lors que ces deux dernières entités sont actives dans le domaine du marketing et de la télécommunication (s'agissant de la première) et de l'humanitaire (s'agissant de la seconde), à l'instar de F_____ Sàrl, force est de constater que le recourant conserve la possibilité d'exercer une activité du même type que précédemment dans d'autres sociétés qu'il contrôle. Cela est d'autant plus vrai que ces trois entités poursuivent leurs activités à la même adresse, au _____, chemin du G_____ à Thônex. Le fait que le frère du recourant ait acquis la totalité de M_____ Sàrl et en soit devenu associé-gérant, avec signature individuelle le 22 mars 2017 ne modifie pas cette appréciation. À cet égard, on relèvera que, s'agissant de cette société également, le frère du recourant ne détenait jusqu'alors aucune part sociale et aucune fonction. Aussi, quand bien même le recourant n'est pas formellement inscrit comme associé-gérant de F_____ Sàrl et M_____ Sàrl, on peut considérer qu'il existe un risque que son frère le laisse prendre une part active dans l'exploitation directe des ces deux sociétés commerciales. c. Au vu de l'ensemble de ces circonstances, le risque que l'art. 31 al. 3 let. c LACI soit détourné existe donc bel et bien. L'intimée n'a par conséquent pas violé le droit en tant qu'elle a retenu que le recourant ne pouvait prétendre aux indemnités de chômage à compter du

E. 15

septembre 2016.

A/2500/2017 - 16/18 - Les prestations versées à hauteur de CHF 3'747.60 entre le 16 septembre et le 31 octobre 2016 l'ont dès lors été à tort. 11. a. Reste à examiner si la demande de restitution respecte les conditions posées par l'art. 25 LPGA. b. Aux termes de l'art. 25 al. 1 LPGA, auquel renvoie l'art. 95 al. 1 LACI, les prestations indûment touchées doivent être restituées. Selon la jurisprudence, cela implique que soient réunies les conditions d'une reconsidération (art. 53 al. 2 LPGA) ou d'une révision procédurale (art. 53 al. 1 LPGA) de la décision par laquelle les prestations ont été accordées (ATF 130 V 318 consid. 5.2). À cet égard, la jurisprudence constante distingue la révision d'une décision entrée en force formelle, à laquelle l'administration est tenue de procéder lorsque sont découverts des faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuve susceptibles de conduire à une appréciation juridique différente (ATF 122 V 19 consid. 3a ; ATF 122 V 134 consid. 2c ; ATF 122 V 169 V consid. 4a ; ATF 121 V 1 consid. 6), de la reconsidération d'une décision formellement passée en force de chose décidée sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée quant au fond, à laquelle l'administration peut procéder pour autant que la décision soit sans nul doute erronée et que sa rectification revête une importance notable (ATF 122 V 19 consid. 3a ; ATF 122 V 169 consid. 4a ; ATF 121 V 1 consid. 6). Cela vaut aussi, en principe, pour les prestations qui ont été accordées sans avoir fait l'objet d'une décision formelle (arrêt du Tribunal fédéral C.163/04 du 29 août 2005 consid. 2.3 et les références). L'octroi illégal de prestations est réputé sans nul doute erroné (ATF 126 V 399 consid. 2b/bb). Selon la jurisprudence, une somme de CHF 706.- est considérée comme suffisamment importante (DTA 2000 n° 40 p. 208; arrêt du Tribunal fédéral C.11/05 du 16 août 2005 consid. 5.2). c. Le droit de demander la restitution s'éteint un an après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation. Si la créance naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est déterminant (art. 25 al. 2 LPGA). Il s'agit de délais (relatif et absolu) de péremption, qui doivent être examinés d'office (ATF 133 V 579 consid. 4.1 ; 119 V 431 consid. 3a). d. En l'occurrence, le paiement de l'indemnité de chômage au recourant résulte d'une décision manifestement erronée, dès lors que, pour les motifs évoqués ci-dessus, l'intéressé n'avait pas droit à cette prestation. En outre, la rectification de la décision (matérielle) d'octroi de ladite prestation revêt incontestablement une importance notable au vu du montant des prestations versées à tort (CHF 3'747.60), dès lors que, selon la jurisprudence, une somme de CHF 706.- est considérée comme suffisamment importante. En outre, en exigeant la restitution du montant litigieux par sa décision du

E. 20

décembre 2016, l'intimée a agi dans le délai d'un an imposé par l'art. 25

A/2500/2017 - 17/18 - al. 2 LPGA. S'agissant du délai absolu de cinq ans, il commence à courir dès le versement des prestations dont la restitution est demandée (ATAS/754/2013 du 31 juillet 2013 consid. 14c/aa), soit dès octobre 2016. Le délai arrivant à échéance en octobre 2021, la décision de restitution est intervenue en temps utile. e. La décision de restitution doit en conséquence être confirmée. Il convient à ce stade de rappeler que la restitution ne peut être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'il le mettrait dans une situation difficile (art. 25 al. 1, 2ème phrase LPGA). Selon l'art. 4 al. 4 de l'ordonnance sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 11 septembre 2002 [OPGA - RS 830.11], la demande de remise doit être présentée par écrit. Elle doit être motivée, accompagnée des pièces nécessaires et déposée au plus tard trente jours à compter de

l'entrée en force de la décision de restitution, soit du présent arrêt. 12. Eu égard aux considérations qui précèdent, la question du domicile en Suisse du recourant, tout comme celle de savoir s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation peuvent demeurer ouvertes. Le recours est rejeté. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

A/2500/2017 - 18/18 - 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.