

# **GE\_GERICHTE ATAS/462/2010 vom 29. April 2010**

GE Cour de justice, 2010-04-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_462\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_462_2010)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/462/2010 du 29 avril 2010

IT: GE\_GERICHTE ATAS/462/2010 del 29 aprile 2010

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 8 de la Loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (LOJ ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales

A/4366/2009 - 5/9 - connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA ; RS 830.1) qui sont 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**

Interjeté en temps utile auprès de l'autorité compétente et dans les formes prescrites, par une partie directement touchée dans ses intérêts juridiquement protégés par la décision querellée, le présent recours est recevable (art. 56 ss LPGA).

### **E. 3**

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 sur opposition litigieuse a été rendue (ATF 121 V 366, consid. 1b et les arrêts cités). 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 la référence). Ils peuvent néanmoins être pris en considération s'ils sont étroitement liés à l'objet du litige et sont de nature à influencer l'appréciation du juge au moment où la décision attaquée a été rendue (ATF 99 V 102 et les arrêts cités).

### **E. 4**

Conformément à l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il remplit plusieurs conditions, en particulier s'il subit une perte de travail à prendre en considération (art. 11) et s'il est apte au placement (art. 15).

### **E. 5**

D'après 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, 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 à l'entreprise; cela vaut aussi pour les conjoints de ces personnes qui sont occupés dans l'entreprise. Dans ce sens, il existe un étroit parallélisme entre 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. Il en va de même lorsque l'entreprise continue d'exister mais que le salarié, par suite de la résiliation de son contrat, rompt

A/4366/2009 - 6/9 - définitivement tout lien avec la société. Dans un cas comme dans l'autre, l'intéressé peut en principe prétendre des indemnités de chômage (voir plus particulièrement ATF 123 V 234 consid. 7b/bb p. 238; voir aussi DTA 2004 p. 259, C 65/04, consid. 2; SVR 2001 ALV no 14 p. 41 s., C 279/00, consid. 2a et DTA 2000 no 14 p. 70, C 208/99, consid. 2).

### **E. 5.1**

L'analogie avec la réduction de l'horaire de travail réside dans le fait qu'une personne licenciée qui occupe une position décisionnelle peut, à tout moment, contribuer à décider de son propre réengagement, si bien que sa perte de travail ressemble potentiellement à une réduction de l'horaire de travail avec cessation momentanée d'activité (Boris Rubin, Assurance-chômage, Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, Procédure, 2ème éd. mise à jour et complétée, Zurich 2006, p. 122) (arrêt du Tribunal fédéral du 6 juin 2007, C 113/06, consid. 2.1).

### **E. 5.2**

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 licenciés, poursuivent une activité pour le compte de la société dans laquelle ils 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 (arrêt du Tribunal fédéral du 14 avril 2003, C 92/02, consid. 4).

### **E. 5.3**

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 (cf. DTA 2004 p. 262, C 65/04, consid. 2; BJM 2003 p. 131, C 376/99).

A/4366/2009 - 7/9 -

#### **E. 5.4**

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 de l'employeur (DTA 2002 p. 185 consid. 2b et c; arrêts du Tribunal fédéral des assurances C 175/04 du 29 novembre 2005, consid. 3.2 et C 110/03 du 8 juin 2004, consid. 2.1).

#### **E. 6**

En l'occurrence, le Tribunal peut considérer comme établi, au degré de la vraisemblance prépondérante (applicable en matière d'appréciation des preuves dans le domaine des assurances sociales : ATF 126 V 360 consid. 5b) qu'à partir du 1er septembre 2009, le recourant avait définitivement quitté l'entreprise à la suite de la vente du restaurant «X\_\_\_\_\_», singulièrement de la prise en possession des locaux par l'acheteur, à cette même date. Dans ce contexte, on relèvera que la durée des rapports de travail liant Y\_\_\_\_\_ Sàrl et l'assuré – du 2 avril 2007 au 31 août 2009 - ont coïncidé avec la date de création de la société et la vente du (seul) restaurant exploité par celle-ci. Autrement dit, la gestion de la société se confondait en l'espèce avec l'exploitation du restaurant « X\_\_\_\_\_ ». Il est d'ailleurs révélateur que la société et l'établissement avaient une adresse identique. Il faut ainsi admettre qu'à partir du 1er septembre 2009, le recourant n'avait plus la possibilité de poursuivre le but de Y\_\_\_\_\_ Sàrl, lequel consistait précisément à exploiter (exclusivement) le restaurant « X\_\_\_\_\_ », dont l'assuré avait par ailleurs été nommé directeur. Sous cet angle, il appert que la perte de travail qui a en découlé pour lui n'était ainsi pas assimilable à une réduction de l'horaire de travail avec cessation momentanée d'activité de l'entreprise (arrêt du TF du 25 janvier 2007, C 152/06, consid. 2, a contrario). A cela s'ajoute qu'au moment déterminant de la décision sur opposition du 28 octobre 2009, la société - dont l'assuré était le seul associé gérant - avait voté sa dissolution et était entrée en liquidation, suite à l'assemblée générale extraordinaire du 2 octobre précédent, l'inscription correspondante ayant par ailleurs été publiée dans la FOsc du 28 octobre 2009. (Sa radiation sera d'ailleurs finalement publiée le 5 mars 2010 : <http://ge.ch/ecohrccmatic/>). Une reprise de ses activités pour le compte de la société dans un bref délai paraissait ainsi exclue (comp. arrêt du TF du 21 janvier 2009, 8C\_492/2008, consid. 3.2). A tout le moins, il n'existait à ce moment-là aucun indice permettant de conclure que l'intéressé aurait eu la volonté de maintenir sa société en vie et de se réserver la possibilité d'en poursuivre ou d'en reprendre dès que possible l'exploitation, dans le cadre du but social fixé dans les statuts. Partant, il faut constater que, depuis le 1er septembre 2009, l'assuré n'avait plus une position assimilable à un employeur, puisque sa société n'était plus en mesure d'exploiter le restaurant « X\_\_\_\_\_ », n'en étant plus la propriétaire désormais.

#### **E. 7**

Vu de ce qui précède, le recours est admis et le dossier renvoyé à l'intimée afin qu'elle examine si les autres conditions dont dépend le droit à l'indemnité sont réalisées.

A/4366/2009 - 8/9 -

**E. 8**

Le recourant obtenant gain de cause avec l'assistance d'un avocat salarié de ASSISTA TCS SA, une indemnité de 1'250 fr. lui sera accordée à titre de dépens (art. 61 let. g LPGA ; ATF 135 V 473).

**E. 9**

Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

A/4366/2009 - 9/9 -

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