

## **GE\_GERICHTE ATAS/545/2010 vom 20. Mai 2010**

GE Cour de justice, 2010-05-20, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_545\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_545_2010)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/545/2010 du 20 mai 2010

IT: GE\_GERICHTE ATAS/545/2010 del 20 maggio 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 ; E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales 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**

Interjetés dans le délai et la forme prescrits auprès du Tribunal compétent, les recours formés le 20 avril 2009 à l'encontre des décisions du 17 mars 2009 sont recevables (art. 56 ss LPGA).

#### **E. 3**

Le litige porte sur le droit des recourants à l'indemnité en cas d'insolvabilité, principalement sur la question de savoir s'ils font partie - ou non - du cercle des personnes exclues de cette prestation.

A/1428/2009 - 7/11 -

#### **E. 4**

Selon l'art. 51 al. 1 LACI, les travailleurs assujettis au paiement des cotisations, qui sont au service d'un employeur insolvable sujet à une procédure d'exécution forcée en Suisse ou employant des travailleurs en Suisse, ont droit à une indemnité pour insolvabilité, notamment lorsqu'une procédure de faillite est engagée contre leur employeur et qu'ils ont, à ce moment-là, des créances de salaire envers lui (let. a). Les dispositions des art. 51 et suivants LACI ont introduit une assurance perte de gain en cas d'insolvabilité d'un employeur, destinée à combler une lacune dans le système de protection sociale. Pour le législateur, le privilège conféré par la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) aux créances de salaire (art. 219 LP) ne donnait en effet pas une garantie suffisante au travailleur, si bien qu'il était nécessaire de lui assurer la protection par le droit public, à tout le moins pendant une période limitée et déterminée. Il s'est donc agi de protéger des créances de salaire du travailleur pour lui assurer les moyens d'existence et éviter que des pertes ne le touchent durement dans son existence (ATFA non publié du 19 avril 2002, C 326/01, consid. 2a et les références citées). L'indemnité en cas d'insolvabilité ne couvre que des créances de salaire qui portent sur un travail réellement fourni (ATF 127 V 185 consid. 3b ; ATFA non publié du 19 avril 2002, C 326/01, consid. 2a) ; par exemple, elle ne peut pas être octroyée pour des prétentions en raison d'un congédiement immédiat et

injustifié du travailleur (ATF 125 V 492 consid. 3b et les références citées).

#### **E. 5**

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 à l'entreprise; il en va de même des conjoints de ces personnes, lorsqu'ils sont occupés dans la même entreprise (art. 51 al. 2 LACI). Selon la jurisprudence relative à l'art. 31 al. 3 let. c LACI - lequel, dans une teneur équivalente, exclut du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail le même cercle de personnes que celui visé par l'art. 51 al. 2 LACI et auquel on peut se référer par analogie (DTA 1996/1997 no 41 p. 227 consid. 1b) -, 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 y a lieu de ne pas se fonder de façon stricte sur la position formelle de l'organe à considérer, mais 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 A/1428/2009 - 8/11 - fonction des circonstances concrètes (DTA 1996/1997 no 41 p. 227 s. consid. 1b et 2; SVR 1997 ALV no 101 p. 311 consid. 5c). La seule exception à ce principe que reconnaît le Tribunal fédéral 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 no 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 (ATF 122 V 270 consid. 3 p. 273; DTA 2004 no 21 p. 196 consid. 3.2, C 113/03).

#### **E. 6**

En édictant l'al. 2 de l'art. 51 LACI, le législateur a voulu exclure d'une protection particulière les personnes qui exercent aussi bien une influence sur la conduite des affaires et sur la politique de l'entreprise qu'un droit de regard sur les pièces comptables et ne sont, de ce fait, pas surprises par la faillite subite de l'employeur (FF 1994 I p. 362 ; cf. Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 24 mars 2004 [C 113/03] publié dans DTA 2004, p. 196 - 199). Cette disposition n'exige donc pas que l'on puisse imputer aux intéressés une responsabilité effective dans l'insolvabilité de ce dernier. Preuve en est le fait que les conjoints des personnes visées par l'art. 51 al. 2 LACI, lorsqu'ils sont occupés dans la même entreprise, sont également exclus du cercle des ayants droit (DTA 2004 no 21 p. 196 consid. 4.2, C 113/03). C'est ainsi que le droit à cette indemnité doit aussi être nié pour les périodes postérieures à la sortie du conseil d'administration, lorsque les difficultés financières, qui ont finalement entraîné la faillite, existaient déjà auparavant (soit durant la période où la personne qui revendique des prestations siégeait encore au conseil d'administration) et que les rapports de travail ont été maintenus (RUBIN, Assurance-chômage, 2ème édition, Zurich 2006, p. 561 ; ATF 126 V 134, consid. 5c).

#### **E. 7**

a) Lorsque, comme en l'espèce, un assuré est membre du conseil d'administration d'une société anonyme, il n'est pas nécessaire, au vu des principes jurisprudentiels exposés supra, d'examiner plus avant l'étendue de son pouvoir de décision pour trancher le point de savoir s'il fait partie du cercle des personnes visées à l'art. 31 al. 3 let. c LACI et, partant, de celles visées à l'art. 51 al. 2 LACI. Certes, le recourant a démissionné avec effet immédiat du conseil d'administration de la société le 13 octobre 2008 (cf. convention de sortie signée le 13 octobre 2008 et courrier du recourant du 13 octobre 2008, pièces 4 et 5 du bordereau du recourant), l'inscription au registre du commerce ayant été radiée le 13 novembre 2008. Or, à ce propos, la jurisprudence considère que, pour déterminer jusqu'à quand un membre du conseil d'administration a effectivement pu influencer la

A/1428/2009 - 9/11 - gestion de l'entreprise, on se fonde sur la date à laquelle sa démission est devenue effective; on ne tient compte ni de la date à laquelle son inscription a été rayée du registre du commerce, ni de la date de la publication dans la Feuille officielle suisse du commerce (ATF 126 V 134 consid. 5b p. 137; DTA 2000 no 34 p. 178 s. consid. 1, C 184/99). Toutefois, en l'occurrence, il ressort des éléments du dossier que les difficultés financières qui ont finalement entraîné la faillite de la société le 6 janvier 2009 existaient avant la sortie du recourant du conseil d'administration, le 13 octobre 2008. En effet, l'administrateur de X\_\_\_\_\_ SA qui a succédé au recourant, nommé le 31 octobre 2008, a déclaré au chargé de faillites que les comptes de la société qu'il avait examinés dès son entrée en fonction faisaient apparaître une situation de surendettement au 30 juin 2008 confirmée par le réviseur aux comptes (pièce 9 de l'intimée). Fort de ce constat, ce même administrateur a d'ailleurs immédiatement avisé le juge, par requête déposée le 19 décembre 2008. La créance en salaire du recourant vis-à-vis de la société a d'ailleurs été colloquée en troisième classe (cf. état de collocation ; pièce 10 de la caisse), et non pas en première, comme c'est le cas des autres travailleurs, et ce compte tenu de ses fonctions d'administrateur (cf. explications du chargé de faillites, pièce 9 de la caisse). De plus, en tant que Directeur général de la société mère (cf. contrat de travail du 29 mars 2007), actionnaire à 100% de X\_\_\_\_\_ SA, le recourant disposait à double titre d'un droit de regard sur les comptes de son employeur. Il ressort d'ailleurs de la convocation par mail à la séance urgente du conseil d'administration de Y\_\_\_\_\_ SA, du 17 juillet 2008, que le recourant était chargé notamment de présenter la situation financière de X\_\_\_\_\_ SA ainsi que les différents scénarios à envisager, soit la faillite de X\_\_\_\_\_ SA, une liquidation « soft » ou la continuation des activités (cf. points 1 et 2 de l'ordre du jour). Enfin, La lettre de licenciement adressée au recourant le 24 novembre 2008 mentionnait également les graves difficultés traversées par la société. b) Le recourant fait encore valoir que dans la mesure où l'actionnaire majoritaire de Y\_\_\_\_\_ SA avait décidé d'injecter des fonds supplémentaires, il ne faisait aucun doute que l'objectif était la continuation de l'activité de X\_\_\_\_\_ SA après sa sortie du conseil d'administration. Dans ces conditions, la décision de cesser les activités de X\_\_\_\_\_ SA avait été prise après sa démission. Ces circonstances ne sauraient non plus le faire apparaître comme un salarié ordinaire et lui ouvrir le droit aux indemnités en cas d'insolvabilité. En effet, on rappellera qu'en adoptant l'art. 51 al. 2 LACI, le législateur a voulu exclure d'une protection particulière les personnes qui exercent aussi bien une influence sur la conduite des affaires qu'un droit de regard sur les pièces comptables et ne sont, de ce fait, pas surprises par la faillite subite de l'employeur. Cette disposition n'exige

A/1428/2009 - 10/11 - donc pas que l'on puisse imputer aux intéressés une responsabilité effective dans l'insolvabilité de ce dernier.

**E. 8**

Au vu de ce qui précède, la caisse était fondée, par sa décision sur opposition du 17 mars 2009, à nier le droit du recourant à une indemnité en cas d'insolvabilité. Point n'est ainsi nécessaire d'examiner si les autres conditions du droit à cette indemnité, notamment en relation avec l'aptitude au placement, sont en l'espèce réunies. Pour les mêmes motifs, c'est à juste titre que l'intimée a nié le droit de l'épouse du recourant à l'indemnité en cas d'insolvabilité.

**E. 9**

En tous points mal fondés, les recours doivent ainsi être rejetés.

A/1428/2009 - 11/11 -

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