

GE_GERICHTE ATAS/707/2012 vom 29. Mai 2012

GE Cour de justice, 2012-05-29, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_707_2012

FR: GE_GERICHTE ATAS/707/2012 du 29 mai 2012

IT: GE_GERICHTE ATAS/707/2012 del 29 maggio 2012

Erwägungen

E. 7

La Cour de céans a ordonné la comparution personnelle des parties le 24 janvier 2012. L'intéressé ne s'est pas présenté.

E. 8

Par courrier du 27 janvier 2012, il s'en est excusé, produisant deux certificats établis par le Docteur L_____, généraliste, les 12 octobre 2011 et 20 janvier 2012, aux termes desquels il était incapable de travailler à 100% dès le 5 septembre 2011 et dès le 20 janvier 2012. Il a par ailleurs indiqué qu'il avait rendez-vous chez ce médecin le 31 janvier 2012.

E. 9

Une nouvelle audience a été fixée le 28 février 2012. L'intéressé a à cette occasion déclaré que "Je confirme que la Sàrl Y_____ n'exploite plus le restaurant. J'ai en effet créé deux entreprises individuelles les 15 juin 2010 et 29 juillet 2011. La seconde n'a aucune activité, la première gère le restaurant. Ce sont ma femme et ma fille qui s'en occupent depuis juin 2010. Je suis en litige avec toutes deux. La première entreprise est au nom de ma fille. La Sàrl Y_____ devrait vraisemblablement tomber en faillite bientôt. Des actes de défaut de biens ont déjà été délivrés. Je n'ai pas ou ne pourrai probablement pas récupérer ma part de 5'000 fr.

A/3252/2011 - 4/11 - J'ai créé plusieurs sociétés. La première en 1993 qui est tombée en faillite. J'ai voulu exploiter le restaurant X_____ pour ma femme. En attendant de trouver un emploi me correspondant, j'ai travaillé au restaurant. Au bout de quelques temps, j'ai voulu m'inscrire au chômage "pour me sauver moi-même". Je voulais sortir de cet engrenage. Nous avons accumulé des dettes. Nous étions trois salariés, ma femme, ma fille et moi-même. J'ai décidé de quitter le restaurant et de chercher un emploi par moi-même. Je me suis alors inscrit au chômage après avoir été licencié. Ma femme et ma fille ont continué l'exploitation du restaurant. Je ne suis plus intervenu dans la gestion, car nous étions déjà en litige depuis quelques temps. Nous sommes allés consulter un avocat et un arrangement a été établi, en août 2011 sauf erreur, prévoyant notre séparation (je vis au sous-sol de notre maison). Nous avons préalablement vu des médiateurs compatriotes. Je préfère rester seul plutôt que de rejoindre mes deux enfants nés hors mariage. C'est une situation difficile. C'est moi qui possède la patente pour le restaurant. Selon la loi, je dois être présent dans le restaurant trois heures par jour et recevoir une rémunération de 1'600 fr. par mois. Je n'ai jamais reçu un centime. Je n'y reste pas non plus trois heures par jour, mais y passe de temps à autre. Mes enfants et mon épouse sont très fâchés contre moi en raison d'un adultère que j'ai commis (j'ai eu deux enfants hors mariage nés en 2007 et en mai 2010). Mon épouse a appris ma liaison à la naissance du second. Le bail du restaurant est à mon nom. Il est vrai que mon salaire variait. Lorsque les affaires allaient bien, il était plus

élevé. Quand les affaires allaient moins bien, il était diminué. Lorsque je prélevais mon salaire en espèces, j'effectuais les dépenses nécessaires. Je ne le déposais pas en banque. Je m'occupais de l'administration du restaurant plus particulièrement. A présent, c'est ma fille qui a pris ma place. Le salaire de mon épouse ne variait pas. Mon salaire a été déclaré de la même façon auprès de la Caisse AVS que du fisc, à l'exception d'une année, 2007 sauf erreur, où j'ai déclaré par ailleurs davantage au fisc". A l'issue de l'audience, un délai a été imparti à l'assuré afin de produire les décomptes LPP 2009 et 2010, ainsi que l'arrangement intervenu, auprès de Me Pascal JUNOD, avec son épouse.

E. 10

Par courrier du 20 mars 2012, l'intéressé a indiqué qu'il avait contacté l'assurance PRO, mais que celle-ci avait refusé de lui communiquer le certificat / décompte 2009-2010, tant que la question de la poursuite n'était pas réglée. Il a joint à son courrier : - copie des deux premières pages d'une action de droit administratif déposée par la Caisse de pension PRO le 27 mai 2011 auprès de la Chambre des assurances

A/3252/2011 - 5/11 - sociales de la Cour de justice, contre Y_____ SARL, concernant une créance en paiement de cotisations LPP à hauteur de 2'135 fr. 15. - un bordereau quittance solde de la poursuite n° 10 186709 y relative. - copie d'un courrier adressé par la société Y_____ à la Caisse de pension PRO le 9 mars 2011, signé par l'intéressé, communiquant les fiches de salaires 2009 et 2010.

E. 11

Par courrier du même jour, Me JUNOD a confirmé qu'il avait reçu à plusieurs reprises l'intéressé et son épouse pour tenter de trouver une solution amiable à leurs rapports conflictuels, et que l'intéressé avait à ce jour quitté le domicile conjugal. Il indique toutefois qu'il n'existe aucun accord écrit entre l'intéressé, son épouse et sa fille.

E. 12

Sur demande de la Cour de céans, la Caisse de compensation GASTROSOCIAL a versé au dossier les extraits de comptes individuels de cotisations de l'intéressé, de son épouse et de sa fille pour 2008. Il en résulte les salaires suivants : • pour l'intéressé, 27'300 fr. de janvier à décembre 2008. • pour son épouse, 8'750 fr. de septembre à décembre 2008. • et pour sa fille, 32'500 fr. de janvier à décembre 2008.

E. 13

La CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION a transmis les extraits de comptes 2009 et 2010. Il en résulte les salaires suivants : • pour l'intéressé, 59'500 fr. de janvier à décembre 2009, et 35'000 fr. de janvier à mai 2010. • pour sa fille, 12'600 fr. de janvier à décembre 2009, et 5'250 fr. de janvier à mai 2010. Il est précisé que l'épouse de l'intéressé est au bénéfice d'une demi-rente d'invalidité depuis le 19 septembre 2007. Aucun revenu n'a été déclaré pour elle en 2009 et 2010.

E. 14

La Caisse de pension PRO a, quant à elle, informé la Cour de céans que l'intéressé n'était plus assuré auprès de son institution depuis le 1er janvier 2008, et que l'avoir de libre passage, d'un montant de 4'901 fr. 50, avait été transféré à la Banque RAIFFEISEN.

E. 15

La Cour de céans a ordonné l'audition, à titre de renseignement, de Mesdames A_____ et A_____, respectivement épouse et fille de l'intéressé.

A/3252/2011 - 6/11 - Elles ont confirmé que l'intéressé avait été licencié le 20 avril 2010 avec effet au 31 mai 2010, et que depuis cette date, il n'intervenait plus de quelque manière que ce soit dans l'exploitation du restaurant. L'épouse a indiqué qu'ils étaient séparés, l'intéressé étant parti vivre avec sa maîtresse. S'agissant des salaires, elles ont expliqué que les salaires versés dépendaient des recettes réalisées au restaurant et des charges que chacun doit assumer.

E. 16

Les procès-verbaux d'enquêtes ont été transmis aux parties, absentes et non excusées lors de cette audience, puis 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; 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. 2. Le recours a été interjeté en temps utile (art. 1 LACI, 38, 56 et 60 LPGA).. 3. Le litige porte sur le droit de l'assuré à des indemnités de chômage à compter de décembre 2010. 4. Conformément à l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage, à la condition notamment d'être sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 10), de subir une perte de travail à prendre en considération (art. 11), d'être apte au placement (art. 15), de remplir les conditions relatives à la période de cotisation ou d'en être libéré (art. 13 et 14) et de satisfaire aux exigences de contrôle (art. 17). La perte de travail doit être contrôlable, dans les deux cas, et c'est pour cela que n'ont pas droit à ces indemnités 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, et les conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise (art. 31 al. 3 let. c LACI ; ATF non publié C 355/00 du 28 mars 2001, consid. 2). 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 à fixer les décisions de l'employeur ou

A/3252/2011 - 7/11 - à influencer celles-ci de manière déterminante. Dans le cas contraire, en effet, on détournerait par le biais des dispositions 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 (cf. ATF 123 V 238 consid. 7b/bb). On parlera de détournement de la règle lorsque l'entreprise continue d'exister au-delà de la fin des rapports de travail et que l'assuré conserve une position comparable à celle d'un employeur. Ces personnes n'ont par conséquent pas droit à l'indemnité de chômage, qu'elles fassent valoir un chômage complet ou partiel (Secrétariat d'Etat à l'économie, ci-après SECO, circulaire IC janvier 2003 ch. B 31). La situation est en revanche différente lorsque le salarié se trouvant dans une position assimilable à celle d'un 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 quand l'entreprise continue d'exister, mais qu'un tel salarié, par suite de 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 (cf. ATF 123 V 238 consid. 7b/bb ; ATF non publié C 355/00 du 28 mars 2001, consid. 2). 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). Ces règles visent à éviter un licenciement fictif. Le TF a rappelé les motifs qui président à ces exigences. Il s'agit 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 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 TF 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. 5. L'assuré doit également remplir les conditions relatives à la période de cotisations. Aux termes de l'art. 13 LACI, tel est le cas si, dans les limites du délai-cadre de A/3252/2011 - 8/11 - cotisations, soit en l'espèce de décembre 2008 à décembre 2010 (art. 9 al. 3 LACI), l'assuré a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation. Même s'il était admis que l'assuré pouvait prétendre à l'indemnité pour l'activité exercée au restaurant, il y a 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.

E. 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. 13 al. 1 LACI, que s'il a réellement été perçu par le travailleur durant une période prolongée et qu'il n'a jamais fait l'objet d'une contestation (DTA 2001 p. 228 ; 1999, p. 28 ; ATF 123 V 72). 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). 7. En l'espèce, l'assuré a travaillé depuis novembre 2000 dans le restaurant exploité par la Sàrl dont il est associé depuis 2000 et associé-gérant de 2003 à juin 2010. Il va de soi qu'en sa qualité d'associé puis d'associé-gérant, l'assuré influençait pour le moins les décisions prises dans le cadre de l'exploitation de l'établissement. Il ne le conteste pas.

A/3252/2011 - 9/11 - Son contrat de travail a été résilié le 20 avril 2010 avec effet au 31 mai 2010. Il appert des déclarations de l'assuré qu'il a lui-même décidé de son licenciement. Il a précisé à cet égard que "j'ai décidé de quitter le restaurant et de chercher un emploi par moi-même. Je me suis alors inscrit au chômage après avoir été licencié" (cf. PV de l'audience CPP du 24 janvier 2012). Il allègue en revanche qu'il n'est plus intervenu dans la gestion depuis juin 2010, son épouse et sa fille, qui, ayant appris qu'il avait eu deux enfants adultérins en mai 2010, sont fâchées contre lui et ont continué seules l'exploitation du restaurant. Me JUNOD a confirmé l'existence de rapports conflictuels entre eux. La Cour de céans admet qu'il est vraisemblable, au degré de prépondérance requis par la jurisprudence, que la situation de l'assuré au sein de l'entreprise s'est sensiblement modifiée dans ces conditions. Il doit ainsi être considéré comme le salarié se trouvant certes dans une position assimilable à celle d'un employeur, mais qui quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci. Il est vrai qu'il reste le conjoint d'une personne occupant une position comparable à celle d'un employeur dans cette entreprise. Il y a toutefois lieu de prendre en considération, de la même manière, le fait qu'il y a grave litige entre les époux, de sorte qu'il est vraisemblable que le risque qu'il exerce son influence dans la gestion de l'entreprise soit nul, étant rappelé que ce n'est pas l'abus qui est visé, mais le risque d'un abus. 8. Reste à déterminer si, dans les limites du délai-cadre de cotisations, soit en l'espèce de décembre 2008 à décembre 2010 (art. 9 al. 3 LACI), un salaire a été réellement versé à l'assuré durant douze mois au moins. L'assuré n'a pas été en mesure de produire un relevé bancaire ou postal, alléguant que le salaire était versé de main à main. Il a plus particulièrement déclaré que "concernant le versement de mes propres revenus, il est vrai que notre activité a toujours été en espèces. Etant donné que j'étais mon propre salarié, il n'y avait pas de tierce personne pour avoir une preuve du paiement de mon salaire. Cependant, je ne voyais aucune raison pour que la société paie autant d'AVS, chômage, 2ème pilier et le reste. En tant que personne physique, j'ai déclaré pour mon impôt le salaire que j'ai mentionné plus haut". La Caisse de compensation GASTROSOCIAL, pour 2008, et la CAISSE CANTONALE DE COMPENSATION, pour 2009 et 2010, ont transmis à la Cour de céans les extraits de comptes individuels de cotisations. Si l'on se fonde sur ces extraits, il apparaît que l'assuré a déclaré un salaire de 27'300 fr. pour 2008, de 59'500 fr. pour 2009 et de 35'000 fr. pour 2010 (janvier à mai). Il a également déclaré un salaire au fisc, soit 52'500 fr. en 2009. Certes la déclaration d'impôts et le décompte de salaire destiné à l'AVS ne constituent-ils pas, selon la jurisprudence, des moyens de preuve suffisants (DTA 2004, p. 115 ; ATFA du 24 septembre 2004, cause C 30/04). On peut toutefois admettre que l'assuré percevait bel et bien un salaire.

A/3252/2011 - 10/11 - Il est en conséquence établi, au degré de vraisemblance requis par la jurisprudence, que l'assuré a réalisé un salaire effectif durant douze mois, de décembre 2008 à décembre 2010. 9. Le montant de son salaire ne peut en revanche être d'emblée déterminé puisqu'il varie selon les documents. On ne saurait toutefois en conclure, comme le fait la Caisse, qu'aucun gain ne peut être pris en considération. Il y a lieu de se fonder sur les faits qui présentent un degré de vraisemblance suffisant. A cet égard, on peut s'étonner d'une part de ce que le salaire 2009 représente un peu plus du double du salaire 2008, et que celui indiqué pour 2010 soit encore plus élevé (35'000 fr. pour 5 mois), alors que l'entreprise rencontrait certaines difficultés financières. Selon l'assuré en effet, "nous avons accumulé des dettes". Il apparaît ainsi vraisemblable, au degré de prépondérance requis par la jurisprudence, que celui-ci n'a en réalité prélevé qu'un salaire minimum, ne dépassant pas celui qui avait été déclaré pour l'année 2008, soit 27'300 fr. Cela étant, force est de constater que la Caisse ne s'est pas prononcée sur 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.

A/3252/2011 - 11/11 - 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.