

GE_GERICHTE A/2082/2017 vom 20. September 2017

GE Cour de justice, 2017-09-20, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_2082_2017

FR: GE_GERICHTE A/2082/2017 du 20 septembre 2017

IT: GE_GERICHTE A/2082/2017 del 20 settembre 2017

Volltext

Genève Cour de justice (Cour de droit public) Chambre des assurances sociales 20.09.2017 A/2082/2017

A/2082/2017 ATAS/809/2017 du 20.09.2017 (CHOMAG) , REJETE En fait En droit rÉpublique et canton de genÈve POUVOIR JUDICIAIRE A/2082/2017 ATAS/809/2017 COUR DE JUSTICE Chambre des assurances sociales Arrêt du 20 septembre 2017 4 ème Chambre En la cause Monsieur A_____, domicilié à GENÈVE recourant contre OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, sis rue des Gares 16, GENÈVE intimé EN FAIT 1. Monsieur A_____ (ci-après l'assuré ou le recourant), né le _____1958, s'est inscrit à l'office régional de placement (ci-après l'ORP) comme demandeur d'emploi le 2 mai 2016, indiquant que la dernière activité exercée plus de six mois était celle d'ingénieur ETS et associé-gérant de B_____ Sàrl (ci-après la société).! [endif]>! [if> 2. Le 28 juin 2016, la caisse de chômage Unia (ci-après la caisse) a invité l'assuré, à lui transmettre un extrait de radiation du registre du commerce de la société, afin qu'elle puisse l'indemniser.! [endif]>! [if> 3. Le 11 juillet 2016, l'assuré a informé la caisse qu'il avait commencé à effectuer les premières démarches auprès du Tribunal de première instance (ci-après TPI) pour déclarer la société en faillite. La radiation du registre du commerce était retardée, car le processus d'appel aux créanciers durait quelques semaines après l'annonce à la Feuille d'avis officielle. Le problème était que les indemnités de chômage étaient suspendues et qu'il n'avait plus de ressources financières pour subvenir à ses besoins vitaux. Il demandait en conséquence à la caisse de lui indiquer une solution à son problème.! [endif]>! [if> L'assuré a transmis à la caisse en annexe de son pli : - une demande adressée le 10 juin 2016 par lui-même au TPI de mise en faillite de la société, qui se trouvait en état de surendettement et incapable de faire face à ses obligations financières pour l'année 2016, précisant qu'il en était le seul associé gérant et seul employé ;! [endif]>! [if> - une ordonnance rendue le 24 juin 2016 par le TPI invitant la société à lui faire parvenir d'ici au 14 juillet 2016 un bilan aux valeurs de continuation et de liquidation révisé au 31 décembre 2015 et la décision du conseil d'administration en vue de l'avis de surendettement au juge ;! [endif]>! [if> - une demande, adressée le 11 juillet 2016 par l'assuré au TPI, de prolongation au mois d'août 2016 du délai pour produire le bilan de la société pour l'année 2015 ;! [endif]>! [if> - un courrier adressé le 11 juillet 2016 par l'assuré au TPI déclarant la société en état de surendettement. ! [endif]>! [if> 4. Le 12 août 2016, l'Hospice général a informé la caisse qu'il accordait une aide financière à l'assuré en attendant le versement des indemnités de chômage.! [endif]>! [if> 5. Le 9 octobre 2016, l'assuré a informé la caisse que le processus de mise en faillite de la société était en cours. En sa qualité d'associé-gérant, il avait déclaré la société en cessation de paiement auprès de divers créanciers à partir de mai 2016. Cela impliquait que la société serait liquidée par voie de faillite et, par conséquent, qu'elle serait radiée du registre du commerce dès qu'un juge l'aurait ordonné. ! [endif]>! [if> 6. À teneur d'un extrait du

registre du commerce du 15 décembre 2016, la société a été inscrite le 11 septembre 2003 et son siège est à Genève. L'assuré en est l'associé-gérant avec signature individuelle depuis le 19 décembre 2013.!

7. Le 18 janvier 2017, l'assuré a informé l'office cantonal de l'emploi (ci-après l'OCE) que la société n'avait actuellement plus d'activité commerciale et ce, depuis juin 2016. Il n'avait pas perçu de salaire de la société depuis mars 2016. En tant qu'employé, il avait cotisé douze mois à l'assurance-chômage, de mars 2015 à février 2016. En mai 2016, il s'était inscrit à la caisse et avait produit tous les documents nécessaires. Comme la société n'avait pas encore été radiée du registre du commerce, la caisse ne pouvait pas lui verser les indemnités de chômage. Pour résoudre cette situation, il avait déposé en juin 2016 au TPI une requête de mise en faillite de la société. Il lui avait été impossible de produire les comptes révisés demandés par le tribunal, malgré le fait que plusieurs personnes s'étaient occupées de la comptabilité de la société. En conséquence, il avait retiré la requête pour éviter son irrecevabilité et des frais de justice inutiles et avait mandaté une fiduciaire pour mettre en ordre la comptabilité, qui était actuellement en voie de correction. Il allait encore mandater une autre société pour la révision des comptes. Depuis le mois de mai 2016, il recherchait activement un emploi comme n'importe quel demandeur d'emploi et avait déjà eu quelques entretiens d'embauche préliminaires. Sa disponibilité pour un emploi était immédiate. Comme la caisse ne lui octroyait aucune indemnité, il survivait financièrement grâce à l'aide de l'Hospice général. !

8. Par décision du 2 février 2017, l'OCE a nié le droit à l'indemnité de l'assuré dès le 2 mai 2016. Il était avéré que la société était toujours inscrite au registre du commerce et que l'assuré avait retiré la requête de mise en faillite de cette société qu'il avait déposée par-devant TPI. L'assuré n'avait pas droit à l'indemnité de chômage dès le premier jour contrôlé, car il occupait une position dirigeante au sein de la société. En conséquence, son droit à l'indemnité devait être nié dès le 2 mai 2016.!

9. Le 23 février 2017, l'assuré a formé opposition contre la décision précitée, faisant valoir qu'il avait envoyé une nouvelle requête de mise en faillite de la société au TPI le 16 février 2017. La comptabilité 2016 était en voie d'être réglée et révisée. À la suite de la décision de l'OCE, l'Hospice général avait mis fin à son aide et il allait se retrouver sans ressources financières. Il s'était toujours acquitté de ses devoirs de demandeur d'emploi et avait été astreint par l'ORP à une mesure pour augmenter ses chances d'en obtenir un. Il n'avait perçu aucun revenu de la société depuis mars 2016. La décision de l'OCE était injuste.!

À l'appui de son opposition, l'assuré a produit une ordonnance rendue le 21 février 2017 par le Tribunal de première instance par laquelle ce dernier lui impartissait un délai de trente jours pour produire un bilan intermédiaire vérifié par un réviseur agréé avec des biens estimés à la valeur d'exploitation et à la valeur de liquidation. 10. Par décision sur opposition du 20 avril 2017, l'OCE a rejeté l'opposition et confirmé sa décision du 2 février 2017, considérant que l'assuré n'avait toujours pas rompu ses liens avec la société et qu'il conservait une position assimilable à celle d'un employeur au sein de celle-ci.!

11. Le 15 mai 2017, l'assuré a formé recours contre la décision précitée auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice, reprenant en substance les arguments déjà développés dans son opposition. !

12. Le 11 juin 2017, le recourant a produit deux pièces supplémentaires : ! - un jugement du TPI du 1^{er} juin 2017 prononçant la faillite de la société le jour même ; ! - un courrier adressé à lui par l'office des faillites le 8 juin 2017 le convoquant dans le cadre des mesures conservatoires commandées par les circonstances à la suite du jugement de faillite, qui était immédiatement exécutoire.!

13. Par réponse du 12 juin 2017, l'OCE a

observé, pièce à l'appui, que selon l'extrait du registre du commerce, état au 9 juin 2017, le recourant était toujours inscrit en qualité d'associé gérant avec signature individuelle de la société, qui n'avait toujours pas été mise en faillite. Il persistait en conséquence dans les termes de sa décision sur opposition.!

14. Le 21 août 2017, l'assuré a produit à la procédure un extrait du registre du commerce dont il ressort que la société était en cours de liquidation, précisant que la société serait radiée le 21 septembre 2017.!

15. Sur ce, 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 - E 2 05) en vigueur dès le 1^{er} 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. Interjeté en temps utile le recours est recevable (art. 60 LPGA).!

3. Est litigieux en l'espèce, le droit du recourant à l'indemnité de chômage dès le 2 mai 2016.!

4. a) L'assuré a droit à l'indemnité de chômage notamment s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 8 al. 1 let. a LACI). Est réputé sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et qui cherche à exercer une activité à plein-temps (art. 10 al. 1 LACI). Selon l'art. 10 al. 2 LACI, est réputé partiellement sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et cherche à n'exercer qu'une activité à temps partiel (let. a) ou occupe un emploi à temps partiel et cherche à le remplacer par une activité à plein-temps ou à le compléter par une autre activité à temps partiel (let. b) (ATF 121 V 355 consid. 2).!

b) Selon 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 légale, 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 de l'entreprise; il en va de même des conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise. À cet égard, 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 n'y a pas lieu de se fonder de façon stricte sur la position formelle de l'organe à considérer; 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 fonction des circonstances concrètes (DTA 1996/1997 n° 41 p. 227 sv. consid. 1b et 2; SVR 1997 ALV n° 101 p. 311 consid. 5c). La seule exception à ce principe que reconnaît le Tribunal fédéral des assurances 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. 3.2; ATFA du 27 janvier 2005, cause C 45/04). c) 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 licenciées, poursuivent une activité pour le 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. 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. Il n'y a pas de place, dans ce contexte, pour un examen au cas par cas d'un éventuel abus de droit de la part d'un assuré. Lorsque l'administration 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 il est statué 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 d'abus que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur (ATFA du 14 avril 2003, cause C 92/02, du 29 août 2005, cause C 163/04). d) 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 d'un employeur; la radiation de l'inscription permet d'admettre sans équivoque que l'assuré a quitté la société (ATF du 29 novembre 2005, cause C 175/04). Dans cet arrêt, le TFA a considéré que l'intéressé n'avait ni quitté définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci, ni rompu tout lien avec la Sàrl. Devenu liquidateur de celle-ci, il avait conservé des prérogatives analogues à celles dont il disposait précédemment. En particulier, il était chargé de la gestion et de la représentation de la société en liquidation, avec pouvoir d'accomplir tous les actes qui entraient dans le cadre du but de la liquidation, y compris, le cas échéant, de nouvelles opérations. En d'autres termes, le statut de liquidateur de la Sàrl avait eu pour effet de maintenir l'intéressé dans le cercle des personnes qui fixent les décisions de l'employeur ou qui les influencent de manière déterminante. De ce chef, il n'avait pas droit à l'indemnité, ce que la jurisprudence avait d'ailleurs déjà admis dans des affaires analogues concernant des liquidateurs (DTA 2002 p.

185 consid. 3c [arrêt S. du 19 mars 2002, C 373/00]; arrêt G. du 12 septembre 2005, C 131/05). e) 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. f) Selon les dispositions légales régissant l'organisation de la société à responsabilité limitée, les associés exercent collectivement la gestion de la société (art. 809 al. 1 CO). La qualité de gérant revient à tout associé personne physique indépendamment du moment ou du mode d'acquisition de ses parts. Ainsi, la qualité de gérant naît pour un associé personne physique de son sociétariat (BUCHWALDER, in Commentaire Romand, Code des obligations II, ad art. 809, no 2 et 4). La qualité de gérant emporte non seulement le droit mais aussi l'obligation de gérer la société (ATFA non publié C 205/04 du 29 décembre 2005, consid. 2). Lorsqu'il s'agit d'un membre du conseil d'administration ou d'un associé d'une Sàrl, l'inscription au registre du commerce constitue en règle générale le critère de délimitation décisif pour déterminer s'il occupe une position assimilable à celle d'un employeur (DTA 2002 p. 185 consid. 2b et c; ATFA non publié C 353/05 du 4 octobre 2006, consid. 2). La radiation de l'inscription permet d'admettre sans équivoque que l'assuré a quitté la société (ATFA non publié C 175/04 du 29 novembre 2005, consid. 3.2). Une société disparaît dès la fin de sa liquidation, qui se concrétise par la radiation au RC. Avant ce stade, la société conserve sa personnalité juridique avec toutefois un but restreint par la finalité de la dissolution (cf. art. 821 et ss CO; ATF 117 III 39 in JdT 1994 II 12; RUBIN, Assurance-chômage, p. 130). La dissolution de la société doit à tout le moins être entreprise pour qu'un droit à l'indemnité de chômage puisse éventuellement être reconnu à la personne qui a occupé une position assimilable à celle d'un employeur. La seule cessation des activités n'est pas suffisante pour ouvrir un droit à l'indemnité de chômage (cf. ATFA non publié C 11/04 du 7 juillet 2004). Le fait de retarder la dissolution d'une société commerciale peut, suivant les circonstances, être assimilé à une situation potentiellement abusive résultant d'actes concluants (DTA 2001 p. 218). Laisser sciemment possible une continuation des affaires entraîne la négation du droit (ATFA non publié C 64/02 du 7 août 2003, consid. 2.2). En fait, il suffit qu'une continuation des activités de l'entreprise soit possible pour que le droit doive être nié en raison d'un risque de contournement des art. 31 al. 3 let. b et c LACI (ATFA non publié C 75/04 du 20 avril 2005; RUBIN, op. cit., p. 131). La preuve de l'existence d'un abus avéré n'exclut pas le risque d'abus qui est également pris en compte par la loi et la jurisprudence. Dès lors, l'existence ou l'absence d'abus n'est pas déterminante pour statuer sur un cas d'espèce (ATF non publiés 8C_155/2011 du 25 janvier 2012, consid. 4 et 8C_1004/2010 du 29 juin 2011, consid. 7). g) Les directives (bulletin LACI, 2013) résument ainsi les faits entraînant le départ définitif ou l'abandon définitif de la position assimilable à celle d'un employeur: - la fermeture de l'entreprise ;![endif]>![if> - la faillite de l'entreprise ;![endif]>![if> - la vente de l'entreprise et/ou de la participation financière avec abandon de la position assimilable à celle d'un employeur ;![endif]>![if> - le congé avec perte de la position assimilable à celle d'un employeur.![endif]>![if> 5. Dans le domaine des assurances sociales, il n'existe pas un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (RAMA 1999 no U 349 p. 478 consid. 2b). Sauf dispositions contraires de la loi, le juge fonde sa décision 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 125 V 195 consid. 2, 121 V 47 consid. 2a, 208 consid. 6b et la référence).!

En l'espèce, il n'est pas contesté que le recourant était inscrit au registre du commerce en qualité d'associé gérant de la société, avec signature individuelle, lorsqu'il a requis les prestations de l'assurance-chômage et qu'il l'était toujours lorsque la décision querellée a été rendue. Cela implique qu'il n'avait pas droit à l'indemnité de chômage, selon la jurisprudence précitée, car la loi lui reconnaît, de ce fait, d'emblée un pouvoir de décision déterminant la société. C'est ainsi à juste titre que l'OCE a nié son droit à l'indemnité de chômage dès le 2 mai 2016. 7. Mal fondé, le recours sera rejeté. 8. La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA). 9. Le recourant n'ayant pas obtenu gain de cause, il ne peut prétendre à l'octroi de dépens (art. 61 let. g LPGA).

PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme : 1. Déclare le recours recevable. 2. Au fond : 2. Le rejette. 3. Dit que la procédure est gratuite. 4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi. La greffière Isabelle CASTILLO La présidente Catherine TAPPONNIER Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'au Secrétariat d'État à l'économie par le greffe le

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