

GE_GERICHTE A/2362/2007 vom 9. Oktober 2007

GE Cour de justice, 2007-10-09, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_2362_2007

FR: GE_GERICHTE A/2362/2007 du 9 octobre 2007

IT: GE_GERICHTE A/2362/2007 del 9 ottobre 2007

Erwägungen

E. 8

Reste à déterminer le montant de celui-ci. En l'espèce, l'intéressé a produit des extraits de compte bancaire, desquels il ressort qu'il a perçu chaque mois un salaire net de 2'039 fr.70, ainsi qu'une somme variant entre 1000 et 2000 fr. représentant le remboursement de frais. Pour les assurés occupant une position assimilable à celle d'un employeur et pour leur conjoint, la caisse doit dans tous les cas s'assurer du versement effectif des salaires. Si la caisse obtient dans le cadre de la recherche d'éléments de preuve complémentaires des justificatifs bancaires ou postaux, le versement du salaire ainsi que l'existence d'une activité soumise à cotisation sont alors réputés établis. Si les justificatifs présentés ne permettent pas d'établir clairement les salaires effectivement versés pendant la période en cause, c'est à l'assuré de supporter les conséquences de l'absence de preuve et le droit à l'indemnité de l'assurance-chômage doit lui être nié faute de période de cotisation. L'intéressé a expliqué à cet égard qu'à l'époque de la Sàrl, une partie de son salaire était déclarée comme représentant un remboursement de frais, ce qui lui permettait de payer moins d'impôts et d'éviter que l'intégralité de son salaire soit soumise à cotisations AVS-AI. Il a déclaré que cette façon de faire avait été conservée par habitude. Il a toutefois parallèlement affirmé que les montants figurant sur l'extrait de compte bancaire à titre d'acompte de frais constituaient en réalité des compléments de salaire que X_____ SA lui versait ultérieurement seulement, parce qu'elle ne réussissait pas, en raison de ses difficultés financière, à s'acquitter en une seule fois de son salaire mensuel. Ces déclarations contradictoires ne permettent pas d'établir, à satisfaction de droit, que ces "acomptes" dont les montants étaient au demeurant variables, doivent être retenus comme salaire, d'autant plus que l'indication "rédaction Bell Music" laissent plutôt penser qu'il s'agit-là de rémunérations versées à raison d'un mandat. Il y a également lieu de relever que c'est un revenu annuel de 24'000 fr. qui a été déclaré pour 2005 à la caisse de compensation AVS-AI compétente. Il est vrai qu'un salaire beaucoup plus important, qui comprendrait les "acomptes frais", a été finalement annoncé pour les années 2005 et 2006. Force est toutefois de relever que le courrier y relatif a été adressé à la caisse AVS-AI le 17 novembre 2006, soit après que l'intéressé ait été licencié, mais avant qu'il ait vendu son action. Dès lors, le Tribunal de céans retiendra, à titre de salaire effectivement versé au sens de la LACI, le montant mensuel net de 2'039 fr. 70.

E. 9

Reste à examiner si le statut de liquidateur au sein de la Sàrl que l'intéressé a fondée avec Monsieur S_____ fait obstacle au versement des indemnités de l'assurance-chômage.

E. 10

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 légale, 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 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 238 consid. 7b/bb; voir aussi SVR 2001 ALV no 14 pp. 41-42 consid. 2a et DTA 2000 no 14 p. 70 consid. 2). Cette jurisprudence est également applicable aux associés gérants d'une société à responsabilité limitée (voir par exemple DTA 2004 no 24 p. 259, 2000 no 15 p. 72). 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). Certes l'intéressé n'a pas quitté définitivement la Sàrl en raison de la fermeture de celle-ci, ni rompu tout lien avec elle puisqu'il en est devenu liquidateur à partir du 22 décembre 2004. Il a ainsi en principe conservé des prérogatives analogues à celles dont il disposait précédemment en sa qualité d'associé-gérant. 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 entre dans le cadre du but de la liquidation y compris le cas échéant de nouvelles opérations (cf. RUEDIN, Droit des sociétés, Berne 1999, p. 369). En d'autres termes, le statut de liquidateur de la Sàrl qui perdure à ce jour a en principe 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'aurait en conséquence pas droit à l'indemnité (DTA 2002, p. 185 consid. 3 c; arrêt G. du 12 septembre 2005, C.131/05; arrêt du 29 novembre 2005 C.175/2005). La fin d'une Sàrl nécessite en priorité de procéder à sa dissolution (cf. arrêt R. du 22 novembre 2002, C 37/02), laquelle peut notamment intervenir par l'ouverture de la faillite (art. 820 ch. 3 CO). La société dissoute entre en liquidation, sauf en cas de fusion, de division ou de transfert de son patrimoine à une corporation de droit public (art. 738 CO). Pendant la liquidation, les organes sociaux conservent leurs pouvoirs légaux et statutaires, bien que restreints aux actes nécessaires à cette opération et qui de par leur nature, ne sont pas du ressort des liquidateurs (cf. art. 739 al. 2 CO). En fait notamment partie, le choix de la poursuite des activités de l'entreprise jusqu'à sa vente ou sa radiation (cf. AHI 1994 p. 37 consid. 6c et les références). Cette situation exclut le droit à l'indemnité de

chômage de l'assuré (cf. DTA 2002, p. 185 consid. 3b). Dans un arrêt H. du 3 avril 2006 (C 267/04), le Tribunal fédéral des assurances a précisé sa jurisprudence. Dans ce cas, l'assuré s'était inscrit au chômage le 18 décembre 2003. Il avait cependant joui d'une position analogue à celle d'un employeur jusqu'au 16 avril 2004. A cette date, la société à responsabilité limitée qui l'employait avait été radiée d'office à la suite de la suspension de la procédure de faillite faute d'actif survenue le 6 janvier 2004. Le TFA a considéré qu'aucun événement déterminant ne pouvait se produire durant ce laps de temps. En particulier, il était peu vraisemblable que l'assuré eût pu à nouveau rentrer dans la société et y réaliser un gain. Ainsi, il n'existait plus de risque d'abus, si bien que le droit à l'indemnité de chômage ne pouvait être nié à l'assuré pour le motif qu'il avait joui d'une position analogue à celle d'un employeur jusqu'au 16 avril 2004. Dès lors, la jurisprudence publiée au DTA 2002 p. 183 et suivantes ne pouvait pas s'appliquer par analogie lorsque la faillite d'une société était suspendue faute d'actif. En l'espèce, la X_____ Sàrl n'a certes pas été encore liquidée, elle a toutefois transféré ses actifs et passifs à X_____ SA. Depuis ce moment, elle ne dispose plus d'aucun moyen qui lui permettrait de prendre un nouveau départ; une éventuelle reprise par l'intéressé de son activité professionnelle au sein de la Sàrl et la réalisation d'un gain est rendue impossible par le fait même qu'il n'y a plus ni actif ni passif. Il n'existe ainsi pas de risque d'abus. Dans ces circonstances, le droit à l'indemnité de chômage ne saurait être refusé à l'intéressé, puisqu'il ne bénéficiait plus d'une position analogue à celle d'un employeur à partir du 8 décembre 2006. En conséquence, le droit à des indemnités de l'assurance chômage doit être reconnu à l'intéressé, sur la base d'un salaire mensuel net de 2'039 fr. 70. Le recours est partant admis partiellement et le dossier renvoyé à la caisse pour calcul du gain assuré.

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