

## **GE\_GERICHTE A/2658/2019 vom 27. Februar 2020**

GE Cour de justice, 2020-02-27, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_2658\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_2658_2019)

FR: GE\_GERICHTE A/2658/2019 du 27 février 2020

IT: GE\_GERICHTE A/2658/2019 del 27 febbraio 2020

### **Erwägungen**

#### **E. 3**

ème Chambre En la cause Monsieur A\_\_\_\_\_, domicilié à CAROUGE recourant contre CAISSE DE CHOMAGE SYNA, administration centrale Suisse Romande, sise rte du Petit-Moncor 1a, VILLARS-SUR-GLÂNE intimée EN FAIT 1. Le 29 avril 2019, Monsieur A\_\_\_\_\_ (ci-après : l'assuré), né en 1969, s'est annoncé comme demandeur d'emploi auprès de la Caisse de chômage SYNA (ci-après : la caisse) et a sollicité le versement de l'indemnité chômage avec effet au 3 avril 2019. Auparavant, l'assuré avait travaillé, de janvier 2010 au 31 décembre 2018, pour la société B\_\_\_\_\_ SA (ci-après : la société), dont il était administrateur-directeur avec signature individuelle depuis le 20 janvier 2010. Selon les données informatisées du Registre du commerce du canton de Genève (RC), la société, inscrite depuis le 17 décembre 2009, avait pour but social l'exploitation d'un café-restaurant-bar, notamment C\_\_\_\_\_ à Genève. Par courrier du 30 octobre 2018, la société avait résilié les rapports de travail pour le 31 décembre 2018 pour cause de « cessation d'activité-fin de bail ». 2. Interrogé par la caisse, l'assuré a expliqué, par courriel du 6 mai 2019, avoir créé, puis exploité, C\_\_\_\_\_ pendant dix-neuf ans, d'abord sous la forme d'une raison individuelle, puis d'une société anonyme, les douze dernières années. Pendant cette période, il avait vu son bail à loyer résilié à trois reprises, la dernière fois en août 2018. Le 18 décembre 2018, il avait subi une intervention au genou gauche, suivie d'une période de convalescence de trois mois, du 19 décembre 2018 au 31 mars 2019. Depuis le 1<sup>er</sup> avril 2019, son incapacité de travail était de 50%. L'exploitation de l'établissement avait cessé le 22 décembre 2018. La société était toujours inscrite au RC. Elle avait pour vocation la seule exploitation de C\_\_\_\_\_ et comptait trois « administrateurs » (sic), soit l'assuré, Madame D\_\_\_\_\_ - au bénéfice d'une procuration avec signature collective à deux - et Monsieur E\_\_\_\_\_, ces derniers n'exerçant aucune activité dans l'établissement. L'activité de l'assuré au sein de la société avait été multiple : il avait notamment été en charge des différents chantiers relatifs aux établissements, des collaborateurs, des stratégies commerciales, du développement des partenariats, des commandes, de la tenue de la salle, du suivi des règles de la restauration, des relations avec le service de police et du commerce, de la communication et de l'organisation de réceptions ou manifestations. 3. Par courriel du même jour, la caisse lui a demandé s'il comptait radier l'inscription au RC et, si non, pour quelles raisons. 4. Le 7 mai 2019, l'intéressé a expliqué vouloir conserver sa société « dans l'éventualité d'une création d'entreprise ultérieurement ». À teneur des statuts de la société, Madame D\_\_\_\_\_ et lui disposaient chacun de quarante-cinq actions de CHF 1000.- ; Monsieur E\_\_\_\_\_ détenait dix actions de CHF 1000.-. 5. Par courrier du 7 mai 2019, la caisse a demandé à l'assuré les raisons qui l'avaient poussé à cesser son activité au 31 décembre 2018 alors que le bail à loyer de l'établissement avait été résilié pour le 31 août 2019. 6. Par courriel du 14 mai 2019, l'assuré a expliqué que le propriétaire de l'immeuble l'avait informé que les travaux de

surélévation et de transformation devaient commencer cette année. Il avait donc obtempéré.

7. Par décision du 17 mai 2019, la caisse a nié à l'assuré le droit à l'indemnité de chômage au motif qu'il occupait une position assimilable à celle d'un employeur. Il ressortait en effet des documents versés au dossier que l'assuré était toujours administrateur-directeur de la société, et l'unique détenteur d'une signature individuelle.

8. Par pli du 29 mai 2019, l'assuré a formé opposition contre cette décision. En substance, il a expliqué que la cessation involontaire de l'activité du bar pour lequel il travaillait était la conséquence de la résiliation du bail par le propriétaire des locaux. Cette rupture de contrat - aux conséquences financièrement pénalisantes - était vérifiable, puisque tous les documents y relatifs avaient été produits. La société avait pour seule vocation l'exploitation de C\_\_\_\_\_. Or, depuis le 22 décembre 2018, l'établissement avait cessé toute activité. Sans revenu, avec une famille à charge, l'assuré a réclamé le versement de l'indemnité et demandé si, par ailleurs, l'abandon de sa société lui ouvrirait droit à celle-ci.

9. Par décision du 18 juin 2019, la caisse a rejeté l'opposition. Elle a relevé que, bien que le bail à loyer ait été résilié pour le 31 décembre 2018, l'assuré était toujours inscrit au RC en qualité d'administrateur-directeur avec signature individuelle de la société, qu'il était donc encore actif dans la société et qu'il lui était possible, à tout moment, d'y exercer une influence prépondérante. Dès lors, il conservait une position assimilable à celle d'un employeur au sens de la loi et de la jurisprudence. 10. Par pli recommandé du 11 juillet 2019, l'assuré a contesté cette décision auprès de la caisse, qui l'a transmise à la Cour de céans comme objet de sa compétence. Le recourant reprend les arguments développés dans son opposition. Il répète que la société, qui a cessé toute activité suite à la résiliation du bail, avait pour seule vocation l'exploitation de C\_\_\_\_\_. Il reproche à l'intimée d'avoir rendu sa décision sur la seule base de son statut sans avoir répondu à sa question de savoir si l'abandon de la société lui faciliterait l'accès à l'indemnité. Il argue que la fermeture, la faillite et la vente de l'établissement sont de nature à mettre un terme à sa position d'employeur. 11. Invitée à se déterminer, l'intimée, dans sa réponse du 9 septembre 2019, a conclu au rejet du recours. Elle rappelle que le recourant est resté administrateur unique avec signature individuelle de la société, ce qu'il ne conteste pas. Elle ajoute que, contrairement à ce qu'il allègue, la société n'avait pas pour seule vocation l'exploitation de C\_\_\_\_\_ : à teneur de son but social, elle a pour but l'exploitation d'un café-bar-restaurant, notamment, « mais pas exclusivement », C\_\_\_\_\_.

Par ailleurs, le recourant a confirmé, dans un courriel du 7 mai 2019, qu'il désirait « conserver sa société dans l'éventualité de la création d'une entreprise ultérieurement ». 12. Une audience de comparution personnelle s'est tenue - en l'absence de l'intimée, excusée - le 21 novembre 2019. Le recourant a expliqué avoir investi dans la société CHF 600'000.- provenant de ses précédentes activités, auxquels se sont ajoutés CHF 200'000.- empruntés. Il a passé, avec le propriétaire du bâtiment, une convention qui n'a pas été honorée, de sorte qu'un montant de CHF 50'000.- lui reste dû. Comme l'exploitation de l'établissement s'est révélée moins heureuse que celle des établissements précédents, il n'a pas les moyens de se lancer dans une nouvelle affaire. Il ne désespère pas de pouvoir le faire dans les années à venir, mais ce n'est pas encore à l'ordre du jour, puisqu'il est en litige contre le propriétaire et que « cela pourrait durer ». S'il n'a pas fait radier la société, c'est parce que c'est « une démarche importante », que la création d'une nouvelle société par la suite impliquerait également la mobilisation de fonds importants (CHF 100'000.- de capital) et qu'il « conserve cet espoir ». Suite à la résiliation du bail, la société ne dispose d'aucun autre local. Le recourant assure n'avoir pas les moyens de se lancer dans une nouvelle exploitation pour le moment. Formellement, le siège de la

société se trouve chez lui. Le recourant rappelle avoir demandé à plusieurs reprises si le fait d'être radié en tant qu'administrateur - ou de faire radier la société - lui ouvrirait le droit aux prestations mais n'avait jamais obtenu de réponse claire de l'intimée. Si tel avait été le cas, il aurait, sans aucun doute, affirmé-t-il, procédé à la radiation de la société, « peut-être pas le premier mois, mais après un temps d'attente, car la pesée des intérêts entre percevoir les indemnités chômage et une hypothétique future éventuelle réactivation aurait penché en ce sens ». Enfin, il a souligné que la société est partie à la procédure contre le propriétaire des locaux et ne peut dès lors être radiée, faute de quoi la procédure « tomberait à l'eau ». 13. Par écriture du 29 novembre 2019, l'intimée a contesté l'intégralité des allégations du recourant, qu'elle a qualifiées d'infondées, sinon contredites par les pièces du dossier. D'après les pièces comptables fournies, rien n'indique que le recourant a investi CHF 600'000.- dans l'exploitation de C\_\_\_\_\_ en sus d'un emprunt de CHF 200'000.-. Bien que non reportée dans la comptabilité de l'entreprise, une créance de CHF 260'402, au nom de la société figure néanmoins dans la déclaration fiscale 2017 du recourant. L'intimée fait remarquer qu'il ressort clairement de la décision sur opposition du 18 juin 2019 que la radiation de sa société est l'une des conditions nécessaires à la perception des indemnités de chômage. Le recourant conservant une participation financière importante dans son entreprise, la négation de son droit à l'indemnité de chômage est également justifiée de ce point de vue. Par ailleurs, le contrat de bail n'a pas été conclu au nom de la société, mais à ceux du recourant et de sa compagne, Madame D\_\_\_\_\_, tous deux solidairement responsables. L'intimée constate que la société n'est pas en liquidation et que le recourant n'a manifesté aucune intention de quitter son entreprise de manière définitive, persistant, au contraire, à envisager une éventuelle reprise de ses activités. Or, seule une personne ayant définitivement quitté une position assimilable à celle d'un employeur peut prétendre le versement de l'indemnité de chômage, étant précisé que la radiation de son inscription au RC constitue une preuve de ce retrait définitif. 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), 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 dans la forme et les délais prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 et ss LPGA). 3. Le litige porte sur le bien-fondé de la décision de l'intimée de nier au recourant le droit à l'indemnité de chômage au motif qu'il occupe une position assimilable à celle d'un employeur. 4. a. En vertu de l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a) ; s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (let. b) ; s'il est domicilié en Suisse (let. c) ; s'il a achevé sa scolarité obligatoire, s'il n'a pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touche pas de rente de vieillesse de l'AVS (let. d) ; s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (let. e) ; s'il est apte au placement (let. f) et s'il satisfait aux exigences du contrôle (let. g). Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 215 consid. 2). L'art. 31 al. 3 let. c LACI prévoit que 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, qui sont occupés dans l'entreprise. b. Bien qu'elle vise

l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, l'exclusion du droit prévue par l'art. 31 al. 3 let. c LACI s'applique, selon le Tribunal fédéral, également à l'indemnité de chômage (cf. arrêt du Tribunal fédéral C 152/06 du 25 janvier 2007 consid. 2). En effet, 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 (ATF 123 V 234 consid. 7). 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 l'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 (ATF 123 V 239 consid. 7b/bb ; DTA 2003 n° 22 p. 242 consid. 4). Tant que ces personnes occupent une position comparable à celle d'un employeur dans l'entreprise, elles continuent à influencer de manière déterminante les décisions de l'employeur ou sont à même de réactiver à tout moment l'entreprise temporairement en veilleuse, de sorte qu'elles n'ont pas droit à l'indemnité de chômage. Que ces personnes aient le statut de salariés selon la législation sur l'AVS et puissent justifier d'une période de cotisations suffisante n'y change rien. Ainsi, ces personnes ne sont pas considérées comme étant au chômage, ni aptes au placement. On parlera de détournement des dispositions en matière de réduction de l'horaire de travail 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. Toute autre interprétation reviendrait à éluder cette disposition conçue pour prévenir les abus en matière d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (ATF 123 V 238 consid. 7 ; ATF 120 V 525 consid. 3). c. Ainsi, si des indices permettent à la caisse de supposer que l'assuré occupe une position comparable à celle d'un employeur, elle doit notamment exiger un extrait du Registre du commerce et examinera dans quelle mesure l'assuré est habilité à prendre des décisions de même que sa participation financière à l'entreprise. Les membres du conseil d'administration d'une société anonyme de même que les associés gérants ou les tiers gérants d'une société à responsabilité limitée ont, de par leur fonction, une position comparable à celle d'un employeur. Tant qu'ils la conservent, ils sont exclus d'emblée du cercle des ayants droit à l'indemnité (voir par exemple DTA 2004 n°24 p. 259, 2000 n° 15 p. 72). 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. La radiation de l'inscription permet d'admettre sans équivoque que l'assuré a quitté la société ( ATAS/185/2019 du 6 mars 2019 consid. 4b et les références citées). La seule cessation des activités de la société n'est pas suffisante pour ouvrir un droit à une indemnité de chômage ( ATAS/185/2019 du 6 mars 2019 consid. 4a et les références citées). Il sied de préciser que ce n'est pas l'abus avéré comme tel que la loi et la

jurisprudence entendent sanctionner, mais le risque d'abus que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur (arrêt non publié du Tribunal fédéral des assurances sociales C 92/02 du 14 avril 2003 consid.4). 5. a. Pour l'établissement des faits pertinents, il y a lieu d'appliquer les principes ordinaires régissant la procédure en matière d'assurances sociales, à savoir, en particulier, la maxime inquisitoire, ainsi que les règles sur l'appréciation des preuves et le degré de la preuve. b. La maxime inquisitoire signifie que l'assureur social et, en cas de litige, le juge, établissent d'office les faits déterminants, avec la collaboration des parties, sans être lié par les faits allégués et les preuves offertes par les parties, en s'attachant à le faire de manière correcte, complète et objective afin de découvrir la réalité matérielle (art. 43 LPGA ; art. 19 s., 22 ss, 76 et 89A LPA ; Ghislaine FRÉSARD-FELLAY/Bettina KAHIL-WOLFF/Stéphanie PERRENOUD, Droit suisse de la sécurité sociale, vol. II, 2015, p. 499 et ss.). Les parties ont l'obligation d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués ; à défaut, elles s'exposent à devoir supporter les conséquences de l'absence de preuve (art. 28 LPGA ; ATF 125 V 193 consid. 2 ; ATF 122 V 157 consid. 1a ; ATF 117 V 261 consid. 3b et les références). c. Le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires 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 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3 ; ATF 126 V 353 consid. 5b ; ATF 125 V 193 consid. 2 et les références). 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 319 consid. 5a). 6. a. En l'espèce, l'intimée est d'avis que le recourant revêt une position assimilable à celle d'un employeur. En effet, au RC, le recourant est demeuré administrateur-directeur d'une société ayant pour vocation l'exploitation d'un café-restaurant-bar. Qui plus est, l'intéressé a reconnu souhaiter « conserver sa société dans l'éventualité de la création d'une entreprise ultérieurement », ce qui démontre qu'il n'a nullement l'intention de quitter définitivement l'entreprise. Le recourant allègue, quant à lui, que la société n'a plus d'activité depuis le 22 décembre 2018 suite à la résiliation du bail des locaux occupés par l'établissement. Il explique que la société n'a pas été radiée du RC parce qu'elle demeure partie à une procédure contre le propriétaire des lieux. Il ajoute que la société, dont il a été salarié jusqu'en décembre 2018, exploitait exclusivement C\_\_\_\_\_. b. La Cour de céans observe qu'à teneur du RC, le recourant n'a toujours pas été radié de la société dont il reste administrateur-directeur avec signature individuelle. Cet élément permet déjà - à lui seul - de nier son droit. L'inscription au RC comme membre du conseil d'administration constitue, en effet, un critère aisément vérifiable et important pour déterminer si une personne ayant une position assimilable à celle d'un employeur a droit à l'indemnité de chômage ( ATAS/185/2019 du 6 mars 2019 consid. 4b et les références citées). En effet, tant que le recourant est inscrit audit registre en qualité d'administrateur-directeur, il conserve le pouvoir d'influencer considérablement les décisions de la société, d'autant qu'il est le seul à posséder une signature individuelle, une partie non négligeable de l'actionnariat et y a - de son propre aveu - fait des investissements importants. Bien que licencié et n'ayant pas l'intention de continuer les activités de la société pour le moment faute de locaux, il conserve théoriquement la faculté de reprendre à

bail de nouveaux locaux et de rouvrir un établissement ailleurs. L'argument selon lequel la société avait pour but d'exploiter uniquement C\_\_\_\_\_ est contredit par les statuts de la société. Au vu de ces éléments, il sied de constater que le recourant n'a pas définitivement rompu tout lien avec la société, de sorte que son chômage est difficilement contrôlable. Le seul risque qu'il contourne l'art. 31 al. 3 let. c LACI est dès lors suffisant pour lui nier le droit de percevoir des indemnités de chômage (arrêt non publié du Tribunal fédéral des assurances sociales C 92/02 du 14 avril 2003 consid. 4). Notre Haute cour a encore récemment confirmé cette jurisprudence (cf. arrêt non publié du Tribunal Fédéral 8C\_163/2016 du 17 octobre 2016 consid. 4.2). À teneur de ces éléments, c'est donc à bon droit que l'intimée a considéré que le recourant revêtait une position assimilable à un employeur et lui a nié le droit à l'indemnité chômage conformément à l'art. 31 al. 3 let. c LACI. Partant le recours, mal fondé, est rejeté. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA). PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :  
Statuant À la forme :

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