

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2743/2012

ATAS/301/2013

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre des assurances sociales**

**Arrêt du 21 mars 2013**

**3ème Chambre**

En la cause

Monsieur B\_\_\_\_\_, domicilié à VEYRIER, comparant avec  
élection de domicile en l'étude de Maître PETITAT Pierre-Bernard

recourant

contre

SYNA CAISSE DE CHOMAGE, Administration Suisse Romande,  
route du Petit-Moncor 1, VILLARS-GLANE

intimée

**Siégeant : Karine STECK, Présidente; Claudiane CORTHAY et Violaine LANDRY  
ORSAT , Juges assesseurs**

---

**EN FAIT**

1. Monsieur B\_\_\_\_\_ (ci-après : l'assuré) a été dès septembre 2010 seul actionnaire et administrateur de X\_\_\_\_\_ SA, société exploitant une salle de billard, ayant son siège à Genève et au capital-actions de 50'000 fr., réparti en 100 actions de 1000 fr.
2. Le 16 janvier 2012, l'assuré - alors seul habilité à engager la société - a mis fin à son propre contrat de travail.
3. Le 28 mars 2012, l'assuré a cédé la totalité de ses actions (55% à Monsieur C\_\_\_\_\_, pour 39'050 fr., et 45% à Madame D\_\_\_\_\_, pour 31'950 fr.). Cet accord a fait l'objet de deux contrats de cession. Il était convenu que les acheteurs - qui exploiteraient la salle - paieraient au vendeur 3'000 fr. par mois, d'avril 2012 à mars 2013, puis 35'000 fr., fin mars 2013. Il était spécifié dans une annexe aux contrats de cession que la société reviendrait dans son intégralité (selon inventaire au 31 mars 2012) au vendeur en cas de non-respect par les acquéreurs du plan de paiement prévu (retards répétés) par les acquéreurs, les versements mensuels de 3'000 fr. déjà effectués restant en ce cas acquis au vendeur.
4. L'assuré a demandé sa radiation du registre du commerce (RC ; cf. publication du 25 avril 2012 dans la feuille d'avis officielle [FAO]). Depuis lors, c'est Monsieur E\_\_\_\_\_ qui apparaît comme administrateur avec signature individuelle, Monsieur C\_\_\_\_\_ et Madame D\_\_\_\_\_ étant inscrits comme directeurs avec signature individuelle.
5. L'assuré s'est annoncé à la CAISSE DE CHOMAGE SYNA (ci-après: la caisse) et a demandé à bénéficier de l'indemnité de chômage à compter du 2 avril 2012.
6. Par décision du 3 juillet 2012, la caisse lui a nié le droit à l'indemnité au motif qu'en tant que principal actionnaire de la société X\_\_\_\_\_ SA, il occupait une position assimilable à celle d'employeur.
7. L'assuré s'est opposé à cette décision le 26 juillet 2012.
8. Par décision du 20 août 2012, la caisse a confirmé sa décision précédente.

La caisse a considéré que l'assuré, bien qu'ayant été radié du RC le 25 avril 2012, continuait d'influencer de manière déterminante les décisions de la société et qu'il en irait ainsi jusqu'à la fin du mois de mars 2013, date jusqu'à laquelle il était théoriquement possible - en cas de non-respect des conditions de cession par les acquéreurs - que la société lui revienne dans son intégralité. La caisse de chômage en a tiré la conclusion que l'assuré pourrait ainsi « à tout moment » réintégrer sa fonction jusqu'au paiement définitif des parts.

Elle a ajouté que l'intéressé, même s'il ne jouissait plus officiellement d'un droit de signature, conservait la possibilité d'influencer considérablement les décisions de la société.

9. Par écriture du 12 septembre 2012, l'assuré a interjeté recours contre cette décision en concluant à son annulation et à ce que le droit aux indemnités de chômage lui soit reconnu dès le 2 avril 2012.

L'assuré rappelle qu'il a cédé la totalité de ses actions par acte du 28 mars 2012 à Monsieur C\_\_\_\_\_ et à Madame D\_\_\_\_\_, qu'il ne figure plus au RC depuis le 25 avril 2012 et que depuis lors, il n'a plus le moindre pouvoir dans la société, avec laquelle il a rompu tout lien. Le recourant en tire la conclusion qu'il ne dispose pas de la possibilité effective d'influencer le processus de décision de l'entreprise et soutient que la clause pénale de retour en cas d'inexécution du contrat par les acquéreurs n'y change rien.

Le recourant fait remarquer par ailleurs que les acquéreurs se sont régulièrement acquittés des obligations pécuniaires.

10. Invitée à se déterminer, l'intimée, dans sa réponse du 2 octobre 2012, a conclu au rejet du recours.

Elle maintient que tant que les parts sociales n'ont pas été entièrement acquittées, l'assuré ne peut se voir reconnaître le droit à l'indemnité puisqu'il pourrait réintégrer à tout moment sa fonction.

Elle relève également que le contrat de bail est toujours au nom du recourant.

L'intimée en tire la conclusion que le risque de mise à contribution abusive de l'assurance est trop important.

11. Dans sa réplique du 15 octobre 2012, le recourant a expliqué que si le contrat de bail était toujours à son nom, c'est parce que son bailleur avait mis fin au bail commercial et que la prolongation de deux ans et demi - jusqu'au 31 mars 2013 - qui lui avait alors été accordée l'avait été à titre personnel (cf. procès-verbal de l'audience du 20 janvier 2010 de la Commission de conciliation en matière de baux et loyers). Ainsi, s'il n'a pas transféré le bail aux repreneurs, c'est pour éviter une résiliation anticipée de bail.
12. Par écriture du 19 novembre 2012, l'intimée a persisté dans ses conclusions.
13. Entendu en comparution personnelle le 10 janvier 2013, le recourant a répété que la clause pénale contenue dans les contrats de cession n'était qu'une sécurité, un moyen de pression si les échéances n'avaient pas été respectées ; cas échéant, il aurait ainsi pu au moins revendre le matériel afin de se dédommager en cas de non-paiement.

Le recourant a assuré n'avoir pas conservé de contacts avec Monsieur C\_\_\_\_\_ ou Madame D\_\_\_\_\_ en dehors du fait qu'il se rend au billard toutes les deux semaines environ, à seules fins d'y rencontrer des amis ou de prendre un verre.

Il a fait remarquer que toutes les échéances de paiement avaient été respectées.

Pour le reste, le recourant a réitéré ses explications quant au fait qu'il est toujours titulaire du bail. Il allègue avoir craint qu'une transmission de ce dernier ne précipite l'expulsion.

Le recourant a encore indiqué qu'à sa connaissance, Madame D\_\_\_\_\_ se serait retirée de l'affaire ; Monsieur C\_\_\_\_\_ lui aurait racheté ses parts. A aucun moment il n'a été consulté sur cette transaction, dont il fait remarquer qu'elle ne le regardait pas.

Enfin, le recourant a annoncé avoir retrouvé en décembre 2012 un emploi de secrétariat à mi-temps, dont il espère qu'il évoluera vers un plein temps. A 40 ans, il a vendu sa société car il ne voulait pas finir son parcours professionnel dans un bar.

14. A l'issue de l'audience durant laquelle les parties ont persisté dans leurs conclusions respectives, 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 depuis 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).

La compétence de la Cour de céans pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. A teneur de l'art. 1 al. 1 LACI, les dispositions de la LPGA, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, s'appliquent à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité, à moins que la loi n'y déroge expressément.
3. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 à 60 LPGA).
4. Le litige porte sur le droit du recourant à l'indemnité de chômage à compter du 2 avril 2012, singulièrement sur la date à laquelle il a rompu tout lien avec sa société.

---

5. a) En vertu de l'art. 8 al. 1er 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, qu'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 218 consid. 2).

b) L'art. 31 al. 3 let. c LACI exclut du 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 d'un détenteur d'une participation financière à l'entreprise, de même que les conjoints de ces personnes qui sont occupées dans l'entreprise (ATF non publié C 163/04 du 29 août 2005). Bien que cette disposition soit conçue pour l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, elle a également un impact sur l'indemnité de chômage. En effet, 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 (voir ATF non publié C 152/06 du 25 janvier 2007 consid. 2).

Ainsi, tant que ces personnes occupent une position comparable à celle d'un employeur dans l'entreprise, elles n'ont pas droit à l'indemnité de chômage car elles continuent à influencer de manière déterminante les décisions de l'employeur ou sont à même de réactiver à tout moment l'entreprise momentanément en veilleuse. 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; 120 V 525 consid. 3).

Le but de l'art. 31 al. 3 LACI est de prévenir les abus tels qu'auto-délivrance des attestations nécessaires à l'indemnisation de la réduction de l'horaire de travail, certificats de complaisance, caractère incontrôlable de la perte de travail réelle, notamment codécision ou coresponsabilité dans la marche des affaires en particulier chez les travailleurs ayant une participation dans la société ou toute autre

participation financière dans une fonction dirigeante (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb, ATF 120 V 521; bulletin MT/AC 2003/4 fiche 4/1).

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 no 24 p. 259, 2000 no 15 p. 72).

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 non publié du 14 avril 2003, C 92/02, consid. 4).

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).

Le TFA a eu l'occasion de préciser que ce n'est pas l'abus avéré comme tel que la loi et la jurisprudence ont pour but de sanctionner mais bien le risque d'abus que représente déjà le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur (DTA 2003 p. 240).

La situation est en revanche différente quand 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 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 à des indemnités de chômage (ATF 123 V 238 consid. 7b/bb; SVR 2001 ALV n° 14 pp. 41-42 consid. 2a; DTA 2003 n° 22 p. 241 consid. 2).

6. a) En l'espèce, il est établi que le recourant a été radié du RC le 25 avril 2012.

Dans le cas d'un membre du conseil d'administration d'une société anonyme, il a été considéré qu'était déterminant le moment de la démission effective, non pas la date de la radiation de l'inscription au registre du commerce ou celle de la publication dans la Feuille officielle suisse du commerce, celles-ci pouvant prendre du retard pour quelque motif que ce soit (ATF non publié C 358/01 consid. 4.2, voir également RUBIN, Assurance-chômage, 2006, p. 129).

En l'espèce, il a également été établi que le recourant a cédé, par contrat du 28 mars 2012, la totalité de ses actions. Aucun élément permettant de conclure que le recourant aurait au-delà de cette date continué à occuper une position assimilable à celle d'un employeur dans l'entreprise n'a pu être mis en évidence.

Le recourant affirme avoir dès la cession de ses parts quitté définitivement l'entreprise. La clause pénale contenue dans le contrat de cession ne saurait suffire à infirmer cette allégation. En effet, contrairement à ce que soutient l'intimée, cette clause ne permettait pas au recourant de « réintégrer ses fonctions en tout temps ». Ce n'est qu'à la condition que les acquéreurs ne respectent pas leurs obligations que cette hypothèse aurait pu se réaliser - élément sur lequel le recourant n'avait aucune influence. En d'autres termes, sa réintégration ne dépendait pas de lui.

Quant au fait que le bail soit resté au nom du recourant, il n'apparaît pas non plus déterminant à lui seul, dans la mesure où il ne donne aucun indice sur le degré d'influence de l'intéressé dans la prise des décisions au sein de l'entreprise et sur la marche de celle-ci en tant que telle. Au demeurant, les explications données par le recourant à cet égard apparaissent convaincantes. On rappellera au surplus que le recourant n'avait plus le droit de signature et donc plus la possibilité d'exercer une influence considérable sur les décisions prises.

Eu égard à l'ensemble des circonstances, la Cour de céans considère que le recourant a donc non seulement renoncé à sa participation financière mais également abandonné toute position assimilable à celle de l'employeur. Au moment où il a déposé sa demande d'indemnité, il n'avait plus aucune participation dans l'entreprise ni aucune possibilité d'influencer les décisions de celle-ci. On en veut pour preuve que l'un des repreneurs s'est par la suite à son tour dessaisi de sa part sans consulter le recourant.

Dans la mesure où, dans le cas concret, il n'existe pas de risque d'abus suffisant, le recours est admis et les décisions litigieuses annulées.

**PAR CES MOTIFS,  
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

**Statuant**

**A la forme :**

1. Déclare le recours recevable.

**Au fond :**

2. L'admet.
3. Annule les décisions des 3 juillet et 20 août 2012.
4. Renvoie la cause à l'intimée pour examen des autres conditions d'octroi de l'indemnité de chômage et calcul de cette dernière.
5. Condamne l'intimé à verser au recourant la somme de 2'000 fr. à titre de dépens.
6. Dit que la procédure est gratuite.
7. 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

La Présidente

Marie-Catherine SECHAUD

Karine STECK

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'au Secrétariat d'Etat à l'économie par le greffe le