

# **GE\_GERICHTE ATAS/63/2013 vom 24. Januar 2013**

GE Cour de justice, 2013-01-24, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_63\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_63_2013)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/63/2013 du 24 janvier 2013

IT: GE\_GERICHTE ATAS/63/2013 del 24 gennaio 2013

## **Erwägungen**

### **E. 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.

### **E. 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.

### **E. 3**

Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 à 60 LPGA).

### **E. 4**

Le litige porte sur le droit de la recourante à l'indemnité de chômage à compter du 1er mars 2010, singulièrement sur la date à laquelle elle a rompu tout lien avec sa société.

### **E. 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

A/476/2011 - 9/12 - 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).

A/476/2011 - 10/12 - 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).

## **E. 6**

a) En l'espèce, il ressort de l'extrait du RC que la recourante a été gérante puis associée gérante de la pizzeria de septembre 2009 à mai 2010. Partant, pendant cette période, la

recourante était d'emblée exclue du cercle des ayants-droit à l'indemnité de chômage, conformément à l'art. 31 al. 3 let. c LACI applicable par analogie et à la jurisprudence y relative. Reste à déterminer ce qu'il en est de la période de mai à octobre 2010, durant laquelle la recourante est restée associée à hauteur de 19 parts de 1'000 fr. (correspondant à 95% du capital-actions). Il y a lieu d'examiner si cette participation financière était telle qu'elle permettait à la recourante de fixer les décisions de l'employeur ou, du moins, de les influencer considérablement. b) Selon l'art. 810 al. 2 ch. 1 du Code des obligations (CO ; RS 220), dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2008, les gérants exercent la haute direction de la société. Ils sont notamment nommés et le cas échéant révoqués par l'assemblée des associés (art. 804 al. 1 et 2 ch. 2 CO, dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2008). En l'espèce, l'assemblée des associés de la société exploitant la pizzeria était composée de la recourante (95% des parts sociales) et de son associé (5%). On doit conclure de l'importance de la participation de la recourante que celle-ci pouvait à l'évidence influencer les décisions prises par l'assemblée des associés, notamment en ce qui concernait la nomination - cas échéant, la révocation - des gérants. Compte tenu de ces pouvoirs, la recourante pouvait, à tout moment, réintégrer la pizzeria en tant qu'employée, de sorte qu'elle occupait, formellement, une position assimilable à celle d'un employeur, même si, dans les faits, elle n'en a pas fait usage. c) Reste à examiner à partir de quand la recourante a cédé sa participation et définitivement quitté la société. 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

A/476/2011 - 11/12 - 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 matière de société à responsabilité limitée, l'art. 785 CO, dans sa teneur en vigueur dès le 1er janvier 2008, stipule que la cession de parts sociales et l'obligation de céder des parts sociales doivent revêtir la forme écrite (al. 1). Le contrat de cession doit contenir les mêmes renvois aux droits et obligations statutaires que l'acte de souscription des parts sociales (al. 2). Sauf dérogation, la cession de parts sociales requiert l'approbation de l'assemblée des associés (art. 786 al. 1 CO) et ne déploie ses effets, dans ce cas, qu'une fois ladite approbation donnée (art. 787 al. 1 CO). En l'espèce, il ressort des pièces au dossier que s'est tenue le 3 août 2009 une assemblée générale extraordinaire des associés, lors de laquelle la cession des parts sociales a été approuvée à l'unanimité. Par conséquent, conformément aux art. 786 al. 1 et 787 al. 1 CO, ce n'est qu'à compter de 3 août 2010 que la cession des parts sociales a déployé ses effets. Ce transfert des parts sociales a ensuite été porté à la connaissance du registre du commerce par courrier du 9 août 2010 et l'inscription définitive a été effectuée avec effet au 1er octobre 2010. Partant, il ne fait aucun doute que la recourante n'a plus bénéficié d'une position assimilable à celle d'un employeur à partir du 3 août 2010 et ce même si l'inscription au registre du commerce n'a en réalité été effectuée que plus tard. La date du 28 février 2010 ne peut être retenue pour le transfert des parts, pour les motifs suivants. Le contrat de cession du 28 février 2010 ne prouve tout d'abord pas, au degré de la vraisemblance prépondérante, que la recourante a cédé, à cette date, ses parts sociales aux repreneurs. En effet, ledit contrat indique uniquement que les parts ont été cédées à son associé, qui, pour sa part, conteste les avoir acquises. Ledit contrat ne contient en outre aucun des renvois nécessaires selon l'art. 785 al. 2 CO, de sorte qu'il est nul. De plus, aucune assemblée des associés n'a approuvé un quelconque transfert à cette date. Enfin, la

recourante a elle-même admis, dans son recours du 18 février 2011, avoir transféré ses parts le 3 août 2010. Par conséquent, ce n'est qu'à compter du 3 août 2010 - date à laquelle le transfert des parts sociales a effectivement déployé ses effets - qu'on peut admettre que la recourante a définitivement quitté la société et donc perdu sa position dominante. Le recours est partiellement admis en ce sens, les décisions des 29 octobre 2010 et 19 janvier 2011 sont annulées et la cause est renvoyée à l'intimée pour détermination des indemnités de chômage dues à compter de la date mentionnée. La recourante, qui obtient gain de cause, a droit à des dépens, lesquels sont fixés, en l'espèce, à 2'000 fr. (art. 89H al. 3 LPA). Pour le surplus, la procédure est gratuite.

A/476/2011 - 12/12 - 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.