

## **GE\_GERICHTE ATAS/109/2019 vom 13. Februar 2019**

GE Cour de justice, 2019-02-13, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_109\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_109_2019)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/109/2019 du 13 février 2019

IT: GE\_GERICHTE ATAS/109/2019 del 13 febbraio 2019

### **Erwägungen**

#### **E. 13**

LACI.

#### **E. 17**

Le 7 novembre 2018, la recourante a fait valoir que l'attestation du 18 septembre 2018 signée par M. D\_\_\_\_\_ démontrait que ce dernier était le seul à posséder un pouvoir décisionnel au sein de la société. Son époux était retraité depuis plus de dix ans et ne s'occupait pas du tout de la gestion du restaurant de son fils. L'action qu'il détenait encore dans la société était symbolique. Son fils, qui résidait en France au moment de la création de la société, la lui avait donnée, car il avait besoin d'un administrateur résidant en Suisse. Son époux n'avait signé aucun document pour la société. Seul D\_\_\_\_\_ et la comptable de la société avaient signé les documents relatifs à son engagement. Le risque de réengagement de la recourante par la société était improbable du fait de sa relation totalement dégradée avec son beau-fils, que celui-ci considérait qu'elle n'avait pas les qualités requises pour être une bonne employée au sein du restaurant et vu la situation économique difficile de ce dernier. Son époux refusait de s'immiscer dans les affaires de la société et dans le conflit qui l'opposait à son fils. Elle n'avait plus aucune influence tant sur son conjoint que sur son beau-fils. Bien qu'aucune procédure officielle de divorce n'ait été encore entamée, la relation avec son époux était quasi inexistante. Le refus des prestations de la caisse la plaçait dans une situation indigente, car elle ne pouvait pas bénéficier des allocations de l'Hospice général et son époux refusait de lui verser de l'argent pour son entretien. La recourante a produit : - un certificat de travail la concernant signé le 31 mai 2018 par M. D\_\_\_\_\_ indiquant qu'elle avait travaillé pour G\_\_\_\_\_ SA du 15 avril 2017 au 31 mai 2018 en qualité de serveuse et qu'elle avait su entretenir de bonnes relations autant avec les clients, ses collègues que ses supérieurs hiérarchiques et qu'elle leur avait donné entière satisfaction dans l'accomplissement de ses tâches. Il la recommandait à un futur employeur et lui souhaitait plein succès pour la suite de sa carrière ; - un courriel du 6 novembre 2018 adressé au conseil de la recourante dans lequel M. D\_\_\_\_\_ a indiqué qu'il avait donné une action à son père lors de la création de sa société G\_\_\_\_\_ SA, car il lui fallait un administrateur résidant en Suisse puisqu'il habitait en France. Son père était à la retraite depuis près de dix ans et ne s'occupait de rien dans son restaurant dont il détenait lui-même 999 actions. Il avait engagé sa belle-mère pour essayer de la former pour la restauration mais elle n'était pas compétente pour ce métier et ne correspondait pas à ce qu'il recherchait comme employée. Il certifiait qu'en aucun cas il ne la réengagerait.

#### **E. 18**

Lors d'une audience du 16 janvier 2019 :

A/3278/2018 - 6/11 - a. La recourante a notamment déclaré qu'avant sa retraite, son mari tenait la boucherie E\_\_\_\_\_, anciennement I\_\_\_\_\_. Elle avait travaillé à la vente pour son mari pendant deux ans environ, jusqu'en 2014, date à laquelle le magasin avait fermé. La boucherie était toutefois restée en activité et son mari continuait à y travailler partiellement. En 2013, elle avait déjà travaillé pour G\_\_\_\_\_ SA. C'était son beau-fils qui l'avait engagée. Son mari n'avait pas demandé à son fils de l'engager. Son beau-fils avait fait une partie de son apprentissage en tant que boucher chez son père, puis il avait travaillé dans une autre boucherie. Elle avait travaillé à nouveau pour G\_\_\_\_\_ SA dès avril 2017. C'était son beau-fils qui s'en occupait suite à son divorce. Son mari n'était toujours pas intervenu pour la faire engager. Vu les conditions difficiles de travail, ses rapports avec son beau-fils s'étaient tendus. Elle avait été licenciée avec deux autres employés. À l'heure actuelle, elle ne parlait plus à son beau-fils et n'avait plus l'occasion de le voir. Cette famille n'était pas tendre avec elle, y compris son mari. b. La conseil de la recourante a précisé que la situation financière de celle-ci ne lui permettait pas d'engager une procédure de séparation d'avec son époux, mais qu'elle avait l'intention de le faire dès que possible. L'assistance juridique et l'Hospice général refusaient de verser des prestations à la recourante, car le mari de celle-ci était propriétaire du domicile conjugal. c. M. D\_\_\_\_\_ a confirmé avoir engagé la recourante dès le 15 avril 2017 pour G\_\_\_\_\_ SA et que son père n'intervenait jamais dans la gestion du restaurant. Sa belle-mère avait usé du fait qu'elle était la femme de son père, ce qui lui avait déplu. À l'heure actuelle, il ne lui parlait plus du tout. Il avait un contact correct avec son père et ils évitaient les sujets qui fâchent. Ils travaillaient toujours un peu ensemble, dans le cadre de la société E\_\_\_\_\_ Sàrl. Son père faisait notamment des livraisons et des achats et il lui donnait un coup de main. Même si son père lui demandait d'engager sa femme, il ne le ferait pas. À l'heure actuelle, il résidait à Genève. Son père avait toujours une action dans G\_\_\_\_\_ SA, parce que cela avait toujours été comme cela. Le fait que son père ait la signature individuelle représentait pour lui une sécurité en cas d'absence ou de nécessité absolue. Jusqu'à ce jour, son père ne l'avait jamais utilisée. d. M. C\_\_\_\_\_ a indiqué qu'il vivait actuellement à Vercorin, mais que son adresse était toujours à Bernex, au domicile familial. Il était séparé de son épouse, même s'il lui arrivait parfois de dormir encore à Bernex dans une chambre séparée. Ils avaient une fille en commun et son épouse avait un fils dont il s'était occupé quand il était plus petit. Il s'entendait encore relativement bien avec son épouse et ils pouvaient se parler. Leur fille n'avait que 12 ans. Il n'avait jamais employé son épouse. La boucherie E\_\_\_\_\_ Sàrl appartenait déjà à son fils. À l'heure actuelle, son fils et son épouse s'évitaient au maximum, mais s'ils se croisaient, ils n'avaient pas « le couteau dans la poche ». Il avait été surpris quand son fils avait mis sa femme à la porte, car il ne lui en avait pas parlé auparavant. Il n'avait pas réagi, car

A/3278/2018 - 7/11 - c'était son fils le patron et il faisait ce qu'il voulait. S'agissant de sa part du G\_\_\_\_\_ SA, il ne savait même pas qu'il l'avait. Il n'avait jamais utilisé la signature dont il disposait et ne savait même pas qu'il pouvait le faire. Il pensait que son fils lui avait donné cette possibilité, afin de l'utiliser en cas de problèmes. Il ne s'était jamais occupé de ce qui était administratif et se contentait de signer ce qu'on lui demandait. Il avait parfaitement pu signer les statuts de la société sans se souvenir du contenu.

## **E. 19**

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), 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 les forme et délai prévus par la loi, le présent recours est recevable (art. 56 à 60 LPGA). 3. Le litige porte sur le droit de la recourante à l'indemnité de chômage dès le 14 juin 2018. 4. 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). 5. Selon l'art. 31 al. 3 LACI, n'ont pas droit à l'indemnité : a. les travailleurs dont la réduction de l'horaire de travail ne peut être déterminée ou dont l'horaire de travail n'est pas suffisamment contrôlable ; b. le conjoint de l'employeur, occupé dans l'entreprise de celui-ci ; c. 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.

A/3278/2018 - 8/11 - L'art. 31 al. 3 let. c LACI vise à éviter les abus sous forme d'établissement par l'assuré lui-même des attestations nécessaires pour l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, d'attestations de complaisance, d'influence sur la décision de réduire l'horaire de travail alors qu'il est impossible de contrôler la perte de travail (ATF 122 V 270 consid. 3). Dans l'ATF 123 V 234, le Tribunal fédéral a posé le principe d'une application analogique de l'art. 31 al. 3 let. c LACI dans le domaine de l'indemnité de chômage. Ainsi, 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 par une entreprise, il continue à fixer les décisions de l'employeur ou à influencer celles-ci de manière prépondérante (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_719/2008 du 1er avril 2009 consid. 3.3; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 32/04 du 23 mai 2005 consid. 3.1). Il en va de même pour leur conjoint occupé dans l'entreprise, ainsi que le prévoit ladite disposition, appliquée par analogie également dans ce cas (arrêts du Tribunal fédéral 8C\_74/2011 du 3 juin 2011 consid. 5.1; 8C\_1032/2010 du 7 mars 2011 consid. 5.1; ATAS/647/2016 du 23 août 2016 consid. 3; ATAS/630/2016 du 16 août 2016 consid. 3; ATAS/47/2013 du 23 janvier 2013 consid. 4). L'application de l'art. 31 al. 3 let. c LACI dans le domaine de l'indemnité de chômage est nécessaire pour prévenir une série d'abus potentiels, dont une perte de travail incontrôlable et, partant, un appel à l'indemnité de chômage abusif. Dans la mesure où le dirigeant licencié – ou son conjoint occupé dans l'entreprise, auquel il est assimilé – peut se réengager quand il le souhaite, c'est-à-dire dès qu'il le décide, son chômage ressemble potentiellement à une réduction de l'horaire de travail qui se manifesterait par une suspension d'activité. Certes, le contournement de l'art. 31 al. 3 let. c LACI peut n'être qu'hypothétique, car les personnes licenciées pouvant continuer à fixer les décisions de l'employeur n'entendent pas forcément se réengager (ou se faire réengager par leur conjoint dirigeant de l'entreprise). Néanmoins, le procédé spécifique de vérification des conditions du droit à l'indemnité de chômage impose de nier

d'emblée le droit aux personnes en question, car statuer sur le droit à l'indemnité d'un chômeur suppose un pronostic quant à la réalisation de certaines sinon de toutes les conditions prévues par l'art. 8 LACI, au point qu'il est pratiquement impossible de déterminer à ce moment-là si un contournement visé par la disposition précitée est en voie d'être réalisé, tant que l'intéressé (ou son conjoint) maintient des liens avec sa société. C'est pourquoi la jurisprudence retient qu'un seul risque d'abus suffit pour que le droit à l'indemnité de chômage soit nié d'emblée, autrement dit n'exige pas que le risque considéré soit avéré (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 20 s. ad art. 10; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_587/2012 consid. 3.2 ; arrêts du Tribunal fédéral des assurances C 172/04 du 5 janvier 2005 consid. 2.1; C 141/03 du 9 décembre 2003 consid. 4).

A/3278/2018 - 9/11 - Dans l'hypothèse où le chômeur occupe lui-même une position décisionnelle dans l'entreprise, il faut distinguer deux situations : lorsqu'il occupe une telle position du fait qu'il est membre du conseil d'administration ou d'un autre organe supérieur de direction de l'entreprise, il n'y a pas même lieu d'examiner la situation au regard des circonstances concrètes du cas, car il est alors réputé ex lege disposer d'un pouvoir déterminant au sein de cette dernière au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI, appliqué par analogie à l'indemnité de chômage (ATF 122 V 270 consid. 3; arrêts du Tribunal fédéral 8C\_171/2012 du 11 avril 2013 consid. 6.2; 8C\_776/2011 du 14 novembre 2012 consid. 3.3; 8C\_515/2007 du 8 avril 2008). En revanche, lorsqu'il n'est pas formellement membre d'un organe supérieur de direction de l'entreprise, mais peut engager cette dernière, il s'impose de vérifier s'il a matériellement qualité d'organe dirigeant, compte tenu du pouvoir de décision dont il jouit effectivement, en fonction de la structure interne de l'entreprise. Le seul fait qu'il soit autorisé à représenter cette dernière par sa signature et inscrit au registre du commerce n'est en soi pas suffisant pour l'exclure du droit à l'indemnité de chômage (ATF 120 V 521 consid. 3; Boris RUBIN, op. cit., n. 24 ss ad art. 10). Les mêmes règles s'appliquent dans la situation du conjoint d'une personne occupant une position assimilable à celle d'un employeur. Il faut cependant, pour que le droit à l'indemnité de chômage soit nié, que le chômeur ait été employé par l'entreprise de son conjoint et que ce dernier reste lié à ladite entreprise (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_231/2012 du 16 août 2012 ; Boris RUBIN, op. cit., n. 24 ss ad art. 10). Il n'y a plus d'application analogique possible de l'art. 31 al. 3 let. c LACI à l'indemnité de chômage, lorsque la personne qui occupe une position assimilable à celle d'un employeur quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de cette dernière ou rompt définitivement tout lien avec l'entreprise qui continue d'exister (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_574/2017 du 4 septembre 2018 consid. 5.1). Un risque d'abus subsiste en revanche lorsque l'activité de l'entreprise est simplement mise en veilleuse ou en voie d'être mise en faillite, une reprise des activités restant possible dans ces éventualités (Boris RUBIN, op. cit., n. 29 ss ad art. 10). Il est également admis que les assurés occupant une position assimilable à celle d'un employeur et leur conjoint ont droit à l'indemnité de chômage s'ils se retrouvent au chômage après avoir été salariés d'une entreprise tierce (dans laquelle ils n'ont pas eu le statut de dirigeant), à la condition toutefois qu'ils l'aient été durant au moins six mois (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 171/03 du 31 mars 2004 consid. 2.3.2). Lorsqu'une telle durée d'emploi comme salarié sans position dirigeante dans une entreprise tierce a été atteinte, il faut admettre que le rapport de travail ouvrant le droit au chômage n'a pas constitué un masque à une réduction de l'horaire de travail (Boris RUBIN, op. cit., n. 35 ad art. 10).

A/3278/2018 - 10/11 - Une rupture définitive de tout lien avec l'entreprise continuant d'exister est aussi admise lorsque la personne assurée a divorcé du conjoint occupant une position dirigeante au sein de cette entreprise, mais il ne suffit pas que les époux soient séparés de fait ou de droit ou que des mesures protectrices de l'union conjugale aient été ordonnées (ATF 142 V 263; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_574/2017 du 4 septembre 2018 consid. 5.2). Le seul fait de disposer d'une participation au capital social de l'entreprise qui l'employait ne suffit pas, à lui seul, à considérer que la personne assurée se trouve dans une position assimilable à celle d'un employeur. Le droit aux prestations de chômage peut néanmoins lui être nié lorsque la part sociale est importante et lui permet d'influencer les décisions de l'entreprise (cf. arrêts 8C\_642/2015 du 6 septembre 2016 consid. 6; 8C\_1044/2008 du 13 février 2009 consid. 3.2.2; voir aussi les art. 31 al. 3 let. c et 51 al. 2 LACI; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_574/2017 du 4 septembre 2018 consid. 5.3). 6. En l'espèce, à teneur de l'extrait du registre du commerce de G\_\_\_\_\_ SA, le conjoint de la recourante est titulaire de la signature individuelle lui permettant d'engager la société, mais il n'est pas membre du conseil d'administration. Cela ne suffit pas à lui reconnaître d'emblée une position décisionnelle dans l'entreprise, selon la jurisprudence et la doctrine précitées. Il faut vérifier s'il a matériellement la qualité d'organe dirigeant de l'entreprise. Tel n'est manifestement pas le cas, dès lors qu'il ressort du dossier et des déclarations concordantes de l'intéressé, de son épouse et de son fils qu'il n'a jamais exercé d'activité pour G\_\_\_\_\_ SA et qu'il n'intervient pas concrètement dans la gestion de l'établissement, laissant son fils le gérer à sa guise. Le fait qu'il possède une action de la société ne suffit pas non plus à lui reconnaître une position décisionnelle dans la société, dont les actions sont détenues en quasi-totalité par son fils. Le Tribunal fédéral a étendu l'exclusion du droit à l'indemnité au conjoint des personnes occupant une position assimilable à celle d'un employeur, mais pas aux autres membres de la famille de celles-ci. L'on ne saurait dès lors nier le droit à l'indemnité de chômage à ces derniers et en particulier, dans le cas d'espèce, à la recourante, du fait qu'elle est la belle-mère de son employeur effectif, M. D\_\_\_\_\_. Il en résulte que la décision querellée est infondée et que la recourante a droit à l'indemnité de chômage dès le 14 juin 2018, sous réserve que toutes les autres conditions du droit à l'indemnité soient remplies. 7. Le recours doit en conséquence être admis, la décision querellée annulée et la cause renvoyée à la caisse pour nouvelle décision. La recourante obtenant gain de cause, elle a droit à des dépens qui seront fixés à CHF 2'000.- (art. 61 let. g LPGA). La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

A/3278/2018 - 11/11 -

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.