

# **GE\_GERICHTE ATAS/435/2021 vom 7. Mai 2021**

GE Cour de justice, 2021-05-07, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_435\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_435_2021)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/435/2021 du 7 mai 2021

IT: GE\_GERICHTE ATAS/435/2021 del 7 maggio 2021

## **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 - 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.

### **E. 2**

Le litige porte sur le bien-fondé de la décision de l'OCE de nier le droit à l'indemnité de chômage au recourant, motif pris de la position d'employeur occupée par son épouse.

### **E. 3**

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

A/4468/2019 - 8/14 - 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).

### **E. 4**

Selon l'art. 31 al. 3 let. c LACI, 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 de l'entreprise ; il en va de même des conjoints de ces personnes qui sont occupés dans l'entreprise (art. 31 al. 3 let. b LACI).

### **E. 5**

a. Le Tribunal fédéral des assurances a jugé que les exclusions de l'art. 31 al. 3 LACI s'appliquent par analogie à l'octroi de l'indemnité de chômage (ATF 123 V 234 consid. 7b). 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. Le Tribunal fédéral a identifié un risque de contournement de la clause d'exclusion de l'art. 31 al. 3 let. c LACI lorsque dans un contexte économique

difficile, ces personnes procèdent à leur propre licenciement et revendiquent l'indemnité de chômage tout en conservant leurs liens avec l'entreprise. Dans une telle configuration, en effet, il est toujours possible pour elles de se faire réengager dans l'entreprise ultérieurement et d'en reprendre les activités dans le cadre de son but social. 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 ; en pareil cas, on ne saurait parler d'un comportement visant à éluder la loi. 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 à des indemnités de chômage (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb p. 238 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_448/2018 du 30 septembre 2019 consid. 3). b. De jurisprudence constante, l'inscription de l'assuré au RC (comme organe de la société) est décisive 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 (arrêts du Tribunal fédéral des assurances C 17/06 du 1er mars 2007 consid. 3 ; C 175/04 du 29 novembre 2005 consid. 3.2). Autrement, en effet, la possibilité demeure que celui-ci réactive l'entreprise et se fasse réengager. En fait, il suffit qu'une continuité des activités soit possible pour que le droit doive être nié en raison d'un risque de contournement de la loi (arrêt du

A/4468/2019 - 9/14 - Tribunal fédéral 8C\_738/2015 du 14 septembre 2016 consid. 3.1 ; BORIS RUBIN, Assurance-chômage, 2ème éd. 2006, p. 131). Cela étant, il n'est pas admissible de refuser, de façon générale, le droit aux prestations aux employés au seul motif qu'ils peuvent engager l'entreprise par leur signature et qu'ils sont inscrits au RC. Il n'y a pas lieu de se fonder de façon stricte sur la position formelle de l'organe à considérer ; il faut bien plutôt établir l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes. C'est donc la notion matérielle de l'organe dirigeant qui est déterminante, car c'est la seule façon de garantir que l'art. 31 al. 3 let. c LACI, qui vise à combattre les abus, remplisse son objectif (SVR 1997 ALV n° 101 p. 311 consid. 5d). En particulier, lorsqu'il s'agit de déterminer quelle est la possibilité effective d'un dirigeant d'influencer le processus de décision de l'entreprise, il convient de prendre en compte les rapports internes existant dans l'entreprise. On établira l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes (DTA 1996/1997 n° 41 p. 227 sv. consid. 1b et 2 ; SVR 1997 ALV n° 101 p. 311 consid. 5c). La seule exception à ce principe que reconnaît le Tribunal fédéral des assurances concerne les membres des conseils d'administration car ils disposent ex lege (art. 716 à 716b du code des obligations [CO ; RS 220]), d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI (DTA 1996/1997 n° 41 p. 226 consid. 1b et les références). Pour les membres du conseil d'administration, le droit aux prestations peut être exclu sans qu'il soit nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'ils exercent au sein de la société (cf. ATF 122 V 273 consid. 3 ; DTA 2004 n° 21 p. 198 consid. 3.2 ; ATFA du 27 janvier 2005, cause C 45/04). C'est le cas également pour les associés, respectivement les associés-gérants lorsqu'il en a été désigné, d'une société à responsabilité limitée et pour les membres de la direction d'une association (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_171/2012 du 11 avril 2013 consid. 6.1 et les références). c. 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 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. C'est la raison pour laquelle le Tribunal fédéral des assurances a posé des critères stricts permettant de lever d'emblée toute ambiguïté relativement à

A/4468/2019 - 10/14 - l'existence et à l'importance de la perte de travail d'assurés dont la situation professionnelle est comparable à celle d'un employeur. Il n'y a pas de place, dans ce contexte, pour un examen au cas par cas d'un éventuel abus de droit de la part d'un assuré. Lorsque l'administration statue pour la première fois sur le droit à l'indemnité d'un chômeur, elle émet un pronostic quant à la réalisation des conditions prévues par l'art. 8 LACI. Aussi longtemps qu'une personne occupant une fonction dirigeante maintient des liens avec sa société, non seulement la perte de travail qu'elle subit est incontrôlable mais la possibilité subsiste qu'elle décide d'en poursuivre le but social. Dans un tel cas de figure, il est donc impossible de déterminer si les conditions légales sont réunies sauf à procéder à un examen a posteriori de l'ensemble de la situation de l'intéressé, ce qui est contraire au principe selon lequel cet examen a lieu au moment où il est statué sur les droits de l'assuré. Au demeurant, 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 du 14 avril 2003, cause C 92/02, du 29 août 2005, cause C 163/04). d. La jurisprudence étend l'exclusion du conjoint du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (art. 31 al. 3 let. b LACI) au droit à l'indemnité de chômage. Ainsi, le droit à l'indemnité de chômage est nié au chômeur qui a été employé par l'entreprise de son conjoint dans la mesure où ce dernier reste lié à ladite entreprise. D'après la jurisprudence, il existe dans ce cas une possibilité d'un réengagement dans l'entreprise - même si elle est seulement hypothétique et qu'elle découle d'une pure situation de fait - qui justifie la négation du droit à l'indemnité de chômage. Cela n'est plus le cas, si le conjoint dirigeant 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 ; arrêts du Tribunal fédéral 8C\_163/2016 du 17 octobre 2016 consid. 4.2 et 8C\_231/2012 du 16 août 2012 ; Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 24 ss ad art. 10). Ainsi, la personne assurée qui a quitté l'entreprise dans laquelle son conjoint ou sa conjointe occupe une position comparable à celle d'un employeur n'a en principe droit à l'indemnité que si elle a perdu un emploi qu'elle occupait chez un autre employeur et qu'elle a accompli une période minimale de cotisation de six mois hors de l'entreprise de son conjoint (Bulletin AC du SECO 2003/4 fiche 4/3, 2004/3 fiche 3; circulaire relative à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, janvier 2005, chiffre B 44; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 171/03 du 31 mars 2004 consid. 2.3.2). Bien que cette jurisprudence puisse paraître très sévère, il y a lieu de garder à l'esprit que l'assurance-chômage n'a pas pour vocation à indemniser la perte ou les fluctuations de gain liées à une activité indépendante mais uniquement la perte de travail, déterminable et contrôlable, du travailleur ayant un simple statut de salarié qui, à la différence de celui occupant une position décisionnelle, n'a pas le pouvoir

A/4468/2019 - 11/14 - d'influencer la perte de travail qu'il subit et pour laquelle il demande l'indemnité de chômage (arrêts du Tribunal fédéral 8C\_163/2016 du 17 octobre 2016 consid. 4.2 et 8C\_295 2014 du 7 avril 2015 consid. 4 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 156/06 du 7 décembre 2006 consid. 2).

## **E. 6**

Dans les arrêts suivants, notre Haute Cour a retenu que le demandeur d'indemnités avait une position assimilable à celle d'un employeur – ou était le conjoint d'une personne assimilable à un employeur – et qu'il existait donc un risque d'abus. a. Dans l'arrêt C 175/04 précité, le Tribunal fédéral a considéré que l'intéressé n'avait ni quitté définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci, ni rompu tout lien avec la Sàrl. Devenu liquidateur de celle-ci, il avait conservé des prérogatives analogues à celles dont il disposait précédemment. 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 entraient dans le cadre du but de la liquidation, y compris, le cas échéant, de nouvelles opérations. En d'autres termes, le statut de liquidateur de la Sàrl avait eu 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'avait pas droit à l'indemnité, ce que la jurisprudence avait d'ailleurs déjà admis dans des affaires analogues concernant des liquidateurs (DTA 2002 p. 185 consid. 3c [arrêt S. du 19 mars 2002, C 373/00]; arrêt G. du 12 septembre 2005, C 131/05). b. Dans l'arrêt 8C\_231/2012 précité, le Tribunal fédéral a confirmé un jugement cantonal refusant les indemnités de chômage à une assurée, épouse du propriétaire d'une entreprise individuelle active dans le domaine de la restauration, qui s'était fait licencier par son mari. Le Tribunal fédéral a considéré que même si l'activité de l'entreprise avait été reprise par une tierce personne dans le cadre d'un contrat de franchise, l'époux de l'intéressée, toujours inscrit au RC en tant que propriétaire de l'entreprise individuelle, continuait de jouir d'une totale liberté de disposition entrepreneuriale avec la possibilité de réintégrer à tout moment son épouse dans l'entreprise et de lui attribuer un domaine de responsabilité. c. Dans l'arrêt C 156/06 du 7 décembre 2006, le Tribunal fédéral a retenu qu'il existait un risque d'abus lorsque le mari d'une assurée, lui-même propriétaire de deux établissements publics, fermait définitivement l'un d'entre eux et licenciait son épouse qui y travaillait. Celle-ci conservait, en effet, la possibilité éventuelle de reprendre une activité pour le compte de son mari dans l'autre établissement, d'autant plus facilement que les domaines d'activité des deux établissements étaient proches et que l'intéressée possédait une formation complète dans les domaines de l'hôtellerie et de la restauration (consid. 3.2).

## **E. 7**

En revanche, dans un arrêt 8C\_355/2010 du 21 octobre 2010, le Tribunal fédéral a retenu que le propriétaire d'une entreprise individuelle, dont l'épouse était directrice générale adjointe et qui avait conclu un contrat de franchise avec une société, ne pouvait continuer à employer son épouse après la résiliation, par ladite

A/4468/2019 - 12/14 - société, du contrat de franchise. En effet, le propriétaire, même s'il était toujours inscrit au RC, avait perdu toute liberté de disposition y afférente et avait ainsi été contraint d'abandonner l'entreprise à la suite de la résiliation du contrat de franchise, ce qui rendait impossible le maintien de l'emploi de son épouse (consid. 5.2.2 et 5.2.3).

## **E. 8**

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 ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 139 V 176 consid. 5.3 et les références). Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b ; 125 V 195 consid. 2 et les références ; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). 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 322 consid. 5a).

## **E. 9**

a. En l'espèce, l'intimé a nié au recourant le droit à l'indemnité de chômage au motif que l'établissement dans lequel il a travaillé appartenait à la société dont son épouse était associée avec signature individuelle. Le recourant fait valoir que son épouse a remis la gestion de son établissement à une tierce personne, qu'elle n'a plus aucun pouvoir de décision et qu'elle ne pouvait faire radier sa société du RC avant que l'établissement n'ait été complètement racheté. La Cour de céans constate cependant à la lecture du contrat produit par le recourant, intitulé « contrat employée responsable avec option d'achat », que son épouse continuait à exercer un contrôle non négligeable sur l'entreprise : la responsable s'est engagée à exercer strictement la même activité qu'auparavant et devait consulter la société avant tout engagement. Certes, l'épouse du recourant a expliqué que c'était parce qu'elle était titulaire de la patente. Il n'en demeure pas moins qu'elle conservait ainsi un contrôle important sur l'activité de la responsable. Par ailleurs, la société restait titulaire du bail tant que le transfert n'était pas effectué, et pouvait résilier le contrat de façon anticipée en cas d'inexécution, d'exécution incomplète, de faute ou de négligence grave par la responsable. L'épouse du recourant avait également accès aux comptes de la société, qui devaient lui être remis mensuellement par la responsable. Cette situation a persisté et ce, jusqu'à l'annulation du contrat et la reprise de l'établissement par un nouveau repreneur.

A/4468/2019 - 13/14 - Partant, on ne saurait considérer que l'épouse du recourant avait coupé tout lien avec la société lorsque ce dernier a sollicité l'octroi d'indemnités de chômage ; un risque de réengagement a dès lors persisté. Même s'il ressort des enquêtes que le transfert de l'entreprise a finalement pu avoir lieu en août 2020 et que le recourant n'a plus exercé d'activité pour l'entreprise depuis son licenciement, ce n'est, conformément à la jurisprudence susmentionnée, pas l'abus avéré comme tel qui est sanctionné, mais le risque d'abus que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur. Or, au moment où le recourant a demandé des indemnités de chômage, tout risque de contournement de l'art. 31 al. 1 let. c LACI ne pouvait être écarté au regard des circonstances du cas d'espèce. Partant, c'est à bon droit que l'intimée a nié au recourant le droit à des indemnités de chômage à la suite de son licenciement. Enfin, il ressort des pièces figurant au dossier que le salaire annuel du recourant annoncé en 2017 (soit environ CHF 25'000.-) ne correspond pas à celui prévu par son contrat de travail (3'450.- CHF/mois, soit CHF 41'400.- brut par année). À cet égard, les explications fournies par le recourant relatives à ses absences durant plusieurs mois

n'emportent pas conviction, d'autant moins que les justificatifs de voyage produits ne font état que de deux courts séjours de quelques jours à l'étranger, en mars et avril 2017. De même, l'augmentation non négligeable de son salaire en 2019, quelques mois avant son licenciement, alors que la situation économique de la société était fragile et que le recourant n'avait ni expérience, ni formation pour gérer un établissement, suscite des interrogations. Ces éléments, bien que non déterminants à eux seuls dans la résolution du litige, apportent des indices supplémentaires quant à la position particulière du recourant au sein de la société et à l'impossibilité de le considérer comme un simple employé. b. Le recourant fait également valoir qu'il a signé un contrat de travail temporaire, ce qui démontrerait qu'il n'avait aucune intention de sauver la société de son épouse. Cet élément n'est cependant pas suffisant. En effet, conformément à la jurisprudence susmentionnée, une personne occupant une position assimilable à celle d'un employeur ou son conjoint doit avoir travaillé pendant au moins six mois dans une entreprise tierce et perdre son emploi pour prétendre des indemnités de chômage, en dépit du maintien de la position assimilable à celle d'un employeur au sein de la première entreprise (arrêt précité C 171/03).

#### **E. 10**

Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

A/4468/2019 - 14/14 - 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.