

## **GE\_GERICHTE ATAS/857/2020 vom 13. Oktober 2020**

GE Cour de justice, 2020-10-13, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_857\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_857_2020)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/857/2020 du 13 octobre 2020

IT: GE\_GERICHTE ATAS/857/2020 del 13 ottobre 2020

### **Erwägungen**

#### **E. 15**

Le recourant n'a pas formulé d'observations dans le délai imparti à cet effet.

#### **E. 16**

Reportée en raison des restrictions sanitaires liées au coronavirus, une audience de comparution personnelle et d'enquêtes s'est tenue le 25 août 2020. Le recourant a confirmé avoir travaillé au restaurant G\_\_\_\_\_ à peu près six ans, jusqu'au 31 mars 2019, date à laquelle la société C\_\_\_\_\_ avait cessé l'exploitation du restaurant. Les chiffres étaient négatifs et la société n'était pas rentable. Le nombre d'employés variait entre deux et quatre. De 2018 à 2019, ils n'étaient plus que deux employés pour 35 couverts, mais ils n'avaient pas réussi à faire marcher l'entreprise. La société C\_\_\_\_\_ était encore en activité ; elle s'appelait désormais E\_\_\_\_\_ et n'exploitait plus de restaurant. Il recevait son salaire de la société C\_\_\_\_\_. Il a confirmé avoir été engagé par Mme K\_\_\_\_\_ le lendemain du contrôle de l'inspecteur de l'OCE. Il avait accepté ce travail car il était « dans la nécessité la plus totale ». Il était sans revenus depuis plus de trois mois et avait deux enfants à charge. Il ignorait qu'il fallait qu'il retire la patente car la société avait arrêté l'exploitation et il était radié du registre du commerce. Il n'avait d'ailleurs toujours pas retiré sa patente. Il avait continué à donner des coups de

A/4299/2019 - 5/12 - mains à Mme K\_\_\_\_\_ jusqu'en mars 2020, en parallèle de son activité à M\_\_\_\_\_. Il a confirmé avoir créé la société F\_\_\_\_\_ avec un ami en 2019 afin de compléter ses revenus du restaurant G\_\_\_\_\_ qui étaient insuffisants. La société était active pendant un mois et demi, de fin janvier à mi-mars 2019 et consistait à livrer des repas pendant la nuit. Ils avaient cessé toute activité à la mi-mars car son associé avait été incarcéré. Il avait repris une activité dans la société en janvier 2020 dans le but d'utiliser cette raison sociale dans un autre domaine. Le recourant a produit son certificat de salaire pour l'année 2019 de M\_\_\_\_\_, ses fiches de salaire établies par Mme K\_\_\_\_\_ (au nom de L\_\_\_\_\_) pour les mois de décembre 2019 à février 2020, ainsi que ceux établis par M\_\_\_\_\_ pour les mois de mars 2020 à mai 2020 et le contrat de travail du 9 juillet 2019 conclu entre l'intéressé et Mme K\_\_\_\_\_ (au nom de L\_\_\_\_\_). Entendue en qualité de témoin, Mme K\_\_\_\_\_ a déclaré s'être occupée de la gérance du restaurant G\_\_\_\_\_ du 1er juillet 2019 au mois de mars 2020. Du 1er au 9 juillet, elle s'occupait seule du restaurant, avec l'aide de sa tante. Ensemble, elles géraient tout le service et la restauration. Le restaurant était ouvert de midi à 14h00 et 18h00 à 22h00. Avant de commencer, le restaurant était fermé. Elle avait un contrat de gérance avec la société C\_\_\_\_\_ et payait un loyer d'environ CHF 3'800.-. Elle ignorait le nom des administrateurs de la société. Elle avait résilié son contrat de gérance en mars 2020. Le 9 juillet 2019, elle avait engagé le recourant. Il connaissait déjà le restaurant et avait une patente. Elle avait eu l'intention d'engager une amie mais cela ne s'était pas fait. Elle a confirmé qu'un inspecteur s'était

présenté au restaurant le 7 ou le 8 juillet 2019. Lors de sa visite, elle lui avait effectivement annoncé que le recourant était malade. Elle l'avait fait car elle n'avait pas la patente, le restaurant n'était pas encore entièrement ouvert et elle ne comprenait pas très bien la situation. Elle connaissait le recourant depuis le 1er ou le 2 juillet 2019. Les associés de la société C\_\_\_\_\_ le lui avaient présenté. Elle l'avait engagé à 35 %, afin qu'il l'aide pour les plats du jour, les repas de midi et la mise en place. Elle gérait le reste avec sa tante. Le recourant ne l'avait pas aidée au restaurant avant le 9 juillet 2019. Il avait travaillé pour elle jusqu'à la fermeture du restaurant, étant précisé qu'il avait reçu des fiches de salaire pour toute cette période. À l'issue de l'audience, la chambre de céans a imparti au recourant un délai au 1er septembre 2020 pour produire le certificat de salaire 2019 de C\_\_\_\_\_, l'ensemble des fiches de salaire de Mme K\_\_\_\_\_ pour l'année 2019, ainsi qu'un extrait de son compte individuel.

#### **E. 17**

Le 26 août 2020, le recourant a produit le certificat de salaire de la société C\_\_\_\_\_ pour les années 2018 et 2019, ainsi que les fiches de salaire pour les mois de septembre 2019 à novembre 2019.

#### **E. 18**

Le 21 septembre 2020, le recourant a produit l'extrait de compte AVS de M\_\_\_\_\_ Sàrl.  
A/4299/2019 - 6/12 -

#### **E. 19**

Le 5 octobre 2020, la caisse genevoise de compensation a transmis un extrait du compte individuel du recourant.

#### **E. 20**

La chambre de céans a transmis ce document aux parties. 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. Le droit à l'indemnité de chômage est principalement régi par la LACI et l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (OACI - RS 837.02). Les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-chômage obligatoire, à moins que la LACI n'y déroge expressément (art. 1 al. 1 LACI). 3. Interjeté dans les formes prescrites et le délai légal de trente jours, le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA, art. 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA-GE - E 5 10]). 4. Le litige porte sur le droit du recourant à l'indemnité de chômage pour la période du 1er avril 2019 au 1er octobre 2019. 5. a. L'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 8 al. 1 let. a LACI). Est réputé sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et qui cherche à exercer une activité à plein temps (art. 10 al. 1 LACI). Est réputé partiellement sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et cherche à n'exercer qu'une activité à temps partiel (art. 10 al. 2 let. a LACI) ou occupe un emploi à temps partiel et cherche à le remplacer par une activité à plein temps ou à le compléter par

une autre activité à temps partiel (art. 10 al. 2 let. b LACI). b. Selon la jurisprudence (ATF 123 V 234), 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. Dans le cas contraire, en effet, on détournerait par le biais d'une disposition sur l'indemnité de chômage la réglementation en matière d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, en particulier l'art. 31 al. 3 let. c LACI. Selon cette disposition légale, n'ont pas droit à l'indemnité les personnes qui fixent les décisions que prend l'employeur - ou peuvent les influencer considérablement - en qualité

A/4299/2019 - 7/12 - 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. 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. Dans ce cas, 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). 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'agit 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 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

A/4299/2019 - 8/12 - 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 (arrêts du Tribunal fédéral des assurances C 92/02 du 14 avril 2003 et C 163/04 du 29 août 2005). La radiation de l'inscription permet d'admettre sans équivoque que l'assuré a quitté la société (cf. notamment 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 Tribunal fédéral 8C\_738/2015 du 14 septembre 2016 consid. 3.1 ; BORIS RUBIN, Assurance-chômage, 2ème éd. 2006, p. 131). 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. Encore faut-il que le chômeur ne soit pas propriétaire de tout ou partie de l'entreprise. Dans un cas comme dans l'autre, l'intéressé peut en principe prétendre à des indemnités de chômage (BORIS RUBIN, Assurance-chômage, 2ème éd. 2006, p. 128-129). Pour les personnes licenciées qui ne font pas formellement partie d'un organe dirigeant mais qui disposent encore d'une part sociale, leur droit ne pourra être exclu que si leur part est importante (en principe au moins 30 %) ou si la possibilité d'influencer les décisions est considérable pour d'autres motifs, par exemple en cas de liens de parenté avec d'autres personnes jouissant d'un pouvoir décisionnel important (arrêts du Tribunal fédéral 8C\_1044/2008 du 13 février 2009 ; C 61/05 du 10 avril 2006 ; C 45/04 du 27 janvier 2005). La loi et la jurisprudence n'excluent cependant du droit à certaines prestations que le conjoint occupé dans l'entreprise d'une personne mentionnée à l'art. 31 al. 3 let. c LACI lorsqu'il existe un risque de mise à contribution abusive de l'assurance, mais non pas d'autres personnes qui feraient partie de la famille de celle-là (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C45/04 du 27 janvier 2005 consid. 3.2). 6. En ce qui concerne la preuve, 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

A/4299/2019 - 9/12 - 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). 7. Dans la décision entreprise, l'intimé a retenu que le recourant avait conservé une position assimilable à celle d'un employeur dans la société C\_\_\_\_\_. D'après l'intimé, les enquêtes avaient permis de démontrer que l'intéressé avait continué à travailler pour ladite société sans le déclarer, et cela jusqu'à ce qu'il se rende compte qu'une enquête était diligentée. Cela ressortait notamment des premières déclarations de Mme K\_\_\_\_\_, de l'inscription du recourant au

registre du commerce en qualité d'associé de la société F\_\_\_\_\_ et du fait que sa patente était toujours valable pour le restaurant G\_\_\_\_\_. Le recourant conteste ce raisonnement, faisant valoir qu'il avait été licencié de la société C\_\_\_\_\_ pour le 31 mars 2019 et qu'à partir du 1er avril 2019, il avait consacré l'intégralité de son temps à trouver un nouvel emploi. Dès cette date, le restaurant G\_\_\_\_\_ avait été fermé à cause de l'arrêt de l'exploitation de la société C\_\_\_\_\_. Il avait trouvé un nouveau travail au restaurant M\_\_\_\_\_ dès le 1er octobre 2019. En l'occurrence, il n'est pas contesté que l'inscription du recourant au registre du commerce en qualité de directeur de C\_\_\_\_\_, avec signature collective à deux, a été radiée le 18 mars 2019. À compter de cette date, le recourant ne disposait dès lors plus du pouvoir de fixer les décisions que la société était amenée à prendre comme employeur ou, à tout le moins, de les influencer considérablement au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI. Il n'est pas non plus contesté que le recourant ne disposait d'aucune participation financière dans la société, M. D\_\_\_\_\_ étant l'actionnaire unique et le seul ayant droit économique de la totalité des actions de C\_\_\_\_\_. Il faut donc admettre que, conformément à la jurisprudence précitée, le recourant a bien quitté la société au 18 mars 2019 et qu'il ne conservait plus de position analogue à celle d'un employeur lorsqu'il a déposé sa demande d'indemnités de chômage à la caisse le 2 avril 2019. À cela s'ajoute que la perte de travail effective du recourant est établie, au degré de la vraisemblance prépondérante, dès le 1er avril 2019. Les enquêtes ont permis de retenir que le restaurant G\_\_\_\_\_ avait été fermé du 1er avril au 1er juillet 2019. Aucun document du dossier ne permet de retenir que le recourant a effectivement perçu un salaire de la société C\_\_\_\_\_ après le 1er avril 2019. Le certificat de salaire du recourant pour l'année 2019, confirmé en cela par l'extrait de son compte individuel, atteste uniquement d'un salaire perçu entre janvier et mars 2019. Il ressort par ailleurs du dossier que le recourant a effectué activement des recherches d'emploi dès le mois de février 2019. Il est vrai que les déclarations de Mme K\_\_\_\_\_ devant l'inspecteur de l'OCE pouvaient laisser penser qu'en juillet 2019 le recourant n'avait pas encore définitivement rompu tout lien avec la société C\_\_\_\_\_. Les enquêtes ont toutefois

A/4299/2019 - 10/12 - permis d'établir que l'exploitation de cette société avait cessé avec la fermeture du restaurant entre le 1er avril et le 1er juillet 2019, date à laquelle Mme K\_\_\_\_\_ a repris la gérance du restaurant G\_\_\_\_\_. La témoin a du reste précisé en audience que ses déclarations devant l'inspecteur s'expliquaient par le fait qu'elle n'avait pas de patente, que le restaurant n'était pas encore entièrement ouvert et qu'elle ne comprenait pas très bien la situation. Elle a précisé que le recourant lui avait été présenté par les associés de C\_\_\_\_\_ au début du mois de juillet 2019. Le 9 juillet 2019, elle avait décidé d'engager le recourant, car il connaissait déjà le restaurant et avait une patente. Sur la base de ces déclarations et des pièces au dossier, notamment le contrat de travail du 9 juillet 2019, il y a lieu d'admettre, au degré de la vraisemblance prépondérante, que le recourant n'a repris une activité lucrative auprès du restaurant G\_\_\_\_\_ qu'à partir du 9 juillet 2019. Son activité au sein de la société C\_\_\_\_\_ avait, quant à elle, définitivement cessé à fin mars 2019. Quant à l'activité exercée au sein de la société F\_\_\_\_\_, elle ne suffit pas non plus à reconnaître au recourant une position décisionnelle dans la société.

L'intéressé a en effet clairement expliqué que la société F\_\_\_\_\_, créée avec un ami en 2019 afin de compléter ses revenus insuffisants provenant du restaurant G\_\_\_\_\_, était restée active pendant un mois et demi, de fin janvier à mi-mars 2019, période durant laquelle son associé avait été incarcéré. On ne saurait du reste considérer que son activité au sein de la société F\_\_\_\_\_, consistant à livrer des repas durant la nuit, était identique à celle

qu'il exerçait auprès de la société C \_\_\_\_\_, soit directeur, gérant et exploitant d'un restaurant. Sur la base de ces éléments, il n'est dès lors pas possible d'établir, au degré de la vraisemblance prépondérante, que le recourant a poursuivi les activités qu'il exerçait au sein de la société C \_\_\_\_\_ par le biais de la société F \_\_\_\_\_. On ne saurait, enfin, nier le droit à l'indemnité de chômage au recourant du fait que l'administrateur président de la société C \_\_\_\_\_ est le mari de sa mère, la jurisprudence ayant, comme on l'a vu, 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. Il résulte des considérants qui précèdent que la décision entreprise est infondée et que le recourant a droit à l'indemnité de chômage dès le 1er avril 2019, sous réserve que toutes les autres conditions du droit à l'indemnité soient remplies, en particulier la question de l'aptitude au placement, question laissée ouverte dans la décision initiale. 8. Le recours doit en conséquence être admis, la décision querellée annulée et la cause renvoyée à la caisse pour nouvelle décision. Le recourant, qui n'est pas représenté, n'a pas droit à des dépens. La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA). \* \* \* \* \*

A/4299/2019 - 11/12 -

A/4299/2019 - 12/12 - 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.