

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1643/2009

ATAS/1431/2009

**ARRET**

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES  
ASSURANCES SOCIALES**

**Chambre 3**

**du 12 novembre 2009**

En la cause

Madame P \_\_\_\_\_, domiciliée à MEYRIN, comparant avec  
élection de domicile en l'étude de Maître SIDERIS Efstratios

recourante

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, sis aux Glacis-de-Rive 6,  
Case postale 3039, 1211 GENÈVE 3

intimé

**Siégeant : Karine STECK, Présidente; Christine LUZZATTO et Violaine LANDRY  
ORSAT, Juges assesseurs**

---

### **EN FAIT**

1. Madame P\_\_\_\_\_ s'est annoncée à l'Office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE) le 7 mars 2007. Elle s'est déclarée disposée à travailler à plein temps et un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur à compter du 1<sup>er</sup> mai 2007.
2. Le 14 août 2008, la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse) a soumis le dossier de l'assurée pour examen au service juridique de l'OCE, au motif qu'elle avait découvert que l'assurée n'avait jamais signalé avoir été associée à son mari dans la société en nom collectif X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ du 26 juin 2003 au 3 janvier 2008, date à laquelle son inscription au registre du commerce (RC) avait été radiée.
3. L'OCE a relevé les éléments suivants:
  - l'assurée avait été invitée par l'ORP à suivre un atelier de soutien à l'apprentissage du français du 24 juillet au 14 septembre 2007 et avait suivi cet atelier à raison de 4 jours par semaine (les mardi, jeudi et vendredi matin et après-midi, ainsi que le mercredi matin), du 25 juillet 2007 au 14 juillet 2007, excepté quatre jours d'absence justifiés ;
  - sur les formulaires intitulés "indications de la personne assurée" (IPA) de mai à décembre 2007, l'assurée avait répondu par la négative à la question de savoir si elle avait travaillé durant la période en question ;
  - l'assurée avait effectué des recherches personnelles d'emploi par visites personnelles de mai 2007 à janvier 2008 auprès de divers établissements de restauration, kiosques, magasins d'alimentation, bureaux de tabac etc.;
  - l'assurée avait été dans l'incapacité totale de travailler pour cause de maladie du 8 novembre au 9 décembre 2007 inclus;
  - son dossier avait été annulé le 23 juin 2008, lorsqu'elle avait retrouvé un emploi ;
  - lors de son audition du 20 octobre 2008, l'assurée avait déclaré en substance n'avoir investi aucun capital dans la société en nom collectif X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ ; seul son époux avait engagé son deuxième pilier pour la création de la société, avait investi dans du matériel pour cuisiner et décorer l'établissement; le restaurant "Z\_\_\_\_\_" avait été ouvert au moment où la société avait été inscrite au RC, c'est-à-dire en juin 2003; l'assurée avait déployé une activité pour le compte de la société entre mai et décembre 2007 en ce sens qu'elle avait aidé son mari au restaurant en faisant parfois la cuisine ou un peu de ménage; elle disait s'être rendue au restaurant tous les jours, essentiellement le soir, parfois la journée en weekend, car le restaurant était ouvert sept jours sur sept, de 11 heures à 14 heures et de 18 heures à minuit; c'était son mari qui faisait la cuisine et le service, elle le remplaçait quand il ne

pouvait le faire; l'assurée a affirmé que si elle avait trouvé un emploi à plein temps, elle aurait cessé d'aider son mari au restaurant; elle a précisé que c'était elle qui avait convaincu son époux de mettre fin à l'exploitation du restaurant le 1er janvier 2008, faute de clientèle; l'assurée a ajouté avoir été inscrite à l'AVS en qualité de personne indépendante jusqu'à la fermeture du restaurant et l'arrêt de l'activité au 31 décembre 2007, n'avoir engagé aucun employé de mai à décembre 2007 et avoir commencé à travailler en qualité d'opératrice pour la société XA\_\_\_\_\_ le 18 mars 2008.

4. Par décision du 16 décembre 2008, le service juridique de l'OCE a déclaré l'assurée apte au placement à partir du 1<sup>er</sup> mai 2007, tout en invitant la caisse de chômage à fixer un gain intermédiaire conforme aux usages professionnels pour l'activité non rémunérée que l'intéressée avait déployée à plein temps dans le restaurant, du 1er mai au 31 décembre 2007.
5. Le 30 janvier 2009, l'assurée a formé opposition à cette décision. En substance, elle a allégué que, parallèlement à ses recherches d'emploi, pendant les mois de mai 2007 à janvier 2008, elle s'était certes rendue tous les soirs au restaurant et parfois la journée en weekend, mais principalement afin de se sentir moins seule et moins inutile, même s'il lui est arrivé, lors de ces visites, d'aider son mari à pour le service, la cuisine ou le ménage. Elle restait néanmoins disponible pour un emploi. Ses recherches actives lui avaient d'ailleurs permis de trouver un nouveau travail dès le 18 mars 2008.
6. Le 8 avril 2009, l'OCE a rendu une décision sur opposition confirmant celle du 16 décembre 2008.

L'OCE a relevé que pour qu'une activité soit retenue à titre de gain intermédiaire, il suffisait que l'assuré exerce une activité pour laquelle un salaire aurait dû être versé. Quant à l'argument selon lequel il ne devrait pas être tenu compte d'un gain intermédiaire correspondant à une activité à plein temps, puisque l'assurée avait suivi un atelier de soutien à l'apprentissage du français du 25 juillet au 14 septembre 2007 à raison de quatre jours par semaine, l'OCA l'a également écarté au motif que si, en suivant un tel cours, l'assurée avait démontré qu'elle s'était conformée à son obligation de participer aux mesures relatives au marché du travail, il n'en demeurait pas moins impossible de déterminer avec exactitude l'horaire de travail qu'elle avait effectué chaque jour dans l'établissement entre mai et décembre 2007.

7. Par écriture du 11 mai 2009, l'assurée a interjeté recours contre cette décision en concluant à ce que la décision de l'OCE du 8 avril 2009 soit confirmée en tant qu'elle la reconnaît apte au placement depuis le 1<sup>er</sup> mai 2007 mais annulée en tant qu'elle invite la caisse de chômage à fixer un gain intermédiaire pour la période du 1<sup>er</sup> mai au 31 décembre 2007, subsidiairement, à ce que ce gain soit fixé sur la base d'une activité à temps partiel.

La recourante rappelle qu'elle a participé à un atelier de soutien à l'apprentissage du français du 25 juillet au 14 septembre 2007 à raison de quatre jours par semaine et qu'elle a par ailleurs rempli ses obligations et effectué toutes les démarches nécessaires à la recherche d'un nouvel emploi, démarches qui ont d'ailleurs abouti.

La recourante soutient que même si une activité non rémunérée peut être prise en considération à titre de gain intermédiaire, il faut encore qu'il existe un contrat impliquant des droits et obligations réciproques des parties, ou qu'un salaire ait normalement été dû pour le travail fourni, au regard de l'ensemble des circonstances ou des usages professionnels et locaux. Or, dans son cas, la recourante allègue que l'aide qu'elle a pu apporter à son mari relève simplement du service rendu dans une période où, étant au chômage, elle disposait de temps libre. Elle souligne qu'une activité à tiers-temps est encore considérée comme faisant partie du devoir d'assistance à un conjoint, ce qui est son cas. Elle ajoute que les dispositions du code civil prévoyant que celui qui a collaboré à l'entreprise de son conjoint dans une mesure notablement supérieure à ce qu'exige sa contribution à l'entretien de la famille a droit à une indemnité équitable ne s'appliquent pas à elle puisque son aide n'a pas dépassé le devoir général d'assistance.

8. Invité à se déterminer, l'intimé, dans sa réponse du 10 juin 2009, a conclu au rejet du recours. Il relève que l'assurée admet avoir exercé une certaine activité pour le restaurant, activité qui l'a conduite à se rendre à ce dernier tous les jours, essentiellement le soir et parfois la journée en weekend. Il ajoute qu'il est impossible de déterminer avec exactitude l'horaire de travail que l'assurée a effectué chaque jour, mais que selon les heures d'ouverture indiquées, cela correspond à un horaire à plein temps de neuf heures par jour, puisque la société n'a engagé aucun employé durant la période de mai à décembre 2007, de sorte que cette activité ne saurait être qualifiée de simple aide au conjoint, mais considérée comme gain intermédiaire.
9. Une audience de comparution personnelle s'est tenue en date du 17 septembre 2009, durant laquelle la recourante a été assistée d'une interprète. A cette occasion, la recourante a expliqué que, durant la période considérée, ses journées étaient consacrées à préparer le repas de midi pour ses enfants, âgés de 12 et 17 ans, à répondre à des offres d'emploi, à faire des démarches en personne, puis à préparer le repas du soir pour ses enfants et enfin, à amener ces derniers à leurs activités sportives respectives. En conséquence de quoi, l'assurée explique qu'en semaine, elle ne pouvait aider son mari qu'à raison de deux ou trois soirs, après 20h, et jusqu'à 23h ou minuit. Le weekend, la plupart du temps, elle arrivait au restaurant vers 15h ou 16h et y restait jusqu'à minuit.

Elle avait déjà aidé son mari auparavant, avant de perdre son emploi, le soir et les weekends, y consacrant cependant moins de temps car les enfants étaient alors plus petits et elle devait s'en occuper plus longuement. Il s'agissait là d'un exercice un

peu **familial**, en ce sens que lorsque son mari s'attardait à discuter avec des amis, elle prenait le relais pour le service. La recourante affirme que son aide n'était pas régulière, en ce sens qu'elle était présente, bavardait avec les clients, dont elle a précisé qu'il s'agissait de familiers, et donnait simplement un coup de main lorsqu'il le fallait. La recourante a insisté sur le fait que le restaurant constituait une petite affaire familiale et que tous les clients étaient quasiment des amis.

L'assurée a expliqué que le restaurant avait commencé son activité en juillet 2003, que son mari avait bénéficié d'un aide de cuisine, payé 16 fr./h., jusqu'en 2004, puis, de temps à autre, sur appel. Elle a reconnu qu'après qu'elle a perdu son emploi, son mari n'a plus fait appel à une aide extérieure mais a ajouté que c'était en raison du qu'à midi, il y avait vraiment très peu de clientèle, de sorte que son mari pouvait assumer seul. En effet, selon la recourante, il n'y avait à midi que cinq ou six clients, huit ou neuf au maximum; le restaurant proposait un plat du jour que son mari pouvait ainsi préparer à l'avance, durant la matinée. Le soir, il y avait dix clients au maximum, mais il arrivait souvent que plusieurs ne prennent qu'une boisson. C'est aussi ce qui explique que le restaurant ait dû fermer à la fin de l'année 2007 : il n'était pas rentable financièrement.

A la représentante de l'intimé qui s'étonnait que le bilan au 31 décembre 2007 fasse état d'un chiffre d'affaires de 200'000 fr., la recourante a répondu que le loyer s'élevait à 6'000 fr. par mois et que le restaurant avait accumulé les dettes.

La représentante de l'intimé a relevé que, lors de sa première audition par l'OCE, la recourante avait admis s'être rendue au restaurant tous les soirs de la semaine. Ce à quoi la recourante a répondu qu'elle doit accompagner son fils à l'entraînement de football trois fois par semaine et que, comme la famille ne dispose que d'un seul véhicule, elle passait effectivement au restaurant, mais seulement pour ramener son mari, mais non pour y travailler.

Interrogée par le Tribunal de céans, la représentante de l'intimé a précisé que, lors de son audition à l'OCE, la recourante n'avait pas été assistée d'un interprète.

Pour le surplus, elle s'est déclarée confortée dans l'idée que l'aide que la recourante - dont elle a rappelé qu'elle était annoncée à l'AVS comme indépendante et par ailleurs associée de son mari - avait apportée à ce dernier dépassait clairement le cadre de l'assistance entre époux."

Sur ce point, la recourante a allégué s'être annoncée par erreur comme indépendante auprès de l'AVS. Elle a expliqué que, dans la culture de son pays d'origine, il va de soi qu'une épouse doit apporter son aide à son époux. En apposant son nom sur le formulaire AVS, elle entendait indiquer par là qu'elle se considérait comme son associée mais n'avait pas compris la distinction entre activité salariée ou non.

La recourante a souligné que ses heures de présence effective au restaurant ne devaient pas être assimilées au nombre d'heures durant lesquelles elle a véritablement aidé son époux. Elle s'est par ailleurs étonnée que l'on tire argument du fait qu'elle n'avait pas d'horaire précis pour en tirer la conclusion qu'elle a exercé à plein temps, alors même qu'à son sens, cela démontre qu'il ne s'agissait pas là d'une activité régulière.

Ce à quoi l'intimé a répondu que, dans la mesure où il ne lui était pas possible d'établir avec précision l'horaire effectué, les circulaires du SECO imposent de partir du principe qu'il s'agit d'un plein temps, les horaires d'ouverture du restaurant servant d'indice.

10. Le 29 octobre 2009, le Tribunal de céans a entendu à titre de renseignements Monsieur Q\_\_\_\_\_, époux de la recourante.

Celui-ci a confirmé que son restaurant, d'une surface d'environ 40m<sup>2</sup>, ne comportait que 7 ou 8 tables et qu'il se débrouillait pour le faire tourner seul, avec l'aide, parfois, d'un ou deux amis non rémunérés. Au surplus, un ami de Malaisie est parfois venu l'aider. Il lui payait son billet d'avion en guise de salaire. Il lui était facile de gérer seul le restaurant car tous les clients étaient des amis ; ils se servaient seuls des boissons pendant que lui s'occupait de la cuisine. Qui plus est, leur nombre se limitait à 5 à 6 à midi et 3 ou 4 le soir ; il y avait en effet très peu de clients extérieurs au cercle des familiers. Ces derniers venaient surtout pour boire un verre. Selon le mari de la recourante, tout l'argent gagné a été dépensé dans le loyer, l'électricité, le prix des boissons et l'achat des produits.

Il a par ailleurs confirmé que lorsque son épouse s'est retrouvée au chômage, elle est également venue l'aider au restaurant, mais pas souvent dans la mesure où elle devait également s'occuper de leurs deux enfants. Selon son époux, elle passait de temps en temps, à raison d'une ou deux heures. Elle l'aidait par exemple à nettoyer les assiettes lorsqu'il n'avait pas eu le temps de s'en occuper.

A l'issue de cette audience, l'intimé, estimant que l'aide apportée est véritablement incontrôlable, a persisté dans ses conclusions.

### **EN DROIT**

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (LOJ; E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales 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 (LACI; RS 837.0). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. Interjeté dans les forme et délai prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA).
3. L'intimé ayant reconnu l'aptitude au placement de la recourante, le litige ne porte plus que sur l'invitation faite à la caisse de chômage de fixer un gain intermédiaire correspondant à un plein temps pour la période du 1<sup>er</sup> mai au 31 décembre 2007, en d'autres termes, sur la question de savoir s'il se justifie de retenir un gain intermédiaire pour cette période et, dans l'affirmative, si ce gain doit correspondre à un plein temps.
4. Selon l'art. 24 al. 1 LACI, est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle. L'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain. Le taux d'indemnisation est déterminé selon l'art. 22 LACI, relatif au montant de l'indemnité journalière.

Est réputée perte de gain la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux (art. 24 al. 3 LACI).

Lorsque l'assuré réalise un revenu inférieur à son indemnité de chômage, il a droit à des indemnités compensatoires pendant le délai-cadre d'indemnisation (art. 41 a al. 1 OACI). La réglementation sur la compensation de la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire (art. 24 LACI) est une norme de calcul des indemnités de chômage au sens des art. 8ss LACI (ATF 121 V 339 consid. 2b et 2c).

5. En l'occurrence, l'intimé a estimé qu'il se justifiait de fixer un gain intermédiaire conforme aux usages professionnels pour l'activité non rémunérée que l'intéressée avait déployée à plein temps dans le restaurant de son époux, du 1er mai au 31 décembre 2007. En substance, l'intimé a considéré que, dans la mesure où il s'avérait impossible de déterminer avec exactitude l'horaire de travail que l'intéressée avait assuré chaque jour durant cette période, peu importait le fait qu'elle ait par exemple participé à un atelier d'apprentissage du français du 25 juillet au 14 septembre 2007 à raison de quatre jours par semaine, il n'en demeurait pas moins que l'activité déployée dans le restaurant de son époux devait être prise en considération et évaluée sur la base des horaires d'ouverture indiquées, ce qui correspondait à un horaire à plein temps de neuf heures par jour, puisque la société n'avait engagé aucun employé durant la période de mai à décembre 2007.

Le Tribunal ne saurait suivre l'intimé dans son raisonnement. En effet, les enquêtes ont démontré que, depuis 2004 déjà, l'époux de l'assuré n'a plus fait appel à aucune aide extérieure. Cela rejoint d'ailleurs les dires de la recourante, selon laquelle son aide ponctuelle est antérieure à sa perte d'emploi. Partant, force serait de considérer l'aide apportée par la recourante à son époux comme une activité accessoire, étant

rappelé qu'un gain accessoire n'est pas assuré et ne devient pas un gain intermédiaire pendant le chômage, hormis si l'assuré l'étend alors, et seulement pour la part supplémentaire (cf. Circulaire du Secrétariat d'État à l'économie relative à l'indemnité de chômage, ch. C8).

Certes, la recourante a admis avoir été plus présente dans l'établissement depuis la perte de son emploi. Cela ne saurait cependant correspondre à un horaire à plein temps dans la mesure où la recourante n'a jamais affirmé se trouver au restaurant en semaine à midi - elle devait préparer le repas pour ses enfants, âgés de 12 et 17 ans - mais seulement en soirée et durant le weekend.

Qui plus est, cette présence s'est avérée bien moindre qu'il n'y paraissait de prime abord puisqu'en audience, la recourante a précisé qu'elle devait préparer le repas du soir pour ses enfants et amener ces derniers à leurs activités sportives respectives plusieurs fois par semaine. Certes, la jurisprudence prévoit qu'en présence de deux versions différentes, il faut donner la préférence à celle que l'assuré a donnée en premier, alors qu'il en ignorait les conséquences juridiques, les explications nouvelles pouvant être - consciemment ou non - le produit de réflexions ultérieures (ATF 121 V 47 consid. 2a et les références, VSI 2000 p. 201 consid. 2d). Force est cependant de constater qu'en l'occurrence, les divergences de versions sont plutôt à mettre sur le compte du fait que la recourante n'a pas été assistée d'un interprète lors de son audition par l'OCE. Or, le Tribunal de céans a pu constater les difficultés de compréhension et d'expression qui étaient les siennes lors de l'audience. Dès lors, l'hypothèse selon laquelle il y aurait eu malentendu en ce sens que l'assurée n'a pas voulu dire qu'elle venait travailler tous les soirs mais qu'elle passait tous les soirs - ne serait-ce que pour passer prendre son époux en ramenant les enfants à la maison après leur entraînement - apparaît donc parfaitement plausible.

Cette version des faits apparaît d'autant plus plausible qu'il est ressorti des enquêtes que le restaurant en question ne comportait que quelques tables (moins d'une dizaine), que la clientèle du soir n'était constituée que de quelques personnes, le plus souvent des familiers qui venaient surtout pour consommer des boissons.

En définitive, de l'ensemble des circonstances, il ressort donc, au degré de vraisemblance prépondérante requis par la jurisprudence, que l'aide effective apportée par la recourante à son époux n'a, ainsi qu'elle le soutient, pas dépassé le cadre de son devoir d'assistance, évalué à un tiers-temps (cf. Pierre TERCIER, Les contrats spéciaux, 2<sup>ème</sup> éd., ZH, ch. 2565). On ne saurait considérer que prêter très épisodiquement main-forte au service constitue une activité qui aurait dû être rémunérée.

Eu égard aux considérations qui précèdent, le recours est admis et les décisions litigieuses annulées.

**PAR CES MOTIFS,  
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

**Statuant**

**A la forme :**

1. Déclare le recours recevable.

**Au fond :**

2. L'admet.
3. Annule les décisions des 16 décembre 2008 et 8 avril 2009.
4. Condamne l'intimé à verser à la recourante la somme de 1'500 fr. à titre de dépens.
5. 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

Yaël BENZ

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