RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1752/2022 **ATAS/1020/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 23 novembre 2022

4ème Chambre

En la cause

Madame A_____, B_____, _____, GENÈVE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Michel LAVERGNAT — recourante

contre

CAISSE DE CHÔMAGE UNIA, CDC-Centre de compétences Romand, LAUSANNE — intimée

Siégeant : Catherine TAPPONNIER, Présidente; Dana DORDEA et Christine LUZZATTO, Juges assesseures

EN FAIT

A. **a.** Madame A_____ (ci-après : l'employeuse ou la recourante) exploite en raison individuelle le café-restaurant-brasserie à l'enseigne « B_____ ».

b. Le fils de l'employeuse, Monsieur C_____ travaille pour cette dernière, comme directeur d'exploitation. Il a été inscrit au registre du commerce le 29 avril 2013 avec procuration collective à deux, puis dès le 5 décembre 2019 avec procuration individuelle. L'épouse de celui-ci, Madame D_____, travaille également pour l'employeuse, comme assistante de direction RH.

B. **a.** Par décision du 22 avril 2021, l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE) a autorisé l'octroi de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT) en faveur de l'employeuse pour la période du 22 décembre 2020 au 21 juin 2021.

b. La caisse de chômage Unia (ci-après : la caisse ou l'intimée) a indemnisé en conséquence l'employeuse pour les mois de décembre 2020 à juin 2021, sur la base des décomptes qui concernaient notamment le fils et la belle-fille de celle-ci.

c. Par décision du 22 décembre 2021, la caisse a demandé à l'employeuse la restitution de CHF 70'111.10 au motif que, suite à un contrôle interne, elle avait constaté que le fils de celle-ci était inscrit au registre du commerce en qualité de directeur d'exploitation avec procuration individuelle et qu'il occupait une position assimilable à celle d'un employeur au sein de l'entreprise. S'il avait pu faire partie des cadres ayant droit aux prestations RHT du 18 mars au 31 mai 2020, suite aux mesures d'assouplissement mises en place par le Conseil fédéral pour soutenir l'économie, tel n'était plus le cas dès le 1er juin 2020, après la reprise du droit en vigueur en matière de RHT.

d. Le 12 janvier 2022, l'employeuse a formé opposition à la décision de la caisse du 22 décembre 2021, faisant valoir que son fils n'occupait pas une position assimilable à celle d'un employeur.

e. Sur demande de la caisse, l'employeuse l'a informée qu'il n'y avait pas de cahier des charges pour l'activité de son fils, ni descriptif de sa fonction, règlement interne ou procès-verbal de séance, dès lors qu'il s'agissait d'une structure familiale. Son fils pouvait prendre toute décision ayant trait à la commande et à la fourniture de boissons sans en référer à sa mère. Pour le reste, il devait en informer cette dernière, qui assumait seule la responsabilité des décisions. Son fils pouvait être amené à signer tout type de documents concernant l'exécution des tâches administratives par simplification et gain de temps et pour lui éviter de se déplacer, mais il ne signait rien sans son accord verbal. L'employeuse avait été malade de la Covid-19, ce qui l'avait passablement diminuée, de sorte qu'elle avait délégué à son fils le soin de signer divers documents, mais toujours après discussion avec elle.

f. Le 11 avril 2022, la caisse a informé l'employeuse qu'une décision sur opposition pourrait lui être plus défavorable que la décision du 22 décembre 2021, dès lors que l'épouse de son fils n'avait pas droit aux RHT si celui-ci occupait une position assimilable à d'un employeur. De plus, la caisse avait constaté que pour certaines périodes de décompte, il n'avait pas été tenu compte de la déduction pour jours fériés et du nombre exact des heures de travail hebdomadaire, à savoir 42 heures par semaine pour un emploi à plein temps, à calculer au prorata selon le nombre de jours ouvrables par mois.

g. Le 26 avril 2022, l'employeuse a maintenu son opposition.

h. Par décision sur opposition du 5 mai 2022, la caisse a rejeté l'opposition de l'employeuse. C'était à juste titre que le droit à la RHT avait été nié pour le fils de l'employeuse, vu son inscription au registre du commerce et sa fonction de directeur d'exploitation selon la loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement (ci-après : la LRDBHD), dès lors qu'il détenait le diplôme attestant de l'aptitude à exploiter et gérer une entreprise soumise à cette loi. L'employeuse ne possédant pas ce diplôme, elle ne pouvait exploiter l'établissement à elle seule. En qualité d'exploitant, le fils de l'employeuse garantissait une exploitation conforme aux dispositions de la LRDBHD et assurait la gestion et la direction de l'entreprise. Il répondait également du comportement adopté par les personnes participant à l'exploitation ou à l'animation de l'entreprise dans l'accomplissement de leur travail. Les demandes d'indemnité étaient toutes timbrées avec le tampon du fils de l'employeuse et non par celui de cette dernière. De plus, il avait remplacé sa mère lors de sa maladie. Compte tenu de la taille de l'entreprise, de sa structure familiale et du fait le fils de l'employeuse se destinait à reprendre l'établissement, sa position ne pouvait être qualifiée de simple employé.

Compte tenu de la position de son époux au sein de l'établissement, le droit à l'indemnité RHT devait également être refusé pour sa belle-fille.

Après recalcul, l'employeuse devait lui restituer la somme totale de CHF 91'572.30 pour les mois de décembre 2020 à juin 2021 qui lui avaient été versés indûment. La somme de CHF 9'649.60 ayant déjà été compensée avec des paiements complémentaires pour février et mars 2021, le solde encore dû s'élevait à CHF 81'922.70.

C. **a.** Le 30 mai 2022, l'employeuse a formé recours auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice contre la décision sur opposition précitée, faisant valoir que son fils n'avait pas une fonction dirigeante. Après ses beaux-parents, puis feu son époux, elle était actuellement l'unique propriétaire de l'entreprise et encore bien présente dans l'établissement, pour lequel elle prenait toutes les décisions importantes.

Élevé depuis toujours dans le cadre de l'entreprise familiale, son fils l'avait rejointe en 2012, après avoir suivi l'école hôtelière. Il n'était pas question pour lui

de prendre sa place, tant qu'elle ne l'aurait pas décidé. Il n'avait pour l'heure aucun pouvoir décisionnel autonome et se contentait d'exercer ses attributions selon la LRDBHD, soit le fait d'assumer la majorité des tâches administratives liées au personnel et à la bonne marche des affaires. Dans un premier temps, il n'avait disposé que d'une procuration collective à deux, puis pour éviter les lourdeurs qu'imposait la ratification écrite de tout acte, il avait eu la signature individuelle, sans que cela change quoi que ce soit au niveau des rapports internes. La seule exception était les commandes des boissons. Il était autorisé de manière générale à les faire sans en référer à sa mère. Il s'agissait toutefois d'un accord tacite à bien plaire, qui pouvait être retiré à tout moment.

En raison du fait que l'employeuse avait été gravement atteinte par la Covid-19, il avait été nécessaire de la seconder de manière plus soutenue à certaines occasions. Son fils n'avait toutefois pas le droit d'engager le moindre salarié, même un extra, sans son consentement. Sa belle-fille ne pouvait pas davantage être considérée comme ayant une position assimilable à celle d'un employeur.

b. Par réponse du 22 juin 2022, l'intimée a conclu au rejet du recours.

c. Le 20 juillet 2022, la recourante a persisté dans ses conclusions. Le lien de confiance qui existait entre elle et son fils ne suffisait pas à reconnaître à ce dernier une position assimilable à celle d'un employeur. C'était à juste titre que son fils et sa belle-fille avaient bénéficié de l'indemnité en cas de RHT et la décision en restitution devait être annulée. Le montant de CHF 9'649.60 compensé par l'intimée avec sa supposée créance en restitution devait lui être restitué.

d. Lors d'une audience du 12 octobre 2022 devant la chambre de céans :

- La recourante a confirmé en substance que c'était elle seule qui était l'exploitante de l'entreprise et que son fils et son épouse étaient ses employés, auxquels elle donnait des instructions. Son fils était arrivé jeune dans l'entreprise et il avait dû faire sa place. Son activité actuelle était celle de maître d'hôtel responsable. Dès janvier 2023, il reprendrait la direction de l'entreprise et elle cesserait de la diriger. Elle avait associé son fils à la direction de l'entreprise dans le but de le former, afin qu'il puisse reprendre l'entreprise par la suite, mais il n'avait pas encore de pouvoir décisionnel, sauf en ce qui concernait les commandes des boissons. Pendant sa maladie, elle était si faible que son fils avait dû prendre des décisions. Ils parlaient toutefois encore de tout. Sa maladie avait débuté en octobre 2020 et duré jusqu'à mi-avril 2021 dans sa forme la plus grave. Ensuite, elle avait repris les rênes de l'entreprise mais avec moins d'enthousiasme, car elle était fatiguée physiquement et moralement. Sa belle-fille travaillait à mi-temps dans l'administration. C'était son bras droit sur le plan administratif et RH.
- Le fils de la recourante confirmé que c'était sa mère qui dirigeait l'entreprise familiale. En 2012 ou début 2013, il avait commencé à travailler dans l'entreprise familiale. Le 99% de son travail était de servir le client en salle.

Son rôle n'avait pas changé fondamentalement depuis lors. Il ne s'occupait pas de l'administratif. Le rôle de sa mère était de gérer l'entreprise, faire les salaires et prendre les décisions. Elle lui avait montré, plutôt récemment, ce qu'elle faisait dans le cadre de la gestion de l'entreprise pour le former, car il la reprendrait un jour, comme l'avait fait son père et son grand-père. Sa mère avait été malade en 2020, mais elle avait continué à prendre des décisions. Il n'y avait pas tant de décisions à prendre dans l'entreprise, qui fonctionnait depuis longtemps.

Son épouse s'occupait des affaires administratives de l'entreprise. Elle s'en référait à sa mère. À partir du moment où sa cette dernière avait été malade, son épouse avait été plus active sur le dossier des RHT, mais toujours en tant que messagère de sa mère.

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 la forme et le délai prévus par la loi, l'acte de recours est recevable (art. 56 ss LPGA et 62 ss de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA-GE - E 5 10]).

3. Le litige porte sur le droit de l'employeuse à l'indemnité en cas de RHT pour son fils et sa belle-fille pour les mois de décembre 2020 à juin 2021 et au bien-fondé de la demande de restitution des indemnités versées pour eux pendant cette période.

4.

4.1 Aux termes de l'art. 31 al. 3 LACI, n'ont pas droit à l'indemnité en cas de RHT : les travailleurs dont la RHT ne peut être déterminée ou dont l'horaire de travail n'est pas suffisamment contrôlable (let. a) ; le conjoint de l'employeur, occupé dans l'entreprise de celui-ci (let. b) ; 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 (let. c).

Si le droit à l'indemnité en cas de RHT était donné à des personnes qui se trouvent dans une position similaire à celle de l'employeur – lequel n'a pas droit à cette

indemnité pour lui-même –, elles pourraient déterminer l'étendue de l'indemnisation – qui dépend du salaire contractuel et du taux de réduction de l'horaire de travail (art. 34 LACI) – ainsi que le moment de la survenance du risque assuré (ATF 123 V 234 consid. 7a ; Boris RUBIN, op. cit., n. 40 ad art. 31 LACI). Elles seraient également les personnes de référence pour renseigner les organes d'exécution au sujet des conditions d'indemnisation. L'exclusion du droit des personnes concernées vise donc à prévenir les abus et les conflits d'intérêts, ce à quoi s'ajoutent les difficultés d'examen de telles situations (Message du Conseil fédéral concernant une nouvelle loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 2 juillet 1980, FF 1980 III 596 ; Boris RUBIN, op. cit., n. 40 ad art. 31 LACI).

Selon la jurisprudence relative à l'art. 31 al. 3 let. c LACI, 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 registre du commerce (ATF 122 V 270 consid. 3 ; ATF 120 V 521; arrêts du Tribunal fédéral 8C_865/2015 du 6 juillet 2016 consid. 4.2 et 8C_1044/2008 du 13 février 2009 consid. 3.2.1; cf. aussi THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in Soziale Sicherheit, SBVR vol. 14, 3ème éd., 2016, n. 465 p. 2405; Boris RUBIN, op. cit., n. 41 ad art. 31 LACI). On ne saurait se fonder de façon stricte sur la position formelle de l'organe à considérer, mais 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 (arrêt du Tribunal fédéral 8C_865/2015 précité consid. 4.2, 8C_84/2008 du 3 mars 2009 [DTA 2009 p. 177] et 8C_1044/2008 précité consid. 3.2.1).

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 (structure entrepreneuriale interne ; ATF 145 V 200 consid. 4.2 ; ATF 122 V 270 consid. 3 ; Boris RUBIN, op. cit., n. 41 ad art. 31 LACI). On établira l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes (arrêt du Tribunal fédéral 8C_1044/2008 précité consid. 3.2.1 et les arrêts cités).

En d'autres termes, il y a lieu de vérifier, dans chaque cas, sur la base de la structure d'organisation de l'entreprise, de quel pouvoir de décision jouit effectivement la personne concernée. Cette vérification est parfois compliquée car l'appartenance à une instance supérieure de décision de l'entreprise ne peut pas toujours être délimitée de l'appartenance à un niveau inférieur de direction à l'aide de critères formels. On ne pourra déduire d'emblée d'une procuration ou d'autres pouvoirs conférés à une personne que celle-ci occupe une position assimilable à celle d'un employeur dans l'entreprise car ces documents ne règlent que les responsabilités de l'intéressé envers l'extérieur. De telles délégations de pouvoirs

confèrent certes à leur titulaire des compétences semblables sur le plan interne, mais ne permettent pas de conclure que la personne en question exerce une influence considérable sur les décisions de l'employeur, sans se référer au statut ni au contrat de la personne et encore moins aux circonstances inhérentes à l'entreprise (Secrétariat d'État à l'économie [ci-après : SECO], Bulletin LACI RHT, B38).

On ne déduira pas forcément, sans tenir compte des circonstances inhérentes à l'entreprise, qu'un directeur général responsable du domaine administratif et financier, disposant d'un droit de signature individuelle sans toutefois faire partie du conseil d'administration, exerce une influence considérable sur les décisions de l'employeur. Dans une petite entreprise ayant une organisation moins structurée, cette position peut néanmoins, selon les circonstances, signifier une influence considérable sur les décisions de l'employeur, même si la personne en question ne jouit pas officiellement du droit de signature et n'est pas inscrite au registre du commerce. Il faut alors être en mesure de prouver, en l'occurrence, que l'assuré peut effectivement exercer une influence considérable sur les décisions de l'employeur (SECO, Bulletin LACI RHT, B38 ; cf. aussi notamment arrêt du Tribunal fédéral 8C_252/2011 du 14 juin 2011).

4.2 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. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3 ; ATF 126 V 353 consid. 5b ; ATF 125 V 193 consid. 2 et les références). 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 319 consid. 5a).

5.

5.1 En l'espèce, il résulte des pièces du dossier et de l'audition de la recourante et de son fils que ce dernier n'avait pas de position assimilable à celle d'un employeur pendant la période en cause. En effet, quand bien même il était inscrit au registre du commerce avec procuration individuelle, qu'il était appelé à reprendre la direction de l'entreprise familiale dans le futur et qu'il avait remplacé sa mère alors qu'elle était malade, cette dernière était clairement la seule détentrice du pouvoir de décision pour l'entreprise. Si elle a décidé de transmettre la direction de celle-ci à son fils dès 2023, elle n'avait pas l'intention de le faire jusque-là. À l'exception de la commande des boissons, son fils ne pouvait prendre aucune décision sans en référer à elle. Dès le 5 décembre 2019, il disposait d'une procuration individuelle lui permettant de représenter l'employeuse, de sorte que le fait qu'il a signé les demandes d'indemnité en cas de RHT et utilisé pour ce faire un tampon portant son nom n'est pas déterminant. Le fait d'être le seul à

avoir le certificat de capacité de cafetier ne lui conférait pas d'emblée une position assimilable à celle d'un employeur, pas plus le fait qu'il a dû suppléer sa mère pendant la maladie celle-ci.

5.2 L'épouse du fils de la recourante n'avait pas non plus une position assimilable à celle d'un employeur, quand bien même elle a été active pendant la période en cause pour représenter l'employeuse dans ses rapports avec l'OCE et l'intimée, puisqu'il ressort de la procédure que la direction de l'établissement a toujours été exercée par sa belle-mère, à laquelle elle se référait.

6. En conclusion, le recours sera admis et la décision sur opposition annulée. Il sera dit que la recourante avait droit à l'indemnité en cas de RHT pour son fils et sa belle-fille de décembre 2020 à juin 2021, que l'intimée ne pouvait en conséquence demander la restitution des indemnités déjà versées à ce titre à hauteur de CHF 91'572.30 et qu'elle doit rembourser à la recourante le montant de CHF 9'649.60 déjà compensé par elle avec des paiements complémentaires pour les mois de février et mars 2021.

La recourante obtenant gain de cause et étant assistée d'un conseil, 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. fbis a contrario LPGA).

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Annule la décision sur opposition du 5 mai 2022.
4. Dit que la recourante avait droit à l'indemnité en cas de RHT pour son fils et sa belle-fille de décembre 2020 à juin 2021 et que l'intimée ne pouvait en conséquence demander la restitution des indemnités déjà versées à ce titre à hauteur de CHF 91'572.30.
5. Dit que l'intimée doit rembourser à la recourante le montant de CHF 9'649.60 qu'elle a déjà compensé avec des paiements complémentaires de la recourante pour les mois de février et mars 2021.
6. Alloue à la recourante, à la charge de l'intimée, une indemnité de CHF 2'000.- pour ses dépens.
7. Dit que la procédure est gratuite.
8. 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
Isabelle CASTILLO	Catherine TAPPONNIER

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'au Secrétariat d'État à l'économie par le greffe le