RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4468/2019 **ATAS/435/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 7 mai

3ème Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié c/o M. B_____, _____, à GENÈVE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Daniela LINHARES — recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHÔMAGE, sise rue de Montbrillant 40, GENÈVE — intimée

Siégeant : Karine STECK, Présidente ; Claudiane CORTHAY et Christine WEBER-FUX , Juges assesseurs

EN FAIT

1. Monsieur A_____(ci-après : l'assuré), né en 1988, a travaillé en qualité de serveur à plein temps auprès de l'établissement « C_____» à compter du 1er février 2016.

2. L'établissement est propriété de la société en nom collectif « D_____» (ci-après : la société), inscrite au Registre du commerce (RC) et ayant pour but l'exploitation d'un café, d'un bar à vin et d'une épicerie.

3. Le 7 novembre 2018, l'assuré a épousé Madame E_____, l'une des associées avec signature individuelle de la société. Le couple a eu un enfant en décembre 2018.

4. Par courrier du 29 mars 2019, la société a licencié l'assuré avec effet au 30 avril 2019, en invoquant des raisons économiques.

5. Par contrat du 29 avril 2019, la gérance de l'établissement été confiée à Madame F_____(ci-après : la responsable).

   Le contrat conclu entre la société et la responsable, intitulé « contrat employée responsable avec option d'achat » prévoyait que la société confiait l'établissement à cette dernière, qui s'engageait à exercer rigoureusement la même activité qu'auparavant et à conserver l'enseigne « C_____». Le contrat, conclu pour une durée de onze mois, prévoyait le versement d'une redevance mensuelle de dix fois CHF 6'000.- d'ici au 29 février 2020 et d'une redevance unique de CHF 25'000.- au 31 mars 2020.

   Il incombait à la responsable de payer tous les mois les factures relatives à l'établissement (loyer, charges et autres frais) et de l'exploiter sous sa seule et entière responsabilité. S'agissant des employés, la responsable s'engageait à consulter la société pour l'engagement de tout employé et à fournir toutes les pièces utiles (contrat de travail, passeport, permis de séjour, et casier judiciaire) ; la responsable ne pouvait engager un employé sans l'accord de la société.

   En cas d'inexécution ou d'exécution incomplète du contrat, ou en cas de faute ou de négligence grave, et après avoir imparti un délai de quinze jours à la responsable pour payer les arriérés dus, la société pouvait résilier le contrat de façon anticipée. Dans ce cas de figure, la responsable devrait s'acquitter d'une pénalité de CHF 20'000.-, étant précisé que les redevances déjà versées resteraient acquises à la société.

   La responsable s'engageait à tenir une caisse journalière et mensuelle et à faire appel à une société fiduciaire pour tenir les comptes. La société avait accès tous les comptes, ainsi qu'aux relevés de caisse journaliers et mensuels.

   L'option de transfert prévoyait que la société s'engageait quant à elle à effectuer les démarches nécessaires afin de transférer le contrat de bail à la responsable, à

condition que toutes les redevances aient été intégralement payées. La responsable devait d'ici au 31 mars 2020 présenter un dossier de candidature solvable avec une autre personne, l'une d'elles devant être titulaire de la patente d'exploitation de commerces.

6. Le 1er mai 2019, l'assuré a sollicité le versement d'indemnités de chômage auprès de la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la CCGC).

7. Par décision du 31 juillet 2019, celle-ci a rejeté sa demande.

   En effet, la CCGC avait constaté que l'une des associées de la société - titulaire de la signature individuelle - était l'épouse de l'assuré. Dès lors, il existait un risque que l'assuré consacrât une partie de son temps à l'entreprise familiale afin de la sauvegarder. Son temps de présence sur les lieux et, par voie de conséquence, la perte de travail étant incontrôlables, il convenait de lui nier le droit à l'indemnité en tant que conjoint de son employeur. Seule une cessation définitive des activités de l'entreprise, une rupture totale des liens de l'assuré avec elle, ou l'accomplissement de six mois minimum d'une activité salariée dans une entreprise tierce pourraient amener la caisse à lui reconnaître le droit à l'indemnité de chômage.

8. Par courrier du 26 août 2019, l'assuré s'est opposé à cette décision en réclamant l'octroi de l'indemnité de chômage depuis le 1er mai 2019.

   Il alléguait que son épouse avait remis la gérance de l'établissement avec une option d'achat, qu'elle ne dirigeait plus l'établissement bien qu'étant encore titulaire du bail avec son associé et qu'elle ne pouvait dès lors plus le réengager. Son horaire de travail n'avait pas été réduit ; il avait été purement et simplement licencié parce l'établissement avait été repris suite à des problèmes économiques. L'assuré faisait remarquer qu'il n'avait aucun intérêt à consacrer du temps à sauver une entreprise qui n'était plus gérée par son épouse.

9. Par décision du 1er novembre 2019, la CCGC a rejeté l'opposition.

   À teneur de la jurisprudence, en sa qualité d'associée-gérante, l'épouse de l'assuré disposait ex lege d'un pouvoir déterminant. Même si la gérance de l'établissement avait été remise à une tierce personne, la société était encore en ses mains et le resterait tant que le transfert des parts financières n'aurait pas été effectué et qu'elle n'aurait pas été radiée du RC.

10. Par acte du 4 décembre 2019, l'assuré a interjeté recours auprès de la Cour de céans en concluant préalablement à l'ouverture d'enquêtes et, principalement, à l'annulation de la décision entreprise et à l'octroi d'indemnités de chômage depuis le 1er mai 2019.

    Le recourant fait remarquer qu'il a été engagé par la société bien avant son mariage.

    Actuellement, ni lui, ni son épouse ne travaillent plus au sein de l'établissement et ils n'ont plus aucun pouvoir de décision.

Son épouse ne peut faire radier sa société du RC tant que l'établissement n'aura pas été complètement racheté par la responsable.

Par ailleurs, depuis le dépôt de sa demande d'indemnités de chômage, le recourant a signé un contrat-cadre de travail temporaire avec une entreprise de placement intérimaire ; il réalise un gain intermédiaire depuis août 2019.

À l'appui de ses dires, le recourant a produit ses fiches de salaire d'août à octobre 2019, s'élevant à respectivement CHF 59.60 (août), CHF 2'367.30 (septembre) et CHF 3'132.55 (octobre).

11. Invitée à se déterminer, l'intimée, dans sa réponse du 13 janvier 2020, a conclu au rejet du recours.

Même si la gérance de l'établissement a été remise à une tierce personne, il ressort du contrat conclu avec la responsable que l'influence de la conjointe du recourant est déterminante dans l'exécution de celui-ci, de sorte que le risque d'abus persiste. La responsable n'est en effet pas autorisée à modifier l'enseigne sans l'accord exprès de la société et elle doit consulter la société avant l'engagement du moindre employé. La société est pour sa part toujours titulaire du bail des locaux de l'établissement et a la possibilité de résilier immédiatement le contrat conclu avec la responsable en cas d'inexécution, d'exécution incomplète, de faute ou de négligence grave de la responsable.

Par ailleurs, qu'une vente de l'établissement ait été convenue ou non, le risque d'abus reste présent tant que la conjointe du recourant est associée avec signature individuelle de la société, le but de celle-ci ne se limitant pas à l'exploitation de « C_____», puisqu'il mentionne « l'exploitation d'un café, bar à vin et épicerie ». La conjointe du recourant est dès lors libre d'ouvrir un autre établissement et la possibilité de réengager le recourant existe.

Partant, seul le transfert des parts financières de la société, et donc la radiation de la conjointe du recourant du RC, voire la radiation de la société elle-même, permettrait d'examiner à nouveau les conditions du droit aux indemnités de chômage.

Il ne reste au recourant qu'une possibilité pour démontrer son retrait définitif de l'entreprise, celle d'exercer une activité soumise à cotisation pendant six mois au moins après son départ ou d'acquérir une période minimale de cotisation de douze mois hors de celle-ci.

Enfin, la condition de la preuve du paiement du salaire reste ouverte : les salaires 2017 auraient dû s'élever à CHF 41'400.-, alors que seuls CHF 24'916.-, respectivement CHF 22'433.- ont été déclarés à la caisse. De plus, une société de révision a déclaré à la CCGC un montant de CHF 15'716.- pour cette même année. Quant aux montant déclarés en 2018, ils auraient dû s'élever à CHF 41'400.- selon le contrat de travail et non à CHF 42'000.- comme indiqué dans divers documents transmis à la caisse. Dès lors, il conviendrait que le recourant produise une pièce

démontrant la sortie des fonds de la caisse de la société, ainsi qu'une attestation de taxation définitive de l'année 2018. Enfin, pour l'année 2019, la caisse émet également des doutes quant à la réalité du salaire versé, le revenu mensuel du recourant ayant augmenté de CHF 3'450.- à CHF 4'500.- à compter du 1er janvier 2019 pour un poste de serveur et gestionnaire de l'établissement « au besoin » et ce alors que, lors de son inscription au chômage, le recourant a indiqué être « employé de service sans apprentissage » et que l'attestation de l'employeur indique qu'il a exercé une activité de serveur. Une telle augmentation paraît étrange en janvier 2019 alors que le contrat a été résilié trois mois plus tard pour raisons économiques.

12. Le recourant a répliqué le 5 février 2020, en persistant dans ses conclusions.

    Il rappelle avoir été licencié pour raisons économiques et produit les comptes de pertes et profits 2017 et 2018, dont il ressort que la société a accusé une perte de CHF 6'503.22 en 2017 et de CHF 29'527.23 en 2018.

    Il explique que si sa femme a souhaité remettre l'établissement, c'est aussi parce qu'elle souhaitait se consacrer à l'éducation de leur fils, né en décembre 2018.

    Il reconnaît que son épouse est toujours inscrite au RC, mais argue qu'une fois que la responsable aura totalement payé la somme due, son épouse pourra faire radier son nom. Son inscription au RC a pour but de sauvegarder ses intérêts : en cas de non-paiement, elle pourra retrouver un repreneur, ce qui serait plus compliqué si son nom était radié du RC.

    Les arguments de l'intimé quant au fait que son épouse continuerait à gérer l'établissement ne résistent pas à l'examen selon lui : si la responsable ne peut engager d'employé sans en avertir la société, c'est parce que son épouse est titulaire des autorisations nécessaires pour exploiter l'établissement.

    Le recourant allègue qu'il travaillait aux Hôpitaux universitaires du canton de Genève (ci-après : les HUG) depuis août 2019. Selon les bulletins de salaire produits, son salaire net s'est élevé à CHF 3'009.35 et CHF 3'963.45 en novembre et décembre 2019.

    Quant à la preuve de paiement du salaire par la société, elle figure dans les comptabilités de 2017 et 2018.

    Le salaire 2017 est parfaitement correct : le recourant explique avoir dû s'absenter plusieurs mois car sa mère était gravement malade au Portugal. Il produit à l'appui de ses déclarations deux confirmations de vols pour des séjours au Portugal du 21 au 23 mars 2017, puis du 22 au 24 avril 2017.

    Son salaire de 2019 correspondait aux nouvelles tâches qu'il a dû assumer, sa femme étant alors en congé maternité ; il s'agissait là d'une augmentation temporaire.

13. L'intimée a dupliqué le 2 mars 2020, en persistant dans ses conclusions.

S’agissant de la preuve du paiement du salaire, l’intimée se dit peu convaincue par les explications fournies : les pièces produites ne démontrent pas les sorties de salaire 2017 et 2018, mais leur simple comptabilisation. L’attestation de taxation définitive pour 2018 n’a pas non plus été produite ; les attestations-quittances 2017 et 2018 n’ont pas été tamponnées par l’administration fiscale.

Durant l’année 2017, quand bien même le recourant se serait absenté plus souvent au Portugal que les deux courts séjours avancés, cela n’explique pas pourquoi il aurait perçu un salaire de CHF 2'300.- en lieu et place des CHF 3’450.- prévus par le contrat ; le montant de CHF 2'300.- ne correspond par ailleurs pas à un taux d’activité de 60% (salaire de CHF 2'070.-). L’intimée rappelle que, selon les directives du Secrétariat d’Etat à l’économie (SECO), lorsque les montants figurant dans les documents divergent, le plus petit est déterminant pour le gain assuré.

14. Une audience d’enquêtes et de comparution personnelle des parties a été convoquée le 27 août 2020.

15. Par courrier du 26 juin 2020, le recourant a indiqué renoncer à l’audition de la responsable.

16. a. Lors de l’audience du 27 août 2020, l’épouse du recourant a été entendue à titre de renseignements.

Selon ses déclarations, le recourant a commencé à travailler dans son établissement en février 2016. Ils se sont mariés en novembre 2018.

C’est elle et son oncle qui dirigeaient l'établissement. Au printemps 2019, Mme F_____ a émis le souhait de le reprendre et un contrat de gérance-vente a été conclu aux termes duquel il était convenu qu'elle reprenne l'établissement en mars 2020, date à laquelle tous les paiements devaient avoir été effectués. Cependant, la responsable a cessé de payer en décembre 2019 et le contrat a finalement été résilié.

Un autre repreneur s’est présenté et le transfert de bail a été effectué le 1er août 2020. Le nécessaire est en train d'être fait auprès du RC, puis la société sera dissoute.

Le 16 mars 2020, la responsable a fermé l'établissement et il n'a plus été rouvert depuis lors. La responsable avait sa propre comptabilité et décidait seule du personnel à engager. S'il a été précisé qu'elle devait la consulter, c’est uniquement parce que l’épouse de l’assuré était seule titulaire de la patente. Le compagnon de la responsable devait reprendre la patente, mais cela ne s’est finalement pas fait.

Son dernier jour de travail à C_____a été la veille de son accouchement, soit le 18 décembre 2018. À partir du 1er mai 2019, Mme F_____ a tout géré et établi sa propre comptabilité.

Entre janvier et avril 2019, ils étaient sur place, par l'entremise de son époux.

En ce qui la concerne, elle dit avoir tourné la page dès la signature du contrat avec Mme F_____. Elle souhaitait en effet consacrer du temps à sa vie de famille. Le bilan était alors légèrement déficitaire.

Si le recourant a été augmenté début 2019 d'environ CHF 1'000.-, c'est parce qu'il a effectué plus d'heures et pris plus de responsabilités en son absence (commandes, ouverture, fermeture). Elle a pour sa part touché l'allocation maternité, de sorte que son oncle et elle-même ont souhaité augmenter le recourant en proportion de son augmentation de travail. Cela ne devait être que temporaire, le temps de son absence, raison pour laquelle cela a fait l'objet d'un avenant au contrat de travail.

À l'ouverture de l'établissement, c'était son oncle qui disposait de la patente. Elle a ensuite passé les examens et le transfert de l'autorisation d'exploiter s'est fait en 2018.

b. L'intimée a constaté qu'au RC, aucun changement n'avait encore été enregistré.

c. Le recourant a indiqué avoir signé en juillet 2019 un contrat temporaire avec les HUG par le biais d'une entreprise de placement intérimaire. Il a été engagé de façon indéterminée en tant qu'employé de restauration à temps plein depuis le 1er juillet 2020, conformément à un courrier du 8 juin 2020 produit lors de l'audience.

17. Par pli du 27 août 2020, le recourant a produit le contrat de transfert de bail à loyer conclu entre la société, le repreneur et le bailleur. La société s'y engageait à libérer les locaux pour le 31 juillet 2020, le contrat de bail et ses avenants étant transférés au repreneur à compter du 1er août 2020.

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 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.

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

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).

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).

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

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

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 assurance 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

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).

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).

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

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).

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).

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.

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).

10. Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté.

Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. 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
Marie-Catherine SÉCHAUD	Karine STECK

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