

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1165/2013

ATAS/1145/2013

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre des assurances sociales**

**Arrêt du 21 novembre 2013**

**3ème Chambre**

En la cause

Madame O \_\_\_\_\_, domiciliée à CAROUGE

recourante

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, sise rue  
de Montbrillant 40, GENEVE

intimée

**Siégeant : Karine STECK, Présidente; Michael BIOT et Claudiane CORTHAY , Juges  
assesseurs**

---

### EN FAIT

1. Le 7 août 2012, Madame O\_\_\_\_\_ (ci-après : l'assurée) s'est annoncée à l'OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI (ci-après : OCE) et a sollicité le versement de l'indemnité de chômage par la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE (ci-après : la caisse) à compter de cette même date.
2. Dans sa demande d'indemnité, signée le 6 août 2012, l'assurée a déclaré avoir travaillé pour le compte de la société X\_\_\_\_\_ Sàrl du 1<sup>er</sup> janvier 2011 au 31 janvier 2011. Elle a répondu par l'affirmative à la question de savoir si elle-même ou son conjoint y exerçait une position dirigeante.
3. L'attestation d'employeur versée au dossier a confirmé la durée du rapport de travail et le fait que l'assurée avait œuvré en qualité de directrice commerciale et cofondatrice avant de céder ses parts.
4. L'extrait du Registre du Commerce (RC) a confirmé que l'assurée avait mis fin à sa fonction d'associée gérante présidente le 22 décembre 2011, date à laquelle elle avait cédé sa participation financière - de 10'000 fr. - à son conjoint, Monsieur O\_\_\_\_\_. Son associée pour moitié, Madame P\_\_\_\_\_, avait fait de même.
5. Par décision du 27 août 2012, la caisse a informé l'assurée qu'aucune suite ne pouvait être donnée à sa demande au vu du statut de son mari dans la société, statut qui rendait sa perte de travail incontrôlable puisqu'en raison des liens maritaux les liant, elle conservait, de fait, la possibilité d'influencer les décisions de l'employeur.
6. Le 5 septembre 2012, l'assurée s'est opposée à cette décision. Elle a expliqué avoir fondé la société avec une associée le 24 avril 2009, en avoir été salariée jusqu'en 2011, date à laquelle elle avait, pour des raisons économiques, cessé son activité et cédé toutes ses parts sociales à son époux. Elle soulignait n'avoir ainsi jamais été l'employée de ce dernier.
7. A réception de cette opposition, la caisse, constatant que les justificatifs des versements de salaires à l'assurée ne figuraient pas au dossier, en a requis la production par courriers des 13 septembre, 7 décembre 2012 et 23 janvier 2013.
8. Le 20 janvier 2013, l'assurée a réitéré les arguments développés dans son opposition. Elle a produit son avis de taxation 2011 et une facture de cotisations sociales adressée à la société. Par ailleurs, elle a contesté à la caisse le droit de lui réclamer les justificatifs du versement de ses salaires.
9. Par décision sur opposition du 13 mars 2013, la caisse a rejeté l'opposition et confirmé sa décision du 27 août 2012.

Elle a constaté, d'une part, que l'entreprise qui avait employé l'assurée avait été reprise par le conjoint de celle-ci et que ce dernier était seul associé-gérant avec

signature individuelle, d'autre part, que l'assurée n'avait pas été en mesure de produire les justificatifs du versement de ses salaires.

La caisse en a tiré la conclusion que le droit à l'indemnité n'était pas ouvert puisque, d'une part, les liens de l'assurée avec sa société perduraient par le biais de son époux et que, d'autre part, l'assurée ne pouvait prouver avoir exercé un emploi en qualité de salariée soumise à cotisations par la production de pièces pertinentes.

10. Le 9 janvier 2013, l'assurée a interjeté recours auprès de la Cour de céans, en concluant à ce que l'indemnité de chômage lui soit accordée dès le 6 août 2012.

La recourante affirme n'avoir plus déployé la moindre activité au sein de la société, ni en qualité de dirigeante, ni en qualité d'employée. Elle en veut pour preuve que les clients et fournisseurs de la société n'ont plus eu affaire à elle depuis le 31 décembre 2011, ce dont ils pourraient témoigner.

Elle ajoute que lorsque son mari est devenu associé de la société, cela faisait plusieurs jours qu'elle n'était plus active au sein de celle-ci.

11. Invitée à se déterminer, l'intimée, dans sa réponse du 22 avril 2013, a conclu au rejet du recours.

L'intimée constate que le conjoint de la recourante est toujours l'unique associé-gérant de la société et que son épouse se trouve donc, par son intermédiaire, en position d'influencer de manière déterminante les décisions de son dernier employeur.

L'intimée rappelle à cet égard que ce n'est pas l'abus avéré comme tel que la loi et la jurisprudence ont pour but de sanctionner, mais le simple risque d'abus que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur.

Enfin, s'agissant de la justification du versement des salaires durant le délai cadre de cotisations - soit du 7 août 2010 au 6 août 2012 -, l'intimée reconnaît que l'on peut considérer qu'elle a reçu les pièces utiles s'agissant de l'administration fiscale et de la caisse de compensation mais relève tout de même que les fiches de salaires et l'extrait des comptes de la société ne sont ni signés ni attestés par une fiduciaire.

12. Par écriture du 6 mai 2013, la recourante a persisté dans ses conclusions. Elle estime que l'intimée applique la loi de manière trop rigide, sans prendre suffisamment en compte son cas particulier. Elle réaffirme avoir définitivement rompu tout lien avec la société depuis le 31 décembre 2011.

13. Une audience de comparution personnelle s'est tenue en date du 13 juin 2013.

L'intimée a rappelé que deux problèmes se posent : le premier tient au fait que l'époux de la recourante occupe une position dirigeante dans la société depuis la fin de l'année 2011 ; le second réside dans le manque d'éléments formels démontrant qu'un salaire a effectivement été prélevé du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre 2011 - ce qui correspond aux 12 mois de cotisation requis. En effet, l'intimée ne dispose que

---

de la taxation fiscale, elle-même est basée sur les déclarations de la recourante. Il n'y a ni écritures bancaires ni écritures de caisse.

La recourante a admis n'avoir pas conservé de preuves écrites de ces prélèvements de salaire, si ce n'est dans le bilan et la déclaration d'impôts.

Par ailleurs, elle a expliqué avoir cessé son activité en raison de problèmes de santé. Traversant une période difficile suite à la perte d'un enfant, elle ne souhaitait pas continuer à travailler.

Désormais, tout va bien mais elle ne souhaite pas travailler pour l'instant.

### **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; RS E 2 05) en vigueur depuis le 1er janvier 2011, 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).

La compétence de la Cour de céans pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 à 60 LPGA).
3. Le litige porte sur le droit de la recourante à l'indemnité de chômage à compter du 7 août 2012.
4. a) En vertu de l'art. 8 al. 1er 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).

b) L'art. 31 al. 3 let. c LACI exclut du 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 d'un détenteur d'une participation financière à l'entreprise, de même que les conjoints de ces personnes qui sont occupées dans l'entreprise (ATF non publié C 163/04 du 29 août 2005).

Il est vrai que cette disposition concerne l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail. Cependant, dans un arrêt M. du 4 septembre 1997, publié aux ATF 123 V 234, le Tribunal fédéral a explicité les motifs fondant l'application analogique de cette règle à l'octroi de l'indemnité de chômage. Selon la

---

jurisprudence, 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, soit en particulier l'art. 31 al. 3 let. c LACI. L'analogie avec la réduction de l'horaire de travail réside dans le fait qu'une personne licenciée qui occupe une position décisionnelle peut, à tout moment, contribuer à décider de son propre réengagement, si bien que sa perte de travail ressemble potentiellement à une réduction de l'horaire de travail avec cessation momentanée d'activité (voir arrêt du TF C 152/06 du 25 janvier 2007 consid. 2).

Ainsi, tant qu'une personne occupe une position comparable à celle d'un employeur dans l'entreprise, elle n'a pas droit à l'indemnité de chômage car elle continue à influencer de manière déterminante les décisions de l'employeur ou est à même de réactiver à tout moment l'entreprise momentanément en veilleuse. Qu'elle ait le statut de salarié selon la législation sur l'AVS et puisse justifier d'une période de cotisations suffisante n'y change rien. Elle ne peut être considérée comme étant au chômage ni apte au placement. Toute autre interprétation reviendrait à éluder une disposition conçue pour prévenir les abus en matière d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (ATF 123 V 238 consid. 7; 120 V 525 consid. 3).

En effet, le but de l'art. 31 al. 3 LACI est de prévenir les abus tels qu'auto-délivrance des attestations nécessaires à l'indemnisation de la réduction de l'horaire de travail, certificats de complaisance, caractère incontrôlable de la perte de travail réelle, notamment codécision ou coresponsabilité dans la marche des affaires en particulier chez les travailleurs ayant une participation dans la société ou toute autre participation financière dans une fonction dirigeante (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb, ATF 120 V 521; bulletin MT/AC 2003/4 fiche 4/1).

c) Si des indices permettent à la caisse de supposer que l'assuré occupe une position comparable à celle d'un employeur, elle doit notamment exiger un extrait du registre du commerce et examinera dans quelle mesure l'assuré est habilité à prendre des décisions de même que sa participation financière à l'entreprise. Les membres du conseil d'administration d'une société anonyme de même que les associés gérants ou les tiers gérants d'une société à responsabilité limitée ont, de par leur fonction, une position comparable à celle d'un employeur. Tant qu'ils la conservent, ils sont exclus d'emblée du cercle des ayants droit à l'indemnité (voir par exemple DTA 2004 no 24 p. 259, 2000 no 15 p. 72).

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 non publié du 14 avril 2003, C 92/02, consid. 4).

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 l'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 (ATF 123 V 239 consid. 7b/bb; DTA 2003 n° 22 p. 242 consid. 4).

La situation est en revanche différente quand le salarié, se trouvant dans une position assimilable à celle d'un 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 quand 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 238 consid. 7b/bb; SVR 2001 ALV n° 14 pp. 41-42 consid. 2a; DTA 2003 n° 22 p. 241 consid. 2).

d) Le Tribunal fédéral a par ailleurs jugé à maintes reprises que l'exclusion du conjoint du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail s'étend au droit à l'indemnité de chômage (cf. ATF du 17 novembre 2006 non publié au Recueil officiel, C 192/05, consid. 2 et les références, soit notamment l'ATFA du 26 juillet 1999 en la cause C 123/99). En effet, les conjoints peuvent exercer une influence sur la perte de travail qu'ils subissent, ce qui rend leur chômage difficilement contrôlable. En outre, aussi longtemps que cette influence subsiste, il existe une possibilité de réengagement. Dans ce cas également, il s'agit de ne pas détourner la réglementation en matière d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, par le biais d'une disposition sur l'indemnité de chômage (ATF du 7 décembre 2006, C 156/06, consid. 2).

Ainsi, la personne assurée qui a quitté l'entreprise dans laquelle son conjoint 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 après son départ de l'entreprise de son conjoint, ou acquis une période de cotisation de douze mois hors de l'entreprise conjugale (Circulaire du Secrétariat d'État à l'économie [SECO] relative à l'indemnité de chômage, 2007, chiffre B 31; ATF du 20 février 2007, C 151/06, consid. 3 ; ATF du 31 mars 2004, C 171/03).

Dans cette hypothèse également, l'administration n'est pas tenue de prouver qu'il y a abus de droit ou que l'assuré a sciemment cherché à contourner les dispositions relatives à la réduction de l'horaire de travail. L'exclusion s'impose dès qu'il y a risque ou possibilité d'abus ou de contournement de la loi. (ATFA du 14 avril 2003, C 92/02, publié in DTA 2003 n. 22 p. 240).

5. a) En l'espèce, il est établi que la recourante a été radiée du RC en décembre 2011.

Il est également établi et non contesté que, depuis lors, c'est son mari qui est le seul détenteur de la société et qu'il occupe donc une position assimilable à celle d'un employeur dans l'entreprise.

6. En l'espèce, il n'est pas contesté que la recourante a travaillé en qualité d'employée au service de son époux du 1<sup>er</sup> octobre 2005 au 31 décembre 2008. Il a en outre été établi qu'à la date de la décision querellée, elle n'avait pas accompli une période minimale de cotisation de six mois après son départ de l'entreprise de son conjoint ni cotisé durant douze mois hors de l'entreprise conjugale.

En conséquence, force est de constater, au vu de la jurisprudence rappelée supra, que la recourante, par le biais de son époux, est restée - au-delà du 31 décembre 2011 - susceptible d'influencer la perte de travail qu'elle a subie, ce qui rendait son chômage difficilement contrôlable. Un risque d'abus existait donc, d'autant que la recourante n'a pas démontré, par exemple en accomplissant une période minimale de cotisation de six mois après son départ de l'entreprise ou acquis une période de cotisation de douze mois hors de l'entreprise, qu'elle a, effectivement, définitivement rompu tout lien avec la société. Ce risque suffit, au sens de la jurisprudence, pour exclure le droit à l'indemnité.

En conséquence, le recours doit être rejeté.

**PAR CES MOTIFS,  
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

**Statuant**

**A 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 SECHAUD

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