

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1366/2011

ATAS/819/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 31 août 2011

5^{ème} Chambre

En la cause

Madame C _____, domiciliée c/o M. D _____, au
Lignon

recourante

contre

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

intimée

**Siégeant : Maya CRAMER, Présidente; Monique STOLLER FÜLLEMANN et
Christine BULLIARD MANGILI, Judges assesseurs**

EN FAIT

1. Madame C _____ (ci-après : l'assurée ou la recourante) a été engagée par l'entreprise X _____ Sàrl (ci- après : l'employeur) en qualité de stagiaire à plein temps du 1^{er} août 2008 au 30 août 2009, puis en tant qu'employée de bureau à plein temps jusqu'au 8 février 2010.
2. Le 22 février 2010, d'un commun accord avec l'assurée, l'employeur a résilié les rapports de travail avec effet au 8 février 2010 pour raisons économiques, notamment parce qu'il n'y avait plus d'activité à effectuer au sein de l'entreprise.
3. Le 25 mars 2010, l'assurée a présenté une demande d'indemnité de chômage à la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après: la CCGC ou l'intimée) et a fini par y renoncer le 30 mars 2010.
4. Le 11 février 2011, l'assurée s'est réinscrite au chômage portant le délai-cadre de cotisation du 11 février 2009 au 10 février 2011.
5. Par demande d'indemnités du 14 février 2010, l'assurée a précisé avoir été engagée par Monsieur D _____ pour la société X _____ Sàrl du 1^{er} août 2008 au 8 février 2010, le contrat ayant pris fin d'un commun accord le 22 février 2010 pour le 8 février 2010 pour raisons économiques. Elle avait travaillé dans l'entreprise en qualité d'employée de bureau à plein temps et indiquait avoir effectué son dernier jour de travail le 8 décembre 2009. À la question de savoir si elle ou son conjoint possédait une participation ou était membre d'un organe supérieur de décision dans l'entreprise du dernier employeur, l'assurée a répondu par la négative.
6. Il ressort des registres de l'Office cantonal de la population de Genève que Monsieur D _____ est l'époux de l'assurée depuis le 13 novembre 2009.
7. Par attestation du 14 février 2011, l'employeur a confirmé que l'assurée avait effectué son dernier jour de travail le 8 décembre 2009, cette date coïncidant avec celle du versement du dernier salaire. Le contrat de travail avait pris fin d'un commun accord le 22 février 2010 pour le 8 février 2010 en raison d'un manque d'activité. À la question de savoir si l'assurée ou son conjoint possédait une participation ou était membre d'un organe supérieur de décision dans l'entreprise du dernier employeur, l'employeur a répondu par la négative.
8. Par décision du 1er mars 2011, la CCGC a nié le droit de l'assurée à l'indemnité de chômage. D'une part elle ne totalisait pas une période de cotisation de douze mois dans le délai-cadre de cotisation de deux ans avant inscription et ne pouvait invoquer de motif de libération. D'autre part son dernier employeur n'était autre que son mari, "propriétaire" de la société X _____. Le licenciement était intervenu pour des raisons économiques et il était peu vraisemblable que l'assurée ne consacre

pas une partie de son temps à l'entreprise familiale afin de la sauvegarder. Dans ces conditions, son temps de présence sur son lieu de travail et consécutivement sa perte de travail étaient incontrôlables et indéterminables. La CCGC estimait par ailleurs que "le licenciement de l'assurée avait pour but de lui permettre de percevoir des indemnités de chômage tout en évitant le refus d'octroi de la réduction de son horaire de travail". Seule une cessation définitive des activités de l'entreprise, voire une rupture des liens avec celle-ci ou l'accomplissement de six mois au minimum auprès d'une tierce entreprise en qualité de simple employée pouvaient lui faire bénéficier d'une indemnité de chômage.

9. Le 30 mars 2011, l'assurée a formé opposition à cette décision soutenant notamment qu'elle travaillait pour l'entreprise X_____ depuis le mois d'août 2008 et qu'elle avait été licenciée pour le 8 février 2010, sans pour autant que le délai légal de résiliation de deux mois ait été respecté. La fin des rapports contractuels devait donc être reportée au 30 avril 2010. De ce fait, la période de cotisation de douze mois était remplie. Par ailleurs, le fait que son dernier employeur soit devenu son mari était sans pertinence pour son droit au chômage.
10. Par décision du 8 avril 2011, la CCGC a rejeté l'opposition au motif que l'assurée, ayant travaillé pendant une période de moins de douze mois au cours de la période légale de cotisation, ne satisfaisait pas à l'exigence légale du délai de cotisation. La fin des rapports de travail devait être arrêtée au 8 février 2010 conformément à l'accord pris entre les parties et l'assurée ne pouvait se prévaloir de l'éventuel non-respect du délai légal de résiliation. Elle ne pouvait pas plus se prévaloir d'une éventuelle période de cotisation antérieure, dès lors que son enfant - âgé de moins de dix ans - n'habitait pas avec elle. Le motif de libération selon lequel une période éducative aurait pu être prise en considération pour le calcul du délai-cadre de cotisation n'entraîne pas en ligne de compte. Enfin, quand bien même l'assurée aurait bénéficié d'une période de cotisation suffisante, elle n'aurait pu prétendre au versement d'indemnités de chômage, dès lors qu'elle n'avait pas rompu tout lien avec l'entreprise familiale par l'exercice d'une autre activité pendant six mois.
11. Le 10 mai 2011, l'assurée a interjeté recours contre cette décision devant la Chambre des assurances sociales de la Cour de Justice (ci-après : la Cour de céans). Elle a soutenu que son dernier employeur l'avait licenciée abruptement, sans respecter le délai légal ordinaire de congé de deux mois, de sorte que la fin des rapports de travail devait être reportée au 30 avril 2010. Le 13 avril 2011, elle avait déposé une demande auprès Tribunal des Prud'hommes tendant à ce que son salaire lui soit versé jusqu'au 30 avril 2010. Pour ce motif, l'assurée requérait de la Cour de céans qu'elle suspende l'instruction de la cause jusqu'à droit jugé sur le plan civil.
12. Dans sa réponse du 6 juin 2011, l'intimée a conclu au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée, au motif que la recourante ne justifiait pas d'une période de cotisation minimum de douze mois. Même si tel avait été le cas,

elle n'aurait pas pu s'en prévaloir du fait que son dernier employeur n'était autre que son conjoint. La thèse d'un licenciement abrupt soutenue par la recourante devant le Tribunal des Prud'hommes apparaissait comme singulière car elle intervenait plus d'une année après les faits et postérieurement à la décision sur opposition de la caisse. Il ressortait par ailleurs tant de la demande d'indemnités de chômage que de l'attestation de l'employeur que la fin des rapports de travail était intervenue par accord le 22 février 2010 pour le 8 février 2010 ce qui était en contradiction avec un licenciement abrupt. Partant, la CCGC estimait inopportun de suspendre la procédure administrative jusqu'à droit connu sur le plan civil.

13. En date du 17 juin 2011, la recourante a produit le procès-verbal de l'audience de comparution personnelle des parties qui s'est tenue le jeudi 9 juin 2011 devant le Tribunal des Prud'hommes. Il ressort de ce procès-verbal que l'assurée et son conjoint sont parvenus à une transaction, ce dernier lui ayant offert la somme brute de 15'000 fr. avec intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 31 mars 2011, ce qu'elle a accepté pour solde de tout compte.
14. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

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 dès 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 (LACI; RS 837.0).

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. Interjeté dans les forme et délai légaux contre la décision sur opposition du 8 avril 2011, le recours, daté du 10 mai 2011, est recevable (art. 56 à 60 LPGA, applicable par renvoi de l'art. 1 LACI), étant rappelé que les délais sont suspendus du 7^e jour avant Pâques au 7^e jour après Pâques inclusivement (art. 38 al. 4 let. b et 60 al. 2 LPGA).
3. À titre liminaire, la recourante formule une demande de suspension jusqu'à droit jugé sur le plan civil. Toutefois, l'issue de la procédure que la recourante a initié devant le Tribunal des Prud'hommes s'est soldée par une transaction ayant les effets d'une décision entrée en force (art. 208 al. 2 Code de procédure civile), de sorte que sa demande de suspension est devenue sans objet.

4. Le litige porte sur le droit de l'assurée à des indemnités de chômage à compter du 11 février 2011.
5. En vertu de l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est notamment sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 10), s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (art. 11), s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (art. 13 et 14), s'il est apte au placement (art. 15) et s'il satisfait aux exigences du contrôle (art. 17). Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 218 consid. 2).
6. a) S'agissant de la période légale de cotisation, les art. 9 al. 3 et 13 LACI disposent que l'assurée doit remplir les conditions relatives à la période de cotisation pour pouvoir prétendre à l'ouverture de son droit aux prestations de chômage. Aux termes de l'art. 13 LACI, tel est le cas si, dans les limites du délai-cadre de cotisation qui commence à courir deux ans avant la demande d'indemnités de chômage, soit en l'espèce du 11 février 2009 au 10 février 2011 (art. 9 al. 3 LACI), l'assurée a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation. A noter que le travail accompli antérieurement à la période précitée ne saurait à cet égard être pris en considération.

b) À l'inverse de ce qui prévalait sous l'ancien droit (voir notamment l'art. 12 al. 1^{er} aOAC), la condition du droit à l'indemnité, sous l'angle de la durée d'une activité antérieure soumise à cotisation, ne s'examine plus en fonction des jours entiers d'une activité salariée suffisamment contrôlable, mais en fonction de l'exercice d'une activité soumise à cotisation pendant une période déterminée exprimée en mois. Or, par activité soumise à cotisation, il faut entendre toute activité de l'assuré, destinée à l'obtention d'un revenu soumis à cotisations pendant la durée d'un rapport de travail. La condition de la durée minimale d'activité soumise à cotisation s'examine donc seulement au regard de la durée formelle du rapport de travail considéré. Ainsi, chaque mois civil entier durant lequel l'assuré est soumis à cotisation dans le cadre d'un rapport de travail compte comme mois de cotisation (art. 11 al. 1^{er} de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité [OACI]). Les périodes de cotisation qui n'atteignent pas un mois civil entier sont additionnées. Trente jours sont réputés constituer un mois de cotisation (art. 11 al. 2 OACI). Sont alors déterminantes les périodes pendant lesquelles l'assuré s'est trouvé pendant le délai de deux ans dans un ou plusieurs rapports de travail. Dans le cadre temporel de ces rapports juridiques, il y a lieu de retenir les jours ouvrables de la période concernée, indépendamment de l'exercice effectif d'une activité lucrative ces jours-là ; multipliés par le facteur 1.4, les jours ouvrables sont alors convertis en jours civils et réputés former un mois de cotisation lorsqu'ils atteignent le nombre de trente (ATF 122 V 249 consid. 2c et 5a ; ATFA non publié du 19 mai 2003, C 267/02, consid. 3.2).

c) En l'espèce, la période légale de cotisation, soit du 11 février 2009 au 10 février 2011, n'est pas contestée. Il est également établi que le contrat a pris fin d'un commun accord le 8 février 2010, quand bien même le dernier jour de travail a été effectué le 8 décembre 2009, de même que le versement du dernier salaire (cf. attestation de l'employeur du 14 février 2011). Ainsi, si à l'instar de ce que les parties au contrat de travail ont souhaité - selon les informations qui ressortent des formulaires de chômage remplis par leurs soins -, l'on admet que la fin des relations de travail est intervenue le 8 février 2010 et que le dernier salaire a été versé le 8 décembre 2009 de même que les dernières cotisations, la recourante ne totalise que neuf mois et vingt-six jours de cotisations, à compter du début du délai de cotisation en date du 11 février 2009, de sorte que l'intimée était fondée à lui nier le droit aux prestations sur ce point déjà. S'agissant de la somme de 15'000 fr. que le mari de la recourante lui a offerte pour solde de tout compte devant le Tribunal des Prud'hommes, il est impossible que déterminer s'il s'est agi d'une indemnité pour résiliation abusive ou de salaires soumis à cotisation. Bien que le versement de cette somme laisse à penser qu'il s'agit plutôt d'une indemnité pour résiliation abusive - ce montant n'ayant vraisemblablement pas été soumis à cotisation - la question de la durée de cotisation peut rester ouverte, dans la mesure où, que la période légale de cotisation soit atteinte ou non, le statut de la recourante exclut en l'occurrence le droit à la perception d'indemnités de chômage, comme cela sera démontré dans ce qui suit.

7. a) Par analogie au 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 de détenteur d'une participation financière de l'entreprise n'ont pas droit à l'indemnité de chômage, selon la jurisprudence. Il en va de même des conjoints de ces personnes qui sont occupées dans l'entreprise (cf. ATF non publié du 17 novembre 2006 C 192/05, consid. 2 et les références, notamment arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 123/99 du 26 juillet 1999). 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 non publié du 7 décembre 2006, C 156/06, consid. 2 ; ATF du 29 août 2005, cause C 163/04). La situation est en revanche différente lorsque le salarié - ou son conjoint - 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 qu'un tel salarié, par suite de 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 (cf. ATF 123 V 238 consid. 7b/bb ; ATF non publié C 355/00 du 28 mars 2001, consid. 2). Toutefois, la jurisprudence est stricte (cf. arrêts du Tribunal fédéral non publiés du 21 janvier 2009, 8C_492/08, 3.2 et du 2 février 2009, 8C_478/08, consid. 4); elle exclut de considérer qu'un assuré a définitivement quitté son ancienne entreprise en raison de la fermeture de celle-ci tant qu'elle n'est pas entrée en liquidation (cf. arrêts C 355/00 du 28 mars 2001, in DTA 2001 p. 218, et C 37/02 du 22 novembre 2002), voire, selon les circonstances, pendant la durée de la procédure de liquidation (arrêts C 180/06 du 16 avril 2007 consid. 3.4, in SVR 2007 ALV no 21 p. 69, C 267/04 du 3 avril 2006, in DTA 2007 p. 115, et C 373/00 du 19 mars 2002, in DTA 2002 p. 183). Enfin, il sied de rappeler que 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 l'emploi qu'elle occupait chez un autre employeur et qu'elle a accompli la période minimale de cotisation de douze mois hors de l'entreprise de son conjoint (SECO, Bulletin MT/AC 2003/4 fiche 4/3 chiffre 2).

b) 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. Ces règles visent à éviter un licenciement fictif. Le TFA a rappelé les motifs qui président à ces exigences. 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 (ATF non publiés du 14 avril 2003, cause C 92/02 et du 29 août 2005, cause C 163/04).

8. Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf disposition contraire 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 126 V 360 ; 125 3V 195). 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). Par ailleurs, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire. Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et les faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 195).
9. a) En l'espèce, l'assurée a travaillé pour l'entreprise X _____ Sàrl depuis 2008, d'abord en qualité de stagiaire puis en tant qu'employée de bureau. Un salaire annuel de 16'770 fr. 20 a été déclaré pour elle en 2009. Le 13 novembre 2009, la recourante a contracté mariage avec son employeur, Monsieur _____. Son contrat de travail a été résilié d'un commun accord le 22 février 2010 avec effet au 8 février 2010, étant précisé que le dernier jour de travail et le dernier salaire versé remontent au 8 décembre 2009.
- b) Force est de constater que bien que l'entreprise ait connu une baisse d'activité en 2009, il n'a ni été allégué et encore moins démontré que la société X _____ Sàrl aurait été dissoute ou serait entrée en liquidation. X _____ Sàrl est toujours active de sorte qu'en cas d'évolution positive, rien ne l'empêcherait de faire appel à la recourante, étant rappelé que ce n'est pas l'abus de droit qui est visé par l'art. 31 al. 1 let. c LACI, mais le risque d'un abus. Dans cette mesure, il appert que la recourante se trouve toujours, par l'intermédiaire de son mari, en position d'influencer de manière déterminante les décisions de son dernier employeur.
- c) Dans ces conditions, la perte de travail de la recourante n'est pas aisément vérifiable par la caisse, ce qui justifie, au regard de la jurisprudence précitée, de ne pas assimiler la recourante à un assuré qui aurait définitivement quitté l'entreprise

qui l'employait. Partant, la Cour de céans ne peut que confirmer la décision litigieuse.

10. Le recours, mal fondé, sera donc rejeté.

11. La procédure est gratuite.

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

Statuant

Préalablement:

1. Déclare la demande de suspension du recours sans objet.

Principalement:

A la forme:

2. Déclare le recours recevable.

Au fond:

3. Le rejette.
4. Dit que la procédure est gratuite.
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

Diana ZIERI

Maya CRAMER

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