

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3030/2016

ATAS/216/2017

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 20 mars 2017

9^{ème} Chambre

En la cause

Madame A_____, domiciliée à VERSOIX

recourante

contre

UNIA-CAISSE DE CHOMAGE, CDC Centre de compétences
Romand, sise à LAUSANNE

intimée

Siégeant : Catherine TAPPONNIER, Présidente; Maria Esther SPEDALIERO et Jean-Pierre WAVRE, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Le 20 octobre 2015, Madame A_____ (ci-après : l'assurée) a demandé des indemnités de chômage à compter du 1^{er} novembre 2015 pour une disponibilité à l'emploi de 100%, précisant que son dernier employeur, B_____ Sàrl (ci-après : l'entreprise), l'avait employée à plein temps du 1^{er} septembre 2014 au 31 octobre 2015 et que son contrat de travail avait été résilié pour raison économique.
2. Par décision du 2 décembre 2015, la caisse a nié le droit de l'assurée aux indemnités de chômage dès le 1^{er} novembre 2015, au motif que son conjoint était associé-gérant unique de la société qui l'avait employée et qu'à ce titre, il pouvait la réengager à tout moment, même si les activités de l'entreprise étaient momentanément suspendues.
3. À teneur d'un extrait du registre du commerce figurant au dossier, B_____ Sàrl est une entreprise générale du bâtiment, maçonnerie, ferrailage. Monsieur A_____ en est l'unique associé-gérant, avec signature individuelle.
4. Par courrier du 5 janvier 2016, l'assurée a formé opposition à la décision précitée, faisant valoir qu'elle était séparée de son mari depuis la mi-octobre 2015. À sa connaissance, l'entreprise de son époux devait être prochainement mise en liquidation, de sorte qu'on ne pouvait considérer qu'elle restait en mesure d'influer les décisions prises au sein de la société qui l'employait.
5. Par courrier du 18 janvier 2016, l'assurée a informé la caisse qu'une décision concernant la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale en cours devrait lui parvenir avant le mois de juin 2016.
6. Par décision du 22 janvier 2016, la procédure d'opposition à la décision du 2 décembre 2015 a été suspendue par la caisse jusqu'à ce que la question de la séparation de corps pendante auprès du Tribunal de première instance ait fait l'objet d'une décision entrée en force.
7. Par courrier du 10 mars 2016, l'assurée a transmis à la caisse copie du jugement du Tribunal de première instance du 29 février 2016, statuant sur mesures protectrices de l'union conjugale, autorisant les époux à vivre séparés et leur donnant acte de ce que l'époux verserait en mains de l'assurée, par mois et par avance, du 1^{er} août 2015 au 1^{er} mars 2016, CHF 4'000.- au titre de contribution d'entretien et que le domicile conjugal était attribué à la jouissance exclusive de l'assurée pour une durée indéterminée.
8. Par décision du 27 juillet 2016, la caisse a confirmé sa décision précédente, en précisant que, selon la jurisprudence récente, le jugement statuant sur les mesures protectrices de l'union conjugale ne suffisait plus pour reconnaître un éventuel droit à l'indemnité. Elle n'avait donc pas droit à l'indemnité de chômage.
9. Le 13 septembre 2016, l'assurée a recouru contre la décision précitée, concluant, à titre préjudiciel, à ce que l'assistance judiciaire lui soit octroyée avec effet rétroactif au 18 août 2016 et, à titre principal, à l'annulation de la décision sur opposition du

27 juillet 2016 et à sa mise au bénéfice d'indemnités de chômage rétroactivement depuis le 1^{er} novembre 2015 jusqu'à la fin de son droit ou la reprise d'une activité lucrative, sous suite de frais et dépens. Elle faisait valoir que la caisse avait versé dans l'arbitraire en lui déniait tout droit à des indemnités journalières de chômage. Les faits pertinents de la cause avaient été constatés de manière inexacte et incomplète par l'intimée. De surcroît, la décision querellée n'était pas suffisamment motivée. Son droit d'être entendue avait ainsi été violé. Un simple renvoi à la jurisprudence fédérale ou à des directives émises par le Secrétariat d'État à l'économie (SECO) ne suffisait pas à motiver une décision et à permettre à l'administré d'en comprendre la portée.

La caisse avait violé son droit à la preuve en écartant ses moyens de preuve sans aucune raison et de manière expéditive. Enfin, la recourante avait prouvé qu'un grave conflit existait entre elle et son mari et que son licenciement lui avait été notifié pour ce motif et non en raison d'une restructuration économique de l'entreprise. Elle avait été une simple employée de cette dernière, dans laquelle elle n'avait eu aucun pouvoir décisionnel. Depuis le 1^{er} août 2015, elle était séparée judiciairement de son époux et ne faisait plus ménage commun avec lui. De plus, ce dernier ne s'acquittait pas régulièrement de ses pensions alimentaires, de sorte qu'elle avait émarginé à l'aide sociale. Elle ne pouvait plus subvenir à ses besoins vitaux. La caisse lui refusait tout droit à des prestations de chômage de manière illicite.

10. Par courrier du 15 septembre 2016, la chambre de céans a transmis à l'assurée un formulaire de demande d'assistance juridique et l'a priée de l'adresser, une fois rempli, directement au service de l'Assistance juridique.
11. Le 23 septembre 2016, la caisse a conclu au rejet du recours et à la confirmation de sa décision, relevant que la recourante n'apportait pas d'argument ni d'élément nouveau dans le cadre de son recours.
12. Le 30 septembre 2016, la recourante a indiqué ne pas avoir d'observations complémentaires à formuler.
13. Le 11 octobre 2016, l'Assistance juridique a rejeté la requête de la recourante au motif que son recours interjeté auprès de la chambre de céans apparaissait dénué de chances de succès.
14. a. Lors d'une audience du 6 mars 2017, l'assurée a déclaré à la chambre de céans, qu'à la suite d'un gros conflit, elle avait mis son mari à la porte du domicile conjugal, le 15 octobre 2015, et qu'elle ne le revoyait plus, sauf nécessité. Son mari l'avait licenciée à fin septembre 2015 pour la fin du mois d'octobre suivant. Son conseil lui avait recommandé d'attendre deux ans avant de demander le divorce. Son litige avec son mari avait commencé à fin juin 2015 et elle avait été d'accord de continuer à travailler avec lui. Ils avaient été mariés pendant dix ans. Elle avait un master en psychologie et avait commencé à travailler pour son mari, avec un contrat de travail, dès le 1^{er} septembre 2014.

b. Le mari de l'assurée a confirmé qu'il n'avait plus de contact avec elle et qu'elle avait commencé à travailler pour son entreprise dès septembre 2014. L'entreprise fonctionnait « pas mal à l'époque ». Il avait engagé des ouvriers, au maximum trois à quatre, pour des périodes limitées. Il sous-traitait du travail. Il avait eu environ vingt chantiers par année, mais il faisait beaucoup plus de demandes de chantiers. Il donnait les informations en albanais à son épouse, qui les traduisait, les améliorait et les mettait en forme. Actuellement, l'entreprise avait une « petite activité », avec peu de contrats; c'était maintenant elle qui travaillait en sous-traitance. Son épouse était payée CHF 7'900.-, salaire qu'il estimait justifié par le fait qu'elle était comme son associée.

15. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. a. 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) en vigueur dès le 1^{er} 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).

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

b. La procédure devant la chambre de céans est régie par les dispositions de la LPGA et celles du titre IVA (soit les art. 89B à 89I) de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), complétées par les autres dispositions de la LPA en tant que les articles précités n'y dérogent pas (art. 89A LPA), les dispositions spécifiques que la LACI contient sur la procédure restant réservées (cf. art. 1 al. 1 LACI ; cf. notamment art. 100 ss LACI).

c. Le présent recours a été interjeté en temps utile (art. 60 al. 1 LPGA), dans le respect des exigences de forme et de contenu prescrites par l'art. 61 let. b LPGA (cf. aussi art. 89B LPA), et par une personne ayant qualité pour recourir (art. 59 LPGA). Il est donc recevable.

2. L'objet du litige est le droit de la recourante aux prestations du chômage.

3. La recourante fait valoir que la décision querellée n'est pas suffisamment motivée.

Pour répondre aux exigences de motivation fixées par l'al. 3 de l'art. 49 LPGA, l'autorité se doit au moins de mentionner brièvement les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. En revanche, l'autorité n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties ; elle peut se limiter à ceux qui,

sans arbitraire, lui apparaissent pertinents (cf. ATF 126 I 102 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances I 585/04 du 3 octobre 2005 consid. 2.2).

En l'espèce, l'intimée a motivé sa décision du 27 juillet 2017 sur quatre pages, en exposant sur quels éléments en fait et en droit elle se fondait et, en particulier, en citant la jurisprudence récente pertinente, de sorte que la recourante était parfaitement à même de comprendre la portée de la décision. Son droit d'être entendue n'a donc pas été violé.

4. L'art. 8 LACI énumère les conditions d'octroi de l'indemnité de chômage. L'assuré doit, pour bénéficier de cette prestation prévue par l'art. 7 al. 2 let. a LACI, être sans emploi ou partiellement sans emploi, avoir subi une perte de travail à prendre en considération, être domicilié en Suisse, avoir achevé sa scolarité obligatoire et n'avoir pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne pas toucher de rente de vieillesse de l'AVS, remplir les conditions relatives à la période de cotisation ou en être libéré, être apte au placement et satisfaire aux exigences de contrôle (art. 8 al. 1 LACI). Ces conditions sont cumulatives ; elles doivent toutes être réalisées au moment où l'assuré entend pouvoir bénéficier de l'ouverture d'un délai-cadre d'indemnisation (ATF 124 V 215 consid. 2 ; 112 V 220 consid. 2b ; Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 1 ad art. 8). Elles sont précisées par plusieurs dispositions de la LACI et de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 31 août 1983 (OACI - RS 837.02).
5. a. Des indemnités de chômage, prévues par l'art. 7 al. 2 let. a LACI et régies par les art. 8 ss LACI, ne peuvent être allouées qu'en cas de perte d'emploi.

La condition d'une perte de travail à prendre en considération énoncée à l'art. 8 al. 1 let. b LACI pour l'indemnité de chômage fait référence, explicitement, à l'art. 11 LACI, qui est intitulé « Perte de travail à prendre en considération » et a pour but d'établir une distinction entre les pertes de travail de faible importance, non indemnifiables, et celles plus importantes, qui donnent droit à une indemnisation (Boris RUBIN, op. cit., n. 1 ad art. 11). L'art. 11 LACI ne contient pas formellement une disposition excluant le droit à l'indemnité de chômage dans des situations dans lesquelles l'octroi d'une indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail est exclu, visées en particulier à l'art. 31 al. 3 let. c LACI, à savoir pour « 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. »

b. Le législateur a entendu empêcher le contournement des prescriptions relatives à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, en prévoyant notamment, à l'art. 10 al. 2^{bis} LACI, que n'est pas réputé partiellement sans emploi celui qui, en raison d'une réduction passagère de l'horaire de travail, n'est pas

occupé normalement. Ainsi, dès qu'il existe formellement un licenciement pour le temps chômé, seules les dispositions concernant l'indemnité de chômage s'appliquent, même si la perte de travail pourrait ressembler à une réduction de l'horaire de travail. Les deux situations peuvent cependant être très proches l'une de l'autre. Aussi une application analogique d'une disposition restrictive du régime de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail peut-elle entrer en considération pour l'indemnité de chômage (Boris RUBIN, op. cit., n. 17 ad art. 10), en vertu de la règle générale, exprimée à l'art. 2 al. 2 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC - RS 210), refusant toute protection à l'abus manifeste d'un droit, autrement dit s'opposant à ce qu'une institution juridique soit utilisée à l'encontre de son but pour réaliser des intérêts que cette institution juridique ne veut pas protéger (ATF 137 V 82 consid. 5.5-5.7 ; 133 II 6 consid. 3.2 ; 122 III 321 consid. 4a ; 121 II 97 consid. 4).

Dans l'ATF 123 V 234, le Tribunal fédéral a posé le principe d'une application analogique de l'art. 31 al. 3 let. c LACI précité dans le domaine de l'indemnité de chômage. Ainsi, 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 par une entreprise, il continue à fixer les décisions de l'employeur ou à influencer celles-ci de manière prépondérante (arrêt du Tribunal fédéral 8C_719/2008 du 1^{er} avril 2009 consid. 3.3 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 32/04 du 23 mai 2005 consid. 3.1). Il en va de même pour leur conjoint occupé dans l'entreprise, ainsi que le prévoit ladite disposition, appliquée par analogie également dans ce cas (arrêts du Tribunal fédéral 8C_74/2011 du 3 juin 2011 consid. 5.1 ; 8C_1032/2010 du 7 mars 2011 consid. 5.1).

c. L'application de l'art. 31 al. 3 let. c LACI dans le domaine de l'indemnité de chômage est nécessaire pour prévenir une série d'abus potentiels, dont une perte de travail incontrôlable et, partant, un appel à l'indemnité de chômage abusif (cf., pour d'autres exemples, Boris RUBIN, op. cit., n. 19 ad art. 10, note 13 à la p. 98). Dans la mesure où le dirigeant licencié – ou son conjoint occupé dans l'entreprise, auquel il est assimilé – peut se réengager quand il le souhaite, c'est-à-dire dès qu'il le décide, son chômage ressemble potentiellement à une réduction de l'horaire de travail qui se manifesterait par une suspension d'activité. Certes, le contournement de l'art. 31 al. 3 let. c LACI peut n'être qu'hypothétique, car les personnes licenciées pouvant continuer à fixer les décisions de l'employeur n'entendent pas forcément se réengager (ou se faire réengager par leur conjoint dirigeant de l'entreprise) Toutefois – ainsi que l'indique Boris RUBIN (op. cit., n. 20 s. ad art. 10) –, le procédé spécifique de vérification des conditions du droit à l'indemnité de chômage impose de nier d'emblée le droit aux personnes en question ; statuer sur le droit à l'indemnité d'un chômeur suppose en effet un pronostic quant à la réalisation de certaines sinon de toutes les conditions prévues par l'art. 8 LACI, au point qu'il est pratiquement impossible de déterminer à ce moment-là si un contournement visé par la disposition précitée est en voie d'être réalisé, tant que

l'intéressé (ou son conjoint) maintient des liens avec sa société. C'est pourquoi la jurisprudence retient que le seul risque d'abus suffit pour que le droit à l'indemnité de chômage soit nié d'emblée, autrement dit n'exige pas que le risque considéré soit avéré (arrêt du Tribunal fédéral 8C_587/2012 consid. 3.2 ; arrêts du Tribunal fédéral des assurances C 172/04 du 5 janvier 2005 consid. 2.1 ; C 141/03 du 9 décembre 2003 consid. 4).

d. Dans l'hypothèse où le chômeur occupe lui-même une position décisionnelle dans l'entreprise, il faut distinguer deux situations : lorsqu'il occupe une telle position du fait qu'il est membre du conseil d'administration ou d'un autre organe supérieur de direction de l'entreprise, il n'y a pas même lieu d'examiner la situation au regard des circonstances concrètes du cas, car il est alors réputé ex lege disposer d'un pouvoir déterminant au sein de cette dernière au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI, appliqué par analogie à l'indemnité de chômage (ATF 122 V 270 consid. 3 ; arrêts du Tribunal fédéral 8C_171/2012 du 11 avril 2013 consid. 6.2 ; 8C_776/2011 du 14 novembre 2012 consid. 3.3 ; 8C_515/2007 du 8 avril 2008) ; en revanche, lorsqu'il n'est pas formellement membre d'un organe supérieur de direction de l'entreprise, mais peut engager cette dernière, il s'impose de vérifier s'il a matériellement qualité d'organe dirigeant, compte tenu du pouvoir de décision dont il jouit effectivement, en fonction de la structure interne de l'entreprise, le seul fait qu'il soit autorisé à représenter cette dernière par sa signature et inscrit au registre du commerce n'étant pas en soi suffisant pour l'exclure du droit à l'indemnité de chômage (ATF 120 V 521 consid. 3 ; Boris RUBIN, op. cit., n. 24 ss ad art. 10 ; Bulletin LACI/IC B 17 ss ; Bulletin LACI/RHT B 37 ss).

Les mêmes règles s'appliquent dans la situation du conjoint d'une personne occupant une position assimilable à celle d'un employeur. Il faut cependant, pour que le droit à l'indemnité de chômage soit nié, que le chômeur ait été employé par l'entreprise de son conjoint et que ce dernier reste lié à ladite entreprise (arrêt du Tribunal fédéral 8C_231/2012 du 16 août 2012 ; Boris RUBIN, op. cit., n. 24 ss ad art. 10).

e. Il n'y a plus de parallélisme de la perte de travail avec une réduction de l'horaire de travail – et partant plus d'application analogique possible de l'art. 31 al. 3 let. c LACI à l'indemnité de chômage – lorsque la personne qui occupe une position assimilable à celle d'un employeur 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). Un risque d'abus subsiste lorsque l'activité de l'entreprise est simplement « mise en veilleuse » ou en voie d'être mise en faillite, une reprise des activités restant possible dans ces éventualités (Boris RUBIN, op. cit., n. 29 ss ad art. 10).

Il est également admis que les assurés occupant une position assimilable à celle d'un employeur et leur conjoint ont droit à l'indemnité de chômage s'ils se retrouvent au chômage après avoir été salariés d'une entreprise tierce (dans laquelle ils n'ont pas eu le statut de dirigeant), à la condition toutefois qu'ils l'aient été

durant au moins six mois (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 171/03 du 31 mars 2004 consid. 2.3.2). Lorsqu'une telle durée d'emploi comme salarié sans position dirigeante dans une entreprise tierce a été atteinte, il faut admettre que le rapport de travail ouvrant le droit au chômage n'a pas constitué un masque à une réduction de l'horaire de travail (Boris RUBIN, op. cit., n. 35 ad art. 10).

Le Tribunal fédéral a jugé que les conjoint(e)s salarié(e)s qui ont perdu leur place dans l'entreprise et leur époux/se n'ont droit aux prestations de l'assurance-chômage qu'une fois le jugement de divorce prononcé. Il ne suffit plus que le juge prononce la séparation ou des mesures protectrices de l'union conjugale, et cela même si lorsque la volonté de divorcer des conjoints vivant séparés depuis longtemps apparaît absolument déterminée (ATF 142 V 263 consid. 5.2.2 p. 270).

6. En l'espèce, en application de la jurisprudence précitée, il y a lieu de considérer que la recourante – bien qu'elle soit séparée de son époux et qu'elle ait rendu vraisemblable n'avoir plus de contact avec lui, sauf nécessité – n'a pas rompu tout lien avec ce dernier et, par conséquent, avec son employeur, puisqu'elle n'est pas formellement divorcée comme le Tribunal fédéral l'exige. En outre, selon les déclarations de celui-ci, si l'entreprise est moins active depuis la séparation des époux, elle est toujours en activité. C'est ainsi à juste titre que l'intimée a retenu un risque que l'assurée contourne l'art. 31 al. 3 let. c LACI et lui a nié le droit aux indemnités de chômage.
7. Au vu de la jurisprudence récente, l'intimée n'avait pas à détailler la situation précise de la recourante, son statut d'épouse séparée étant déterminant quant à la décision à prendre. Elle n'a ainsi pas versé dans l'arbitraire, ni constaté les faits de manière inexacte ou incomplète dans la décision querellée.
8. 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

Irene PONCET

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