

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3066/2010

ATAS/236/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 8 mars 2011

1^{ère} Chambre

En la cause

Madame M _____, domiciliée à Genève

recourante

contre

CAISSE DE CHOMAGE UNIA, Office de paiement, sise rue
Necker 17, 1201 Genève

intimée

**Siégeant : Doris GALEAZZI-WANGELER, Présidente; Evelyne BOUCHAARA et
Norbert HECK, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Madame M_____ a déposé une demande d'indemnités de chômage le 5 novembre 2009, à compter du 1^{er} janvier 2010. Elle a indiqué vouloir chercher un emploi de secrétaire à raison de 12 heures par semaine, représentant un 30 %. Elle a déclaré qu'elle avait travaillé en dernier lieu auprès de l'entreprise X_____ sanitaires (ci-après l'entreprise) du 1^{er} janvier 2005 au 31 décembre 2009, date à laquelle son employeur avait résilié son contrat de travail au motif suivant : « Baisse des commandes - fin du bail locaux, arcade, bureaux et atelier au 30 novembre 2009 -, à Genève - bail non renouvelé - baisse du travail -- retraite dès travaux terminés (né en 1941 = 68 ans) ». Elle a produit une copie des décomptes de salaire établis sur papier à en-tête de l'entreprise X_____ pour les mois de novembre 2008 à décembre 2009. Il en résulte qu'elle percevait mensuellement un revenu de 1'459 fr. 35, déduction faite des charges sociales. Au dossier figure également le courrier du 24 septembre 2009 que lui a adressé M. M_____, aux termes duquel son contrat était résilié avec effet au 31 décembre 2009, au motif que « la diminution des commandes m'oblige malheureusement à supprimer votre poste de travail. J'espère que vous comprendrez ma décision et que vous trouverez rapidement un nouvel emploi ».
2. L'entreprise a déclaré à la CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS DE LA FEDERATION DES ENTREPRISES ROMANDES - FER CIAM un volume de salaires à hauteur de 19'200 fr. pour chacune des années 2005 à 2009.
3. Il résulte de l'extrait Internet du Registre du commerce que l'entreprise, inscrite le 15 janvier 1982 en tant qu'entreprise individuelle et ayant pour but les installations sanitaires avec atelier de réparation, a vu son adresse modifiée en décembre 2009.
4. Par décision du 19 février 2010, la caisse UNIA a informé l'assurée qu'elle n'avait pas droit à l'indemnité chômage car elle occupait une position comparable à celle de l'employeur au sein de l'entreprise.
5. L'assurée a formé opposition le 10 mars 2010.

Elle rappelle qu'elle travaillait au sein de l'entreprise en qualité de secrétaire à mi-temps et qu'elle a été licenciée le 24 septembre avec effet au 31 décembre 2009. Elle explique que le bail à loyer de l'entreprise a été résilié au 30 novembre 2009 et qu'il ne restait plus qu'un petit local à la rue des Eaux-Vives, servant à entreposer l'outillage. Son époux, âgé de 69 ans, n'était plus en mesure d'effectuer de gros travaux et se contente dorénavant de quelques travaux de dépannage auprès de la fidèle clientèle. Elle précise par ailleurs qu'elle a travaillé à mi-temps auprès de Y_____ SA du 1^{er} novembre 1982 au 31 décembre 1997.

6. Par décision du 16 août 2010, la caisse a rejeté son opposition.

7. L'assurée a interjeté recours le 13 septembre 2010. Elle répète que son époux a remis son arcade à deux jeunes plombiers à fin novembre 2009, tout en conservant une petite activité de dépannage qu'il exerce dans un petit local sis dans les sous-sols, raison pour laquelle il n'avait pas voulu radier son entreprise du Registre du commerce. Il l'avait domiciliée à son adresse privée. L'assurée précise que l'inscription au Registre du commerce de l'entreprise est restée pour des raisons sentimentales. Elle conclut dès lors à l'octroi de l'indemnité chômage dès le 1^{er} janvier 2010.
8. Le Tribunal de céans a ordonné la comparution personnelle des parties le 7 décembre 2010. A cette occasion, l'assurée a déclaré :

« Je travaillais dans le magasin situé rue C_____. Je m'occupais de la réception des livraisons du matériel, j'assurais une présence au magasin, je vendais quelques articles. Je précise que je n'y connais rien en matière technique. Je travaillais à mi-temps, le magasin était donc fermé la moitié de la journée. Je pouvais cependant m'y rendre sur demande par exemple pour une livraison.

Mon mari a remis le magasin et l'atelier à une entreprise, Z_____ SA. Il n'a pas remis de liste de clients. Il faut dire qu'il avait beaucoup moins de clients depuis qu'il avait atteint l'âge de l'AVS. Il ne pouvait plus exécuter de travaux pénibles. Il a résilié le contrat de bail au 30 novembre 2009. Il a gardé un local-cave aux Eaux-Vives qu'il louait depuis une trentaine d'années pour entreposer l'outillage que Y_____ SA n'avait pas souhaité reprendre. Il a continué à travailler mais seulement pour quelques petits clients. Le bail de ce local était arrivé à échéance à fin janvier 2010. Il avait été reconduit par simple courrier à fin janvier 2011.

C'est une fiduciaire qui s'occupe de la comptabilité de l'entreprise de mon mari.

Je n'avais pas un horaire fixe de travail. Nous habitons juste à côté du magasin. Je pouvais donc venir au magasin dès que mon mari avait besoin de moi. Je ne gagnais pas de salaire. En 2005, je suis allée me renseigner auprès de la caisse CIAM. Il m'a été conseillé de déclarer un salaire mensuel à hauteur de l'600 fr. pour ne pas avoir à payer la LPP, ce que nous avons fait. De toute façon, il n'aurait pas pu payer un salaire plus élevé. Ce salaire m'était versé soit par débit de la caisse, soit par virement sur mon compte bancaire.

Mon mari n'a pas souhaité demander sa radiation au Registre du commerce. Je pense qu'il ne le peut pas pour des raisons « affectives ». Il le fera sûrement dans le courant de l'année prochaine. »

9. Sur demande du Tribunal, l'assurée a versé au dossier copie des bilans et les comptes de pertes et profits de l'entreprise de 2005 à 2010, ainsi que de ses

certificats de salaire de 2005 à 2010. Elle a par ailleurs précisé que son salaire lui était payé par débit de la caisse de l'entreprise de main à main.

10. La caisse UNIA a, par courrier du 22 février 2011, persisté dans ses conclusions.

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

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 (aLOJ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaissait, 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).

Dès le 1^{er} janvier 2011, cette compétence revient à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, laquelle reprend la procédure pendante devant le Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 143 al. 6 de la LOJ du 9 octobre 2009).

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

2. Le recours a été interjeté en temps utile (art. 1 LACI, 38, 56 et 60 LPGA)..
3. Le litige porte sur le droit de l'assurée à des indemnités de chômage à compter du 1^{er} janvier 2010.
4. Conformément à l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage, à la condition notamment d'être sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 10), de subir une perte de travail à prendre en considération (art. 11), d'être apte au placement (art. 15), de remplir les conditions relatives à la période de cotisation ou d'en être libéré (art. 13 et 14) et de satisfaire aux exigences de contrôle (art. 17).

Selon la jurisprudence, il existe un étroit parallélisme entre le droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail et le droit à l'indemnité de chômage (ATF non publié C 355/00 du 28 mars 2001, consid. 2). Or, l'art. 31 al. 3 let. b LACI prévoit expressément que n'a pas droit à l'indemnité le conjoint de l'employeur, occupé dans l'entreprise de celui-ci.

La perte de travail doit être contrôlable, dans les deux cas, et c'est pour cela que n'ont pas droit à ces indemnités 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, et les conjoints de ces personnes, qui sont

occupés dans l'entreprise (art. 31 al. 3 let. c LACI ; ATF non publié C 355/00 du 28 mars 2001, consid. 2).

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 à 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 des dispositions sur l'indemnité de chômage la réglementation en matière d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, en particulier l'art. 31 al. 3 let. c LACI (cf. ATF 123 V 238 consid. 7b/bb).

On parlera de détournement de la règle lorsque l'entreprise continue d'exister au-delà de la fin des rapports de travail et que l'assuré conserve une position comparable à celle d'un employeur. Ces personnes n'ont par conséquent pas droit à l'indemnité de chômage, qu'elles fassent valoir un chômage complet ou partiel (Secrétariat d'Etat à l'économie, ci-après SECO, circulaire IC janvier 2003 ch. B 31).

La situation est en revanche différente lorsque 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 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).

Au surplus, 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).

Ces règles visent à éviter un licenciement fictif. Le TFA a rappelé les motifs qui président à ces exigences. Il s'agit 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 ils 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 TFA 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.

5. 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).

6. En l'espèce, l'assurée a travaillé dans l'entreprise de son époux depuis 1981. Un salaire annuel de 19'200 fr. est déclaré pour elle depuis 2005. L'assurée a expliqué à cet égard qu'elle s'était renseignée auprès de la caisse AVS-AI, qui lui avait recommandé d'agir de la sorte. Son contrat de travail a été résilié le 24 septembre 2009 avec effet au 31 décembre 2009. La caisse a nié son droit à l'indemnité de chômage, puisqu'elle était le conjoint d'une personne occupant une position comparable à celle d'un employeur qui travaillait dans la même entreprise.
7. L'assurée allègue qu'en réalité, l'entreprise ne constitue plus qu'une coquille vide, dans la mesure où elle ne dispose plus de locaux commerciaux et que son activité n'a plus rien à voir avec celle qui était la sienne auparavant.
8. Force est cependant de constater que l'entreprise est restée inscrite au Registre du commerce, a gardé une certaine activité bien que réduite, et a disposé d'un local, même petit jusqu'à fin janvier 2011 et d'outillage. Aussi a-t-elle continué à exister, même si c'est dans des proportions plus modestes qu'auparavant. Rien n'empêcherait l'entreprise de reprendre une activité plus importante, étant rappelé que ce n'est pas l'abus qui est visé, mais le risque d'un abus.
9. Quoi qu'il en soit, l'assurée doit également remplir les conditions relatives à la période de cotisations. Aux termes de l'art. 13 LACI, tel est le cas si, dans les limites du délai-cadre de cotisations, soit en l'espèce du 1^{er} janvier 2008 au 1^{er}

janvier 2010 (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 auprès de X_____ SA jusqu'au 31 décembre 1997 ne saurait à cet égard être pris en considération, puisqu'il est antérieur au 1^{er} janvier 2008. Même s'il était admis que l'assurée pouvait prétendre à l'indemnité pour l'activité exercée auprès de son époux, il y a lieu de rappeler que l'exercice effectif d'une activité salariée suffisamment contrôlable, comme exigence qui doit être satisfaite pour admettre que les conditions relatives à la période de cotisations sont remplies, implique également qu'un salaire soit réellement versé au travailleur (DTA 1988, p. 19 ; ATF 113 V 352). Outre qu'elle découle de l'interprétation de la loi, l'exigence d'un salaire effectif pour admettre que les conditions relatives à la période de cotisation sont réunies présente également l'avantage de prévenir les abus qui pourraient résulter en cas d'accord fictif entre un employeur et un travailleur au sujet du salaire que le premier s'engage contractuellement à verser au second (surtout lorsque l'employeur et le travailleur ne sont en réalité qu'une seule et même personne). A cet égard, les principes jurisprudentiels développés à propos de l'art. 23 al. 1 LACI, peuvent être transposés mutatis mutandis : un salaire contractuellement prévu ne sera dès lors pris en considération, sous l'angle de l'art. 13 al. 1 LACI, que s'il a réellement été perçu par le travailleur durant une période prolongée et qu'il n'a jamais fait l'objet d'une contestation (DTA 2001 p. 228 ; 1999, p. 28 ; ATF 123 V 72).

10. Force est de constater que la recourante n'a pu prouver qu'elle avait réellement reçu un salaire annuel de 19'200 fr. de 2005 à 2009. Elle n'a pas été en mesure de produire un relevé bancaire ou postal, alléguant que le salaire était versé de main à main. Il est vrai que ce salaire figure sur les pièces comptables de l'entreprise produites par l'assurée, qu'il a été déclaré aux assurances sociales et a dès lors été soumis à cotisation AVS-AI. Toutefois, selon la jurisprudence, la déclaration d'impôts et le décompte de salaire destiné à l'AVS ne constituent pas des moyens de preuve suffisants (DTA 2004, p. 115 ; ATF du 24 septembre 2004, cause C 30/04). Il n'est en conséquence pas établi, au degré de vraisemblance requis par la jurisprudence, que la recourante ait réalisé un salaire effectif durant douze mois, de janvier 2008 à janvier 2009.

Aussi le recours doit-il 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

Nathalie LOCHER

Doris GALEAZZI-
WANGELER

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