

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3066/2012

ATAS/47/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 23.01.2013

5^{ème} Chambre

En la cause

Madame S _____, domiciliée au Grand-Lancy, comparant
avec élection de domicile en l'étude de Maître GRABOWSKI
Jaroslaw

recourante

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, sis rue de
Montbrillant 40, 1201 Genève 2

intimée

Siégeant : Maya CRAMER, Présidente; Christine BULLIARD MANGILI et Monique STOLLER FULLEMANN, Juges assesseurs

EN FAIT

1. X_____ SA (ci-après: la société), inscrite au registre du commerce le 1^{er} juin 2005, a pour but le commerce de tous articles dits de "sport" et accessoires s'y rapportant. Monsieur S_____ était son administrateur et président dès sa fondation. Depuis le 26 juin 2012, il est inscrit comme administrateur unique de cette société. Son épouse, Madame S_____, était inscrite comme administratrice et vice-présidente de celle-ci jusqu'à cette dernière date.
2. La société exploitait une boutique de prêt-à-porter sportif à la rue R_____ à Genève. Madame S_____ était employée de la société en tant que responsable de cette boutique.
3. Le 27 janvier 2012, la société a résilié le contrat de travail de cette dernière au 31 mars 2012 pour des raisons économiques.
4. Par contrat du 7 février 2012, la société a cédé à Y_____ Sàrl l'ensemble des créances présentes et futures qu'elle détenait ou détiendra contre des tiers pour garantir l'ensemble des prétentions de la cessionnaire. Il ressort par ailleurs de ce contrat que la société devait à cette dernière la somme de 208'398 fr. 35 et qu'elle envisageait de "vendre" la boutique, soit d'obtenir en particulier le versement d'un pas de porte.
5. Le 26 mars 2012, Y_____ Sàrl a requis l'inscription d'une réserve de propriété du stock de vêtement se trouvant à la boutique de la société pour garantir sa créance d'un montant de 164'052 fr. 80 à l'encontre de cette dernière.
6. Le 30 mars 2012, la société a résilié le bail de l'arcade à la rue R_____ pour le 31 décembre 2012.
7. Le 31 mars 2012, Y_____ Sàrl a résilié le contrat de partenariat avec la société avec effet immédiat.
8. Le 31 juillet 2012, Madame S_____ a demandé des indemnités de chômage.
9. Par décision du 17 août 2012, la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après: la caisse, puis l'intimée) lui a refusé ses prestations au motif que son conjoint était administrateur de son employeur, de sorte que la perte de travail n'était pas suffisamment contrôlable.
10. Par courrier du 24 août 2012, l'assurée a formé opposition à cette décision, en faisant valoir que la société avait cessé toute activité au 1^{er} avril 2012, après avoir licencié la totalité du personnel pour fin mars 2012. En effet, la Maison Y_____ avait refusé de lui livrer la collection printemps - été 2012. La société n'avait par ailleurs plus de compte bancaire. Le mari de l'assurée était resté

l'administrateur unique, mais ne pouvait plus travailler en raison de son âge de 80 ans et ne touchait qu'une rente AVS.

11. Par décision du 11 septembre 2012, la caisse a rejeté l'opposition, la société n'ayant toujours pas été radiée du registre du commerce et le conjoint de l'assurée demeurant administrateur unique avec signature individuelle. La caisse a considéré que même si la société avait cessé toute activité, elle pourrait reprendre une enseigne en tout temps, son but statutaire n'étant pas lié exclusivement à l'exploitation du magasin. Afin que l'assurée puisse bénéficier des indemnités de chômage, la société devrait être dissoute et radiée du registre du commerce.
12. Par acte du 11 octobre 2012, l'assurée a recouru contre cette décision, par l'intermédiaire de son conseil, en concluant à son annulation et à l'octroi des indemnités journalières. Elle a allégué que la société exploitait uniquement un magasin de prêt-à-porter de la marque Y_____. Au 31 juillet 2011, la société était en surendettement, puis a dû céder ses créances à Y_____ Sàrl en février 2012, étant dans l'impossibilité d'honorer ses dettes. Cette dernière a ensuite résilié le contrat de partenariat avec effet immédiat en date du 31 mars 2012. Dès la cession de ses créances, la société ne pouvait plus disposer du stock et n'avait donc plus d'activité. Les 3 et 4 avril 2012, elle avait rendu l'intégralité du stock restant qui faisait l'objet de la réserve de propriété de Y_____ Sàrl. L'arcade avait été fermée fin avril 2012. L'époux de la recourante étant dans l'incapacité de faire face aux problèmes administratifs et juridiques, il avait mandaté l'avocat constitué pour la défense de son épouse. Il convenait dès lors d'admettre que la société était entrée en liquidation de fait. A défaut de marchandises, de locaux et de personnel, il était donc absurde de considérer que la société pourrait avoir une autre activité que l'exploitation de son magasin à la rue R_____. La liquidation de fait était à assimiler à une liquidation formelle, sous peine de faire preuve d'un formalisme excessif et d'arbitraire. Tout risque de contournement des dispositions légales était ainsi écarté.
13. Dans sa réponse du 9 novembre 2012, l'intimée a conclu au rejet du recours, en se référant à sa décision sur opposition et à la jurisprudence en la matière en ce qui concerne les motifs.
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 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 (loi sur l'assurance-chômage, LACI; RS 837.0).

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

2. Interjeté dans les délai et forme prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA).
3. Est litigieuse en l'espèce la question de savoir si la recourante peut prétendre aux indemnités de chômage.
4. a) L'assuré a droit à l'indemnité de chômage notamment s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 8 al. 1 let. a LACI). Est réputé sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et qui cherche à exercer une activité à plein-temps (art. 10 al. 1 LACI). Selon l'art. 10 al. 2 LACI, est réputé partiellement sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et cherche à n'exercer qu'une activité à temps partiel (let. a) ou occupe un emploi à temps partiel et cherche à le remplacer par une activité à plein-temps ou à le compléter par une autre activité à temps partiel (let. b) (ATF 121 V 355 consid. 2).

b) Selon la jurisprudence (ATF 123 V 234), 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, en particulier l'art. 31 al. 3 let. c LACI. Selon cette disposition légale, n'ont pas droit à l'indemnité 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.

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) De jurisprudence constante, l'inscription de l'assuré au registre du commerce (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 (ATF du 29 novembre 2005, cause C 175/04). Dans cet arrêt, le TFA 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).

e) La jurisprudence étend l'exclusion du conjoint du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, au droit à l'indemnité de chômage (cf. arrêt M. du 26 juillet 1999, 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 (ATFA du 29 août 2005, cause C 163/04).

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; ATFA du 31 mars 2004, cause C 171/03). Ainsi, notre Haute Cour a jugé que même si une société a cessé d'exploiter son magasin, in casu une épicerie, il ne pouvait être considéré que l'assuré avait définitivement quitté l'entreprise qui l'employait, tant que celle-ci n'était pas inscrite "en liquidation" au registre du commerce. Une reprise des activités de l'entreprise dans des délais relativement brefs n'était en effet pas exclue et ne serait pas facile à vérifier par la caisse, en dépit de la nécessité de reconstituer un stock et de trouver de nouveaux locaux, ou de reprendre une épicerie déjà existante (ATF 8C_492/2008 du 21 janvier 2009 consid. 3.2).

5. En l'espèce, il n'est pas contesté que l'époux de la recourante est toujours inscrit comme administrateur unique de la société et que celle-ci n'est pas entrée en liquidation formelle. Partant, en vertu de la jurisprudence précitée, la recourante se trouve dans une position assimilable à celle d'un employeur en tant que conjoint de l'administrateur de l'entreprise, même si la société n'a plus de locaux ni stocks ni personnel. Le Tribunal fédéral exclut d'assimiler une telle situation à une liquidation formelle.

Par conséquent, l'intimée était fondée de refuser à la recourante les indemnités de chômage.

6. Le recours sera dès lors rejeté.
7. La procédure est gratuite.

**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

Laure GONDRAND

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