

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3279/2009

ATAS/1650/2009

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 5

du 16 décembre 2009

En la cause

Madame S _____, domiciliée à AÏRE

recourante

contre

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

intimée

**Siégeant : Maya CRAMER, Présidente; Christine BULLIARD MANGILI et Evelyne
BOUCHAARA, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Madame S_____ (ci-après : l'assurée), née en 1952 et mariée à Monsieur S_____, a travaillé en dernier lieu pour l'entreprise. S_____ SA à Aïre, en tant que secrétaire à plein temps.
2. Par courrier du 31 janvier 2009, le mari de l'assurée, en tant que représentant de l'employeur, a résilié les rapports de travail avec effet au 1^{er} avril 2009, pour des raisons économiques.
3. Le 3 février 2009, l'assurée s'est annoncée à l'assurance-chômage.
4. Par demande d'indemnité datée du 15 avril 2009, l'assurée a précisé qu'elle avait été engagée par S_____ SA le 1^{er} février 2007. Auparavant, du 1^{er} février 2002 au 31 janvier 2007, elle avait travaillé pour Monsieur S_____. A 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.
5. Le 17 avril 2009, l'employeur a confirmé que les rapports de travail, qui avaient duré du 1^{er} février 2007 au 31 mars 2009, avaient été résiliés pour des raisons de mauvaise conjoncture économique.
6. Par décision du 18 mai 2009, la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse) a nié le droit de l'assurée à l'indemnité de chômage, au motif que les responsables de l'entreprise S_____ SA étaient des membres de sa famille, plus particulièrement que son mari en était l'administrateur avec signature individuelle (selon l'extrait du registre du commerce). Seule une cessation définitive des activités de l'entreprise, voire une rupture des liens avec celle-ci ou l'accomplissement de six mois au moins auprès d'une tierce entreprise en qualité de simple employée pouvaient lui faire bénéficier d'une indemnité de chômage.
7. Le 28 mai 2009, l'assurée, par l'intermédiaire de son conseil, a formé opposition à cette décision. Le chiffre d'affaires de l'entreprise S_____ SA avait considérablement chuté en 2009 par rapport à 2008, en raison de la conjoncture actuelle. L'assurée ne travaillait donc plus du tout dans l'entreprise familiale, car le peu de secrétariat qu'il restait à effectuer était directement exécuté par le conjoint. L'assurée consacrait d'ailleurs son temps libre à la recherche d'un emploi. Par ailleurs, deux ouvriers qualifiés de S_____ SA étaient au chômage partiel.
8. En date du 14 août 2009, la caisse a rejeté l'opposition. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, un travailleur qui jouit d'une situation 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 d'influencer celles-ci de manière déterminante. La jurisprudence étend au conjoint l'exclusion du droit à l'indemnité de chômage, dès lors que ceux-ci 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. Le but de cette réglementation est de prévenir le risque d'abus que représente le versement d'indemnités de chômage à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur, et non l'abus avéré. En l'espèce, il était établi que l'assurée avait requis l'indemnité de chômage sur la base de la perte de son emploi auprès de la société. S _____ SA, dont son époux, Monsieur S _____, était administrateur avec signature individuelle.

9. Par pli daté du 8 septembre 2009, mis à la poste le 9 septembre, l'assurée a interjeté recours contre cette décision devant le Tribunal de céans. Toutes les solutions que la décision attaquée suggérait, à savoir la mise en faillite de la société de son époux, voire le divorce, lui paraissaient inacceptables. Elle avait payé ses cotisations de chômage pendant des années et elle n'avait jamais occupé le statut d'indépendante. Par ailleurs, son mari avait toujours conduit ses affaires seul, sans aucune influence, et son seul souhait était de sauver la société de la faillite. Elle avait toujours occupé un rôle d'employée consciencieuse et efficace.
10. Dans sa réponse du 8 octobre 2009, l'intimée a conclu au rejet du recours, pour les motifs déjà exposés dans la décision attaquée. Il était établi que la recourante était l'épouse du dirigeant et seul animateur de la société. S _____ SA, qui l'avait licenciée. Par conséquent, le droit à l'indemnité de chômage ne pouvait lui être reconnu.
11. Par courrier du 15 octobre 2009, la recourante a maintenu qu'elle n'avait aucune influence auprès de la société de son mari. Elle avait occupé le statut d'employée sans aucun pouvoir décisionnel, ni signature. Elle n'était pas concernée par la jurisprudence qui refusait l'indemnité de chômage aux administrateurs salariés d'une société. Elle n'avait toujours pas compris quel était l'article de loi qui excluait du droit à l'indemnité de chômage les conjoints salariés travaillant dans l'entreprise dont l'époux était administrateur. Elle ne comprenait par ailleurs pas pour quelle raison elle avait dû verser des cotisations de chômage dites « impôt de solidarités », alors qu'elle n'avait aucun pouvoir au sein de la société et que de tels prélèvements étaient selon elle réservés aux indépendants. Elle sollicitait le remboursement de son argent, ce prélèvement n'étant pas correct vis-à-vis d'une simple employée.
12. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (LOJ ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA ; RS 830.1) qui sont 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. La LPGA, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, de même que les modifications de la LACI du 22 mars 2002 (3ème révision) et de l'OACI du 28 mai 2003, entrées en vigueur le 1er juillet 2003, sont applicables en l'espèce dès lors que la demande de prestations est postérieure au 1er juillet 2003 (cf. ATF 130 V 446 ss consid. 1, 129 V 4 consid. 1.2). Cela étant, les notions et les principes développés jusqu'alors par la jurisprudence en matière de droit à l'indemnité de chômage n'ont pas été modifiés par l'entrée en vigueur de la LPGA ou de la 3ème révision de la LACI (voir ATF 130 V 343 consid. 3).
3. Interjeté dans la forme prescrite le 9 septembre 2009 contre la décision du 14 août 2009, le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA).
4. Le litige porte sur la question de savoir si la recourante peut être mise au bénéfice d'indemnités de chômage.
5. a) L'assuré a droit à l'indemnité de chômage si, notamment, il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 8 al. 1 let. a LACI) et il a subi une perte de travail à prendre en considération (art. 8 al. 1 let. b LACI).

b) Les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail lorsqu'ils remplissent les conditions décrites aux lettres a à d de l'art. 31 al. 1 LACI. Une réduction de l'horaire de travail peut consister non seulement en une réduction de la durée quotidienne, hebdomadaire ou mensuelle du travail, mais aussi en une cessation d'activité pour une certaine période, sans résiliation des rapports de travail (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb p. 237). N'ont pas droit à l'indemnité en question les travailleurs dont la réduction de l'horaire de travail ne peut pas être déterminée ou dont l'horaire n'est pas suffisamment contrôlable (art. 31 al. 3 let. a LACI), de même que 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 (art. 31 al. 3 let. b et c LACI).

Selon la jurisprudence (ATF 123 V 234), il existe un étroit parallélisme entre le droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (art. 31 LACI) et le droit à l'indemnité journalière de chômage (art. 8 ss LACI). L'analogie 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. Ainsi, un travailleur qui jouit d'une situation comparable à celle d'un employeur n'a pas droit à l'indemnité de chômage (art. 8 ss LACI) 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'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, en particulier l'art. 31 al. 3 let. c LACI. Dans ce sens, 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 journalière de chômage (ATF 123 V 234 cité).

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 (ATF non publiés du 14 avril 2003, cause C 92/02 et du 29 août 2005, cause C 163/04).

6. a) 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. ATF non publié du 17 novembre 2006, C 192/05, consid. 2 et les références, notamment arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 26 juillet 1999 [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 non publié du 7 décembre 2006, C 156/06, consid. 2 ; ATF du 29 août 2005, cause C 163/04).

b) 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 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 seco relative à l'indemnité de chômage, janvier 2007, chiffre B 31; ATF non publié du 20 février 2007, C 151/06, consid. 3 ; ATF non publié du 31 mars 2004, cause C 171/03).

c) Lorsque le salarié - ou son conjoint - qui se trouve dans une position assimilable à celle d'un employeur quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci, il n'y a plus de risque que les conditions posées par l'art. 31 al. 3 let. c LACI soient contournées. Il en va de même si l'entreprise continue d'exister, mais que l'assuré rompt définitivement tout lien avec elle après la résiliation des rapports de travail. Dans un cas comme dans l'autre, il peut en principe prétendre des indemnités journalières de chômage.

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).

7. En l'espèce, il est établi que durant tout le délai-cadre de cotisation, la recourante a été salariée de la société S_____ SA, dont son époux est l'unique administrateur, avec signature individuelle, inscrit au registre du commerce. L'époux de la recourante a ainsi exercé et conservé, à tout le moins d'un point de vue juridique, une influence sur les décisions de la société et se trouvait pendant les périodes déterminantes dans une position assimilable à celle d'un employeur.

Par ailleurs, aucune pièce au dossier n'établit que la société S_____ SA aurait été dissoute ou serait entrée en liquidation. En particulier, celle-ci n'est pas inscrite "en liquidation" au registre du commerce. La recourante se trouve donc toujours, par l'intermédiaire de son mari, en position d'influencer de manière déterminante les décisions de son dernier employeur. En cas d'évolution positive de la situation, un réengagement de la recourante pourrait avoir lieu, celle-ci travaillant aux côtés de son mari depuis de nombreuses années (de manière ininterrompue depuis 2001 d'après l'extrait du compte individuel AVS de la recourante). Ces éléments démontrent qu'une cessation complète de l'exploitation de la société n'est pas le scénario envisagé par son mari.

Aussi longtemps que S_____ SA est maintenue en activité et que l'époux de la recourante en est l'administrateur, le risque de réengagement, même s'il peut être qualifié de faible compte tenu des explications de la recourante au sujet de la mauvaise marche des affaires, n'est pas inexistant. C'est le lieu en effet de rappeler que la loi entend sanctionner le risque d'abus, que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant lui-même ou son conjoint d'une situation comparable à celle d'un employeur, et non pas l'abus avéré comme tel.

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 l'assimiler à un assuré qui aurait définitivement quitté l'entreprise qui l'employait. Partant, le Tribunal de céans ne peut que confirmer la décision litigieuse.

8. Subsidiairement, la recourante requiert, dans son écriture du 15 octobre 2009, la restitution des cotisations payées par elle au titre «d'impôt de solidarité ».

a) Dans la procédure juridictionnelle administrative, ne peuvent être examinés et jugés, en principe, que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée préalablement d'une manière qui la lie, sous la forme d'une décision. Dans cette mesure, la décision détermine l'objet de la contestation qui peut être déféré en justice par voie de recours. En revanche, dans la mesure où aucune décision n'a été rendue, la contestation n'a pas d'objet et un jugement sur le fond ne peut pas être prononcé (ATF non publié du 29 août 2007, C 211/06, consid. 3 et les références citées ; ATAS/928/2007 du 3 septembre 2007).

b) En l'occurrence, il n'existe pas de décision au sujet de la restitution éventuelle des cotisations en cause. La conclusion subsidiaire de la recourante est donc irrecevable (cf. ATF non publié C 211/06, du 29 août 2007, consid. 3).

9. Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

1. Le rejette, dans la mesure où il est recevable.
2. Dit que la procédure est gratuite.
3. 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

Claire CHAVANNES

Maya CRAMER

La secrétaire-juriste :

Verena PEDRAZZINI-
RIZZI

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