

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3309/2006

ATAS/446/2007

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 4

du 2 mai 2007

En la cause

Madame P _____, domiciliée , GRAND-LANCY, représentée recourante
par CAP Protection juridique SA

contre

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

**Siégeant : Juliana BALDE, Présidente; Nicole BOURQUIN et Bertrand REICH, Juges
assesseurs**

EN FAIT

1. Madame P_____ s'est inscrite le 19 janvier 2006 auprès de la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la Caisse) et a demandé de bénéficier d'indemnités de chômage à compter du 1^{er} février 2006.
2. L'intéressée a mentionné sur sa demande d'indemnité déposée le 23 janvier 2006 avoir travaillé du 1^{er} septembre 2004 au 31 janvier 2006 auprès de X_____ P_____, date à laquelle elle a été licenciée pour raisons économiques. L'employeur a confirmé ses déclarations et, dans l'attestation du 23 janvier 2006, a indiqué que l'assurée avait une participation financière à l'entreprise ou y occupait une fonction dirigeante.
3. Selon l'extrait du registre du commerce, Monsieur P_____, époux de l'intéressée, est inscrit comme titulaire de la raison individuelle "ENTREPRISE COUVERTURE DE BÂTIMENTS ET FAÇADES P_____".
4. Par décision du 18 avril 2006, la Caisse a refusé l'octroi d'indemnités à l'intéressée, au motif que durant les deux ans précédant son inscription, elle avait travaillé au sein de l'entreprise dirigée par son époux et que si elle avait été licenciée pour des raisons économiques, il était peu vraisemblable qu'elle ne consacre pas une partie de son temps à l'entreprise familiale afin de la sauvegarder. En outre, le statut de conjoint de l'employeur ne lui permettait pas de bénéficier d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail. Son licenciement avait ainsi pour but de lui permettre de percevoir des indemnités de chômage en évitant le refus d'octroi de la réduction de l'horaire de travail. Seule une cessation définitive des activités de l'entreprise, une rupture totale de ses liens avec celle-ci ou l'accomplissement de six mois de cotisations dans une entreprise tierce pourraient lui faire bénéficier desdites indemnités.
5. Par courrier du 9 mai 2006, l'intéressée a formé opposition, relevant qu'elle avait été licenciée suite à de graves difficultés financières engendrant la cessation des activités de l'entreprise au 26 avril 2006. Elle rappelle que le premier employé de l'entreprise avait été congédié pour le 31 décembre 2005, qu'elle-même l'a été pour le 31 janvier 2006 et qu'enfin, le dernier employé était parti le 21 avril 2006. Elle ajoute que les charges sociales avaient toujours été payées comme pour tout autre employé. Elle a d'autre part joint copie d'un courrier du registre du commerce du 28 avril 2006 requérant une avance d'émolument en vue de la radiation de l'entreprise, ainsi qu'une copie du récépissé du bulletin de versement du registre du commerce, selon lequel l'avance des émoluments avait été réglée le 4 mai 2006.
6. A la demande de la Caisse, l'intéressée a produit en date du 30 mai 2006 copies de ses douze dernières fiches de salaire, un extrait de compte individuel des cotisations AVS/AC et une copie des attestations des salaires AVS pour l'année 2006. Elle a

expliqué au surplus que les paiements des salaires des employés de l'entreprise étaient effectués en espèces.

7. Par décision du 11 août 2006, la Caisse a rejeté l'opposition de l'intéressée au motif qu'en tant que conjoint travaillant dans la même entreprise, elle n'avait droit à l'indemnité que si elle justifiait d'une période de cotisations de six mois au mois acquise dans une tierce entreprise. D'autre part, si l'intéressée prétendait à nouveau à des indemnités de chômage le 11 mai 2006, date du jour suivant la radiation de l'entreprise, il lui appartiendrait de réunir toutes les conditions du droit nécessaire et d'apporter la preuve du versement effectif de ses salaires durant son activité au sein de l'entreprise de son époux.
8. Représentée par la COMPAGNIE D'ASSURANCE DE PROTECTION JURIDIQUE SA - CAP, l'intéressée a interjeté recours en date du 13 septembre 2006. Elle conteste la décision au motif qu'elle a bien été licenciée pour des motifs économiques, que d'ailleurs la société a cessé ses activités trois mois plus tard, et qu'elle ne pouvait donc exercer aucune influence sur la perte de travail subie. Aucune possibilité de réengagement n'existait. Elle avait bien définitivement quitté l'entreprise qui a cessé ses activités, de sorte qu'elle a droit aux indemnités de chômage. Elle a conclu à l'octroi desdits indemnités depuis le 1^{er} février 2006.
9. Dans sa réponse du 10 octobre 2006, la Caisse maintient ses conclusions, relevant que la cessation des activités de l'entreprise ne suffit pas, dès lors que la recourante avait à la position d'un travailleur comparable à celui d'un employeur, de sorte qu'il convient de sanctionner le risque d'abus que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur. D'autre part, la Caisse relève que la recourante n'a pas apporté la preuve du versement effectif de ses salaires. Quoi qu'il en soit, le gain assuré ne serait pas déterminable conformément à la jurisprudence du TFA. Enfin, la référence faite par la recourante à son activité salariée auprès d'une autre société précédant son emploi auprès de la société familiale ne lui est d'aucun secours, dans la mesure où le contrat auprès de la société en cause est parvenu à échéance le 31 août 2004; elle ne peut dès lors compter que sept mois d'activité et non douze mois, le délai cadre de cotisations démarrant le 1^{er} février 2004.
10. Le Tribunal a convoqué les parties en audience de comparution personnelle, qui s'est tenue en date du 8 novembre 2006. La recourante a expliqué que l'entreprise en raison individuelle de son époux comptait deux ouvriers, plus elle-même; elle travaillait en qualité de secrétaire. Elle rappelle qu'en raison des difficultés de l'entreprise, le premier ouvrier a été licencié au 31 décembre 2005, elle-même au 31 janvier 2006 et le dernier ouvrier est parti à fin avril 2006, avec la fermeture de l'entreprise. Son époux a d'ailleurs trouvé un emploi à partir du 1^{er} mai 2006. Concernant le paiement des salaires, il était versé en espèces à la fin de chaque mois avec la fiche de salaire, ce qui est conforme à la convention collective du

bâtiment. Lorsqu'elle percevait son salaire, elle ne le portait pas en compte, car elle l'utilisait pour les besoins courants du ménage.

Le représentant de la Caisse a déclaré que si le versement des salaires était prouvé, il entrerait en matière à partir du 10 mai 2006, date de la radiation de l'entreprise au registre du commerce. Par ailleurs, il demandait à ce que la recourante dépose ses avis de taxations 2005. Sur quoi, le Tribunal a accordé un délai au 30 novembre 2006 à la recourante pour produire les pièces requises.

11. Dans le délai imparti, la recourante a produit copie de l'avis de taxation 2005 faisant état d'un salaire annuel brut de 26'000 fr., copie des décomptes de salaire des trois employés, dont elle-même, pour l'année 2005, copie du compte d'exploitation de l'entreprise au 31 décembre 2005, faisant état des salaires et charges sociales versés en faveur des employés, copie de la requête de radiation adressée le 26 avril 2006, ainsi que des relevés de comptes CCP ouverts au nom des époux.
12. Le Tribunal de céans a communiqué ces pièces à la Caisse en date du 4 décembre 2006, lui impartissant un délai pour se déterminer.
13. Dans ses écritures du 14 décembre 2006, la Caisse a admis la preuve du versement des salaires, mais a maintenu que l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation devait être fixée au 10 mai 2006, date qui correspond à la radiation de l'inscription de la société au registre du commerce.
14. Dans ses dernières écritures du 5 février 2007, la recourante a pris acte de ce que la Caisse a admis la preuve du paiement de ses salaires, mais a conclu à l'ouverture de son droit aux prestations de chômage dès le 1^{er} février 2006, au motif que suite à son licenciement, il n'y avait aucune perspective de réengagement, la cessation d'activité de l'entreprise ayant d'ores et déjà été programmée.
15. Par courrier du 15 février 2007, la Caisse a finalement admis, au vu des divers éléments du dossier, de prendre comme date d'ouverture du délai-cadre de la recourante le 26 avril 2006, correspondant à la demande de radiation de la société au registre du commerce.
16. Après communication des écritures à la recourante le 19 février 2006, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. En vertu de l'art. 56V al. 1 let. a, ch. 8 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales 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)

qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI).

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

2. La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 230 consid. 1.1; 335 consid. 1.2; ATF 129 V 4 consid. 1.2; ATF 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références). Les règles de procédure quant à elles s'appliquent sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b). La LPGA s'applique donc au cas d'espèce.
3. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA).
4. L'objet du litige ne porte plus que sur la date à partir de laquelle la recourante a droit à l'indemnité de chômage, à savoir le 1^{er} février 2006 ou le 26 avril 2006, date à laquelle l'époux de la recourante a écrit au Registre du commerce pour demander la radiation de sa société.
5. Aux termes de l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage, à condition, notamment, d'être sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 10), de subir une perte de travail à prendre en considération (art. 11) et de remplir les conditions relatives à la période de cotisation ou d'en être libéré (art. 13 et 14 LACI). Il y a lieu de prendre en considération une perte de travail lorsqu'elle se traduit par un manque à gagner et dure au moins deux journées consécutives (art. 11 al. 1 LACI).

Selon l'art. 31 al. 3 let. c LACI, n'ont pas 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 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.

Dans un arrêt M. du 4 septembre 1997 publié aux ATF 123 V 234, le Tribunal fédéral des assurances a explicité les motifs fondant l'application analogique de cette règle à l'octroi de l'indemnité de chômage. D'après cette jurisprudence, 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. L'analogie avec la réduction de l'horaire de travail 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 (Boris RUBIN, Assurance-chômage, Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, Procédure, 2ème éd. mise à jour et complétée, Zurich 2006, p. 122).

La situation est en revanche différente quand 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 que le salarié, par suite de la résiliation de son contrat, rompt définitivement tout lien avec la société. Dans un cas comme dans l'autre, l'intéressé peut en principe prétendre des indemnités de chômage (ATF 123 V 238 consid. 7b/bb; SVR 2001 ALV no 14 pp. 41-42 consid. 2a; DTA 2000 no 14 p. 70 s. consid. 2).

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 (ATF 123 V 239 consid. 7b/bb). En ce sens, la jurisprudence étend l'exclusion du conjoint au droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, à celui de l'indemnité de chômage (cf. arrêt non publié M. du 26 juillet 1999 [C 123/99]; voir aussi Regina JÄGGI, *Eingeschränkter Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei arbeitgeberähnlicher Stellung durch analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG*, RSAS 2004, p. 9 s.). En effet, les conjoints peuvent également 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.

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 (cf. DTA 2002 p. 183; arrêt R. du 22 novembre 2002, C 37/02). 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.

Le TFA a rappelé au demeurant que 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 non publié du 14 avril 2003, C 92/02, consid. 4).

6. En l'espèce, il n'est pas contesté que la recourante est l'épouse du chef de l'entreprise individuelle dans laquelle elle travaillait avant d'être licenciée avec effet au 31 janvier 2006. Elle conteste cependant l'application analogique de l'art. 31 al.3 let. c LACI dans son cas, dès lors qu'elle a été licenciée pour des motifs économiques, de même que les deux autres employés et que la société a cessé ses activités trois mois plus tard. Elle soutient qu'elle a quitté définitivement la société, qu'elle ne pouvait exercer aucune influence sur la perte de travail subie et qu'il n'existait aucune possibilité de réengagement. Lors de son audition, la recourante a déclaré qu'elle et son mari se sont rendus compte, en hiver 2005, qu'il n'était plus possible de continuer l'exploitation de la petite entreprise, raison pour laquelle le premier ouvrier a été licencié au 31 décembre 2005, le dernier étant parti à fin avril 2006, avec la fermeture de l'entreprise.

Le Tribunal de céans constate que la lettre de licenciement se réfère à la décision de l'entreprise de baisser l'effectif des collaborateurs pour l'année 2006. Ces mêmes motifs ont été indiqués par la recourante et son époux lors de l'inscription au chômage. A ce moment-là, il n'a pas été fait état de la fermeture prochaine de l'entreprise et la recourante n'a produit aucun document en ce sens.

L'intimée était dès lors fondée, au vu du risque d'abus, à nier le droit à l'indemnité de chômage de la recourante, en application de l'art. 31 al. 3 let. c LACI et de la jurisprudence y relative. En revanche, ainsi que l'intimée l'a proposé, ce droit peut lui être reconnu dès le 26 avril 2006, date de la demande de radiation de l'entreprise au Registre du commerce.

7. La recourante invoque le fait qu'avant l'activité déployée dans l'entreprise de son époux, elle avait travaillé auprès d'une autre société.

Cet argument ne lui est cependant d'aucun secours. En effet, ainsi que le relève l'intimée, le délai-cadre de cotisation s'étend du 1^{er} février 2004 au 31 janvier 2006 (cf. art. 9 al. 3 LACI). Or, l'activité déployée auprès de l'entreprise tierce a pris fin le 31 août 2004, de sorte qu'elle n'a pas accompli la période de douze mois de cotisations hors l'entreprise de son conjoint (cf. Bulletin du SECO MT/AC 2003/4, fiche 4/3).

8. Au vu de ce qui précède, le recours doit être partiellement admis.

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

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.
3. Condamne la Caisse cantonale genevoise de chômage à verser les indemnités de chômage en faveur de Madame P _____ dès le 26 avril 2006.
4. Renvoie la cause à l'intimée afin qu'elle calcule les montants dus.
5. Déboute les parties de toutes autres ou contraires conclusions.
6. Condamne l'intimée à payer à la recourante la somme de 800 fr. à titre participation à ses frais et dépens ainsi qu'à ceux de son mandataire.
7. 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); 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 :

Sylvie CHAMOUX

Juliana BALDE

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