RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3807/2020 **ATAS/990/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 28 septembre 2021

15ème Chambre

En la cause

Madame A_____, domiciliée c/o Mme B_____, _____, à THÔNEX, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Paul HANNA	recourante

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHÔMAGE, sise rue de Montbrillant 40, GENÈVE	intimée

Siégeant : Marine WYSSENBACH, Présidente; Anny FAVRE et Christine TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs

EN FAIT

A. a. Madame A_____ (ci-après : l'assurée), née en 1971, est mariée à Monsieur C_____ depuis 1996. Le couple s'est séparé au mois de janvier 2019. L'assurée a quitté le domicile conjugal et s'est installée chez sa mère. Elle a consulté une association venant en aide aux personnes victimes de violences en couple et à leurs enfants, entre le 24 janvier et le 27 mai 2019. Elle y a décrit être victime de violences conjugales et, depuis la séparation du couple, en particulier des violences psychiques et économiques.

b. L'assurée a travaillé pour D_____ SA, en tant que gestionnaire des relations commerciales à temps partiel, du 1er janvier 2016 au 31 juillet 2019. Cette société (en liquidation à la suite du prononcé de sa faillite le 1er octobre 2020) avait alors pour administrateur unique, avec signature individuelle, C_____ (cf. registre du commerce). Le contrat de travail de l'assurée a été résilié par l'employeur, sous la signature de son époux, avec effet au 31 juillet 2019. Jugeant le motif abusif et sollicitant des salaires impayés, l'assurée a actionné son ancien employeur par-devant la juridiction des Prud'hommes (requête en conciliation déposée le 19 novembre 2019 et demande en paiement le 8 mai 2020).

c. L'assurée est en outre administratrice et actionnaire de la société E_____ SA, laquelle a le même but social que la société D_____ SA. Elle n'a jamais perçu de revenu de cette société.

B. a. L'assurée a sollicité de la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse) l'octroi d'indemnités de chômage, le 1er août 2019.

b. Par décision du 20 mars 2020, la caisse a refusé d'allouer des prestations à l'assurée au motif que lors de sa demande elle était l'épouse de l'administrateur unique de la société l'ayant licenciée et administratrice de E_____ SA. En tant que conjointe de l'employeur, l'assurée ne pouvait pas prétendre à des indemnités de chômage.

c. Par acte du 4 septembre 2020, l'assurée s'est opposée à cette décision, en invoquant en particulier qu'elle était en litige avec son ancien employeur, l'avait attrait aux Prud'hommes et avait l'intention de demander le divorce.

d. D_____ SA a été déclarée en faillite par jugement du 1er octobre 2020.

e. Par décision sur opposition du 20 octobre 2020, la caisse a rejeté l'opposition et confirmé la décision du 20 mars 2020.

C. a. L'assurée a formé un recours contre cette décision devant la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : CJCAS), en concluant, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de la décision sur opposition du 20 octobre 2020 et à ce que la chambre de céans dise qu'elle a droit à des indemnités de chômage à compter du 1er septembre 2019, subsidiairement du 20 mars 2020 au 1er juin 2020 et du 3 septembre 2020, ou plus subsidiairement à

compter du 1er octobre 2020, et plus subsidiairement encore, à ce que la chambre de céans renvoie la cause à l'intimée pour nouvelle décision.

b. Par réponse du 21 décembre 2020, l'intimée a conclu au rejet du recours, en se référant notamment au Bulletin LACI IC point B21 à B23 et à l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_574/2017 consid. 5.2 du 4 septembre 2018. En tant qu'épouse de l'administrateur de la société employeuse, la recourante était exclue des personnes pouvant prétendre aux indemnités de chômage. L'ordonnance COVID-19 citée par la recourante s'appliquait exclusivement à la réduction de l'horaire de travail. Le prononcé de la faillite de la société D_____ SA, soit un événement qui permettrait hypothétiquement d'éviter le risque d'abus, pourrait tout au plus permettre à la caisse de réexaminer la possibilité d'octroi des indemnités à la recourante à partir du 1er octobre 2020. En tenant compte de cette date, la recourante ne pouvait cependant plus justifier de la période de cotisation minimale de douze mois.

c. Le 21 janvier 2021, la recourante a répliqué.

d. Le 28 janvier 2021, la caisse a persisté dans ses conclusions.

e. Par pli du 19 février 2021, la recourante a avisé la chambre de céans qu'elle n'avait pas d'autres observations à faire.

f. La cause a dès lors été gardée à juger. Les arguments des parties seront exposés ci-après.

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 - E 2 05), 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. Le litige porte sur le bien-fondé de la décision de la caisse de nier le droit à l'indemnité de chômage à la recourante, motif pris de la position d'employeur occupée par son époux.

3. En vertu de l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a), s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (let. b), s'il est domicilié en Suisse (let. c), s'il a achevé sa scolarité obligatoire, qu'il n'a pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touche pas de rente de vieillesse de l'AVS (let. d), s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (let. e), s'il est apte au placement (let. f) et s'il satisfait aux exigences du contrôle (let. g). Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 218 consid. 2).

4. 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 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 LACI).

5. Le Tribunal fédéral a rappelé dans l'arrêt 8C_574/2017 du 4 septembre 2018 (se référant à plusieurs arrêts dont en dernier lieu l'arrêt 8C_163/2016 du 17 octobre 2016 consid. 4.2) que pour des raisons de conflits d'intérêts évidents, la loi exclut du cercle des bénéficiaires de l'indemnité en cas de réduction de travail les personnes qui occupent dans l'entreprise une position dirigeante leur permettant de déterminer eux-mêmes l'ampleur de la diminution de leur activité (cf. art. 31 al. 3 let. c LACI). Il en va de même des conjoints de ces personnes, qui travaillent dans l'entreprise. Dans l'ATF 123 V 234, le Tribunal fédéral a identifié un risque de contournement de cette clause d'exclusion lorsque dans un contexte économique difficile, ces mêmes personnes procèdent à leur propre licenciement et revendiquent l'indemnité de chômage tout en conservant leurs liens avec l'entreprise. Dans une telle configuration, en effet, il est toujours possible pour elles de se faire réengager dans l'entreprise ultérieurement et d'en reprendre les activités dans le cadre de son but social. La même chose vaut pour le conjoint de la personne qui se trouve dans une position assimilable à un employeur lorsque, bien que licencié par ladite entreprise, il conserve des liens avec celle-ci au travers de sa situation de conjoint d'un dirigeant d'entreprise. Cette possibilité d'un réengagement dans l'entreprise - même si elle est seulement hypothétique et qu'elle découle d'une pure situation de fait - justifie la négation du droit à l'indemnité de chômage. Ce droit peut toutefois être reconnu lorsque le dirigeant démontre qu'il a coupé tous les liens qu'il entretenait avec l'entreprise (en raison de la fermeture de celle-ci ou en cas de démission de la fonction dirigeante) ou, s'agissant du conjoint licencié, lorsque celui-ci a travaillé dans une autre entreprise que celle dans laquelle son mari ou sa femme occupe une position assimilable à un employeur. Bien que cette jurisprudence puisse paraître très sévère, il y a lieu de garder à l'esprit que l'assurance-chômage n'a pas pour vocation à indemniser la perte ou les fluctuations de gain liées à une activité indépendante mais uniquement la perte de travail, déterminable et contrôlable, du travailleur ayant un simple statut de salarié qui, à la différence de celui occupant une position décisionnelle, n'a pas le pouvoir d'influencer la perte de travail qu'il subit et pour laquelle il demande l'indemnité de chômage (sur l'ensemble de cette problématique, voir Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, ad art. 10 LACI n° 18 ss ; également du même auteur, Droit à l'indemnité de chômage des personnes occupant une position assimilable à celle d'un employeur, in DTA 2013 n° 1, p. 1-12).

   Dans l'ATF 142 V 263 (cas d'époux séparés depuis de nombreuses années et dans lequel le mari avait fondé une nouvelle famille), le Tribunal fédéral a jugé que les

prestations de l'assurance-chômage n'étaient pas dues jusqu'au prononcé du divorce, indépendamment du point de savoir si et depuis combien de temps les conjoints vivaient séparés de fait ou de droit ou si des mesures de protection de l'union conjugale avaient été ordonnées, car il existait un risque d'abus (eu égard aux intérêts économiques des conjoints).

6. Dans l'arrêt 8C_574/2017 précité, le Tribunal fédéral a ainsi annulé la décision cantonale ayant admis le droit à des indemnités de chômage reconnu à une épouse dont l'époux avait été arrêté pour des violences conjugales et qui avait dû, avec ses enfants, trouver refuge dans plusieurs structures d'accueil, une interdiction de les approcher avait en outre été signifiée à l'époux. L'arrestation de l'époux en raison de violences conjugales avait été considérée par l'instance cantonale comme le moment à partir duquel l'épouse n'avait plus de moyen même théorique d'influencer les décisions de son époux. Malgré cette situation exceptionnelle, le Tribunal fédéral a considéré que les conditions pour changer sa jurisprudence en la matière n'étaient pas données et avait rappelé que la probabilité d'une reprise de la vie commune ne constituait pas un élément déterminant. Les juges cantonaux ne pouvaient pas reconnaître le droit de l'épouse à l'indemnité de chômage, de sorte que l'arrêt cantonal avait été annulé.

7. Le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires 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 ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 139 V 176 consid. 5.3 et les références). 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 consid. 5b ; 125 V 195 consid. 2 et les références ; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). 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 consid. 5a).

8. En l'espèce, la recourante s'est vue nier son droit à des indemnités de chômage dans la mesure où elle était la conjointe de l'administrateur unique de la société l'ayant licenciée avec effet au 31 juillet 2019.

   La recourante, bien que séparée de son époux et en litige avec la société de ce dernier, était, au regard de la jurisprudence du Tribunal fédéral, exclue du cercle des personnes pouvant prétendre à des indemnités de chômage. Il n'est en effet, selon la jurisprudence stricte du Tribunal fédéral, pas relevant que les conjoints aient été séparés au moment de la demande d'indemnités de chômage et en litige sur le plan du droit du travail, puisqu'ils étaient toujours mariés et économiquement liés.

Par ailleurs, la recourante n'a pas justifié avoir travaillé dans une autre entreprise que celle dans laquelle son époux occupait une position assimilable à un employeur durant une période de six mois.

La décision de l'intimée apparaît ainsi conforme à la jurisprudence en la matière.

Pour le surplus, la chambre de céans constate qu'au prononcé de la faillite, le 1er octobre 2020, en considérant qu'il n'existait dès lors plus de risque hypothétique d'abus, la recourante ne réunissait pas la condition d'une période de cotisations de douze mois entre le 1er octobre 2018 et le 1er octobre 2020, de sorte qu'elle n'aurait pas pu prétendre à des indemnités de chômage dès cette date.

La décision attaquée est dès lors bien fondée.

9. La recourante prétend également à des indemnités de chômage pour la période du 17 mars au 1er juin 2020 en se fondant sur l'ordonnance COVID-19 par laquelle le Conseil fédéral a reconnu le droit à des indemnités pour la réduction de l'horaire de travail aux personnes fixant les décisions que prend l'employeur et aux conjoints de ces dernières qui sont employés dans l'entreprise.

   Cette ordonnance ne concernait que les indemnités pour les mesures de réduction de l'horaire de travail prises afin d'éviter des licenciements et ne concernait pas les indemnités de chômage.

   Le Conseil fédéral n'a pas prononcé d'ordonnance fondant un droit à des indemnités de chômage pour les personnes fixant les décisions que prend l'employeur et pour les conjoints de ces dernières, en cas de licenciement.

   Faute de base légale, la recourante ne peut pas prétendre à des indemnités de chômage pour la période du 17 mars au 1er juin 2020, ou ultérieurement.

   Au demeurant, la recourante n'aurait pas justifié de douze mois de cotisations dans les deux ans ayant précédé le prononcé de l'ordonnance sur laquelle elle se fonde comme point de départ du délai-cadre d'indemnisation et de fin de son délai-cadre de cotisations.

   Les griefs de la recourante ne sont pas fondés.

   Le recours est rejeté.

   Pour le surplus la procédure est gratuite.

* * * * * *

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
Marie NIERMARÉCHAL	Marine WYSSENBACH

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