

# **GE\_GERICHTE ATAS/1165/2013 vom 26. November 2013**

GE Cour de justice, 2013-11-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_1165\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1165_2013)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/1165/2013 du 26 novembre 2013

IT: GE\_GERICHTE ATAS/1165/2013 del 26 novembre 2013

## **Erwägungen**

### **E. 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 1er 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.

### **E. 2**

À teneur de l'art. 1er al. 1 LACI, les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité, à moins que la loi n'y déroge expressément.

### **E. 3**

Interjeté dans les forme et délai prescrits par la loi, le présent recours est recevable (art. 56 et ss LPGA).

### **E. 4**

Le litige porte sur le droit de l'intimée de refuser à l'assurée des indemnités de chômage au motif que son mari a une position dominante dans la société qui l'employait.

A/1559/2013 - 5/10 -

### **E. 5**

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). L'art. 13 al. 1er LACI dispose que celui qui, dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet (art. 9 al. 3), a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation remplit les conditions relatives à la période de cotisation. Selon l'art. 336 c CO, les effets du congé sont reportés de 180 jours après 6 ans d'emploi si le travailleur est incapable de travailler pour cause de maladie avant l'expiration du délai de congé.

### **E. 6**

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). D'après la jurisprudence (ATF 123 V 234), un travailleur qui jouit d'une situation professionnelle comparable à celle d'un employeur - ou son conjoint - 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 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

A/1559/2013 - 6/10 - personnes, qui sont occupés dans l'entreprise. Dans ce sens, il existe un étroit parallélisme entre l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail et le droit à l'indemnité de chômage. Lorsqu'il s'agit d'un membre du conseil d'administration ou d'un associé d'une Sàrl, l'inscription au registre du commerce constitue en règle générale le critère de délimitation décisif (DTA 2002 p. 185 consid. 2b et c [C 373/00]; arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 4 octobre 2006, C 353/05, consid. 2). 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). Le Tribunal fédéral a ainsi confirmé que c'est à juste titre que les organes de l'assurance-chômage nient le droit aux indemnités journalières à une assurée, compte tenu des fonctions occupées par son époux dans la Sàrl, le fait que l'assurée n'ait pas occupé de fonction dirigeante au sein de l'entreprise au moment de son licenciement n'étant pas déterminant (ATFA du 6 juin 2007; C 113/06). Est décisif le fait qu'au moment de l'inscription au chômage l'assuré et son épouse apportaient une collaboration significative au sein de l'entreprise et que l'un des époux a conservé cette position (ATFA du 2 juin 2004, C 219/03).

## **E. 7**

La situation est en revanche différente quand le salarié, se trouvant dans une position assimilable à celle de l'employeur, quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci, car il n'y a pas de risque que les conditions posées par l'art. 31 al. 3

let. c LACI soient contournées. Il en va de même lorsque 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 (voir plus particulièrement ATF 123 V 234 consid. 7b/bb p. 238; voir aussi DTA 2004 p. 259, C 65/04, consid. 2; SVR 2001 ALV no 14 p. 41 s., C 279/00, consid. 2a et DTA 2000 no 14 p. 70, C 208/99, consid. 2). Toutefois, la jurisprudence est stricte; 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 AIV 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). Le Tribunal fédéral a ainsi estimé qu'un assuré n'avait pas droit aux indemnités, tant que la société n'est pas entrée en liquidation, car il se trouve encore, par l'intermédiaire de son conjoint, en position d'influencer de manière déterminante les décisions de son dernier employeur (arrêt du 2 février

A/1559/2013 - 7/10 - 2009, 8C\_478/2008) et en raison du fait que, malgré la fermeture du magasin, la société pouvait rapidement trouver de nouveaux locaux, ou reprendre une épicerie existant déjà (arrêt du 21 janvier 2009, 8C\_492/2008).

#### **E. 8**

Les directives (bulletin LACI, 2013) résument ainsi les faits entraînant le départ définitif ou l'abandon définitif de la position assimilable à celle d'un employeur: - la fermeture de l'entreprise ; - la faillite de l'entreprise ; - la vente de l'entreprise et/ou de la participation financière avec abandon de la position assimilable à celle d'un employeur ; - le congé avec perte de la position assimilable à celle d'un employeur.

#### **E. 9**

Un droit à l'indemnité peut être reconnu dès la date du divorce, de la séparation juridique ou de l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale rendue par un juge (circulaire LACI, B 23). N'étant pas rare que des époux reviennent sur leur décision de séparation et retirent leur demande de divorce, il ne faut pas partir du principe qu'une séparation de quelques mois dans les faits reflète une volonté définitive de divorcer ou de se séparer (arrêt du 7 mars 2011, 8C\_1032/2010). Une séparation de fait ne représente pas un motif de libération. Par ailleurs, si le juge rend ultérieurement un jugement de mesures protectrices de l'union conjugale, cela n'ouvre pas un droit rétroactif à l'indemnité dès la séparation de fait alléguée, mais dès le dépôt de la demande de mesures protectrices (arrêt du 3 juin 2011, 8C\_74/2011). Dans cet arrêt, si le Tribunal fédéral a exclu de faire rétroagir le droit à l'indemnité à la date de l'inscription au chômage (décembre 2009), c'est notamment en raison du fait que malgré une séparation de fait dès avril 2009, l'assurée n'avait déposé une requête devant le juge matrimonial qu'en février 2010. Dans ce cas-là d'ailleurs, la caisse de chômage et le Tribunal fédéral ont fixé le début de l'indemnisation à la date du dépôt de la demande et non pas du jugement de séparation.

#### **E. 10**

Dans le domaine des assurances sociales, il n'existe pas un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (RAMA 1999 no U 349 p. 478 consid. 2b). Sauf dispositions contraires de la loi, le juge fonde sa décision

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 125 V 195 consid. 2, 121 V 47 consid. 2a, 208 consid. 6b et la référence).

#### **E. 11**

En l'espèce, il est établi que l'époux de l'assurée remplit les conditions de la jurisprudence pour se voir reconnaître le statut d'employeur de l'assurée : il dispose du 50% du capital-actions de la société, il en est l'administrateur-président depuis

A/1559/2013 - 8/10 - mars 2008 avec signature collective à deux et il a ainsi signé, avec son associé, la lettre de licenciement. Il appartient donc au cercle des 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. D'ailleurs, si le motif du licenciement est peut-être en partie économique, il est surtout concomitant avec la décision de l'assurée de quitter le domicile conjugal en septembre 2012 et la conséquence des tensions conjugales entre époux. On ne peut donc pas sérieusement soutenir que la décision de licencier n'est pas le fait de l'époux de l'assurée. Corolairement, si les difficultés conjugales avaient été de moindre gravité et que le couple s'était rapidement réconcilié, l'époux de l'assurée avait de la même façon le pouvoir de la réengager. Sur ces bases, c'est donc à juste titre que la caisse a nié le droit à des indemnités de chômage à l'assurée, épouse de l'un des associés de l'entreprise, par décision sur opposition du 16 avril 2013.

#### **E. 12**

Dans un second temps seulement, l'assurée a fait valoir la séparation du couple. le Tribunal fédéral admet que l'indemnisation peut débiter à la date du dépôt de la demande de séparation ou de divorce. Cela étant, la date à partir de laquelle l'autorité peut considérer, sans excès de pouvoir d'appréciation, que la séparation exclut le risque d'abus de droit combattu par l'art. 31 LACI dépend des circonstances du cas d'espèce. En l'occurrence, on peut inférer du licenciement de septembre 2012 que la décision de séparation a été prise à ce moment-là. Il est établi que l'assurée a signé le 18 décembre 2012 déjà un bail pour un appartement de quatre pièces et qu'elle y a emménagé dès son entrée en vigueur le 1er février 2013, date à partir de laquelle elle y est domiciliée selon le registre de l'Office cantonal de la population. Elle a ainsi pris à bail un logement suffisamment grand pour y recevoir ses enfants et elle entretient une relation amoureuse avec un autre homme. De plus, par l'entremise de son avocat, elle a tenté de négocier les conditions d'un divorce, ce qui était encore envisageable en juin 2013, raison pour laquelle elle n'a pas immédiatement déposé de requête de mesures protectrices de l'union conjugale. Même lorsque le principe de la séparation est acquis, il serait excessif d'exiger d'une assurée, qui n'est pas dans une situation d'urgence car elle a un logement, bénéficie d'indemnités journalières et a trouvé un terrain d'entente provisoire s'agissant du sort des enfants, de déposer une requête de mesures protectrices – couteuse en termes d'honoraires d'avocat - pour prouver la séparation aux organes de l'assurance-chômage. La situation de cette séparation n'est donc pas comparable à celle de l'assurée, récemment séparée de son époux, qui est provisoirement hébergée chez des tiers ou qui loue un petit studio, situation dans laquelle le Tribunal fédéral estime qu'il

n'est pas établi que la réconciliation est exclue ni que la séparation de fait sera sanctionnée par une séparation de droit. Certes, à défaut d'accord de son époux au principe du divorce, l'assurée aurait pu déposer déjà une demande de mesures protectrices de l'union conjugale en septembre 2013. Toutefois, le retard pris pour ce faire ne permet pas de douter que,

A/1559/2013 - 9/10 - compte tenu de l'ensemble des circonstances décrites et du temps écoulé depuis lors, il était exclu que l'assurée soit engagée à nouveau ou exerce encore une quelconque activité pour le compte de la société de son mari au-delà du 1er février 2013.

### **E. 13**

En conséquence, la décision sur opposition du 16 avril 2013 sera annulée en tant qu'elle refuse toute indemnité à l'assurée au-delà du 1er février 2013 au motif de ses liens d'épouse avec l'un des administrateurs de la société qui l'employait. Cela étant, il a été établi que les effets du congé notifié à l'assurée avaient été reportés en tout cas au 30 juin 2013 soit 180 jours après l'échéance du congé au 31 décembre 2012, voire au 31 juillet 2013 selon l'assurée. Celle-ci ne s'est inscrite à l'assurance- chômage que le 19 août 2013 et sauf si l'OCE admet de faire rétroagir cette inscription au 1er août 2013, au motif que l'assurée était alors en vacances, cette dernière ne peut prétendre à une indemnisation que dès le 19 août 2013. Il appartiendra cependant à la caisse de déterminer la réalisation des autres conditions de l'indemnisation, l'objet du litige étant limité à la position dominante du mari de l'assurée dans la société et à ses conséquences sur le droit à l'indemnité.

### **E. 14**

Au surplus, les autres griefs de l'assurée à l'égard de l'OCE et de la caisse, aussi pertinents soient-ils, ne sont pas déterminants dans le cadre de ce litige. Certes, jusqu'au préavis de la caisse du 13 juin 2013, à l'en tête "Caisse cantonale de chômage", tous les courriers de la caisse étaient établis à l'en tête " Office cantonal de l'emploi" puis en dessous "OCE caisse cantonale de chômage", ce qui était pour le moins de nature à induire en erreur les administrés, qui croient de bonne foi qu'il s'agit d'une seule autorité et non pas de deux entités distinctes et étanches. Cela concerne toutefois les décisions d'annulation de l'OCE. A n'en pas douter toutefois, son conseil aura su intervenir auprès de l'OCE pour faire valoir que l'assurée avait démontré en tout temps à la caisse son incapacité de travail du 18 décembre 2012 au 1er juillet 2013 de sorte que l'on ne pouvait pas exiger d'elle qu'elle produise des recherches de ses trois derniers mois lors de son inscription en août 2013.

### **E. 15**

Ainsi, le recours est très partiellement admis, la décision est annulée dans le sens qui précède et la cause est renvoyée à l'intimée pour une nouvelle décision. L'assurée, qui n'obtient que partiellement gain de cause, a droit à une indemnité de procédure limitée à 1'000 fr. malgré le nombre d'écritures et d'audiences.

A/1559/2013 - 10/10 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme :