

# **GE\_GERICHTE ATAS/1650/2009 vom 16. Dezember 2009**

GE Cour de justice, 2009-12-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_1650\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1650_2009)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/1650/2009 du 16 décembre 2009

IT: GE\_GERICHTE ATAS/1650/2009 del 16 dicembre 2009

## **Erwägungen**

### **E. 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.

### **E. 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).

### **E. 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).

### **E. 4**

Le litige porte sur la question de savoir si la recourante peut être mise au bénéfice d'indemnités de chômage.

### **E. 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).

A/3279/2009 - 5/9 - 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

A/3279/2009 - 6/9 - 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).

## E. 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

A/3279/2009 - 7/9 - 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).

## E. 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.

#### **E. 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).

A/3279/2009 - 8/9 - 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).

#### **E. 9**

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

A/3279/2009 - 9/9 -

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.