

GE_GERICHTE A/436/2018 vom 30. Oktober 2018

GE Cour de justice, 2018-10-30, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_436_2018

FR: GE_GERICHTE A/436/2018 du 30 octobre 2018

IT: GE_GERICHTE A/436/2018 del 30 ottobre 2018

Erwägungen

E. 2

ème Chambre En la cause Madame A_____, domiciliée à VERNIER, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Michel BOSSHARD recourante contre CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHÔMAGE, sise rue de Montbrillant 40, GENÈVE intimée EN FAIT 1. Madame A_____ (ci-après : l'assurée ou la recourante), née le _____ 1977, domiciliée dans le canton de Genève depuis mai 2007, a épousé en 2006 Monsieur B_____, né le _____ 1968, domicilié dans le canton de Genève depuis mars 1995. [endif]>[if> 2. En août 2011 a été constituée à Genève, sous la raison sociale C_____ SA (ci-après : la société), une société anonyme, ayant pour but l'exploitation de cafés-restaurants, de commerces, de bureaux ainsi que l'importation et l'exportation de produits d'origine indienne, pakistanaise et provenant du Bangladesh. En octobre 2012, la société a transféré son siège social à la rue D_____ _____ à Genève, dans les locaux d'un restaurant dont elle avait acquis le bail et le fonds de commerce et qu'elle a exploité depuis lors sous l'enseigne C_____. [endif]>[if> 3. Dès le 14 octobre 2015, à la suite d'une vente des actions de la société, l'assurée a été nommée administratrice présidente de cette dernière, avec signature individuelle, tandis que son époux a reçu le pouvoir de signature individuelle sans être nommé administrateur, et le restaurant a été exploité sous l'enseigne E_____ (ou E_____ Café & Restaurant [ci-après : E_____]). [endif]>[if> 4. Dès novembre 2015, l'assurée a été engagée par la société comme cuisinière dudit restaurant, à 50 %, puis à 100 % dès octobre 2016. Elle a réalisé à ce titre un revenu brut de CHF 4'008.- en novembre et décembre 2015 et de CHF 30'225.- en 2016. [endif]>[if> 5. M. B_____ a été nommé administrateur de la société le 8 juin 2016, avec signature individuelle, et le mandat d'administratrice de l'assurée a pris fin le 20 mars 2017. [endif]>[if> 6. Entre janvier 2016 et juillet 2017, l'assurée a été mise à la disposition des restaurants de la Haute École de Santé et du Collège École de Commerce André-Chavanne en qualité de cheffe de cuisine pour des animations thaïlandaises, pour le compte de la société F_____ Sàrl, tout en poursuivant son activité à plein temps comme cheffe de cuisine au E_____. [endif]>[if> 7. Le 25 juillet 2017, ayant été licenciée le 15 mai 2017 pour le 31 juillet 2017 pour des raisons économiques, l'assurée s'est inscrite au chômage auprès de l'office régional de placement (ci-après : ORP), en se déclarant à la recherche d'un emploi de cheffe de cuisine à plein temps dès le 1^{er} août 2017. [endif]>[if> 8. Par contrat du 10 septembre 2017, la société a confié à un tiers (Monsieur G_____) la gérance du E_____, avec l'accord du bailleur des locaux (soit la Ville de Genève). [endif]>[if> 9. Le 8 septembre 2017, la caisse cantonale de chômage (ci-après : la caisse) a demandé à l'assurée la preuve du versement effectif de ses salaires, qu'elle disait avoir reçus « en cash » et pour lesquels elle avait produit les fiches de salaire mensuelles, signées par elle avec la mention « reçu la totalité le (la date) ». L'assurée a produit, le 27 septembre 2017, une attestation de la fiduciaire de la société (H_____ SA)

certifiant le versement « en cash » de ses salaires. ![/endif]>[/if> 10. Par décision du 29 septembre 2017, la caisse a refusé à l'assurée le droit à l'indemnité de chômage, pour le motif que son conjoint était l'administrateur avec signature individuelle de la société de laquelle elle invoquait une perte d'emploi. Il y avait un risque qu'elle consacre une partie de son temps à cette entreprise familiale ; sa perte de travail était incontrôlable. Seule une cessation définitive des activités de la société, une rupture totale de ses liens avec celle-ci ou l'accomplissement d'au moins six mois dans une tierce entreprise d'une activité salariée postérieure en qualité de simple employée pourrait lui faire bénéficier d'une indemnité de chômage. ![/endif]>[/if> 11. Le 1^{er} octobre 2017, l'assurée a été engagée comme cuisinière sur appel, par la société F_____ Sàrl. ![/endif]>[/if> 12. Le 16 octobre 2017, l'assurée a formé opposition contre la décision précitée de la caisse. Son ex-employeur, soit la société, avait cessé ses activités et mis le E_____ en gérance, raison pour laquelle elle n'en était plus l'employée depuis août 2017. ![/endif]>[/if> 13. Le 13 décembre 2017, l'assurée a indiqué à la caisse que son nouvel emploi ne lui permettait de gagner qu'entre CHF 1'500.- à CHF 2'200.- par mois. ![/endif]>[/if> 14. Par décision sur opposition du 21 décembre 2017, la caisse a rejeté l'opposition de l'assurée. Elle y exposait les dispositions légales sur le droit à l'indemnité de chômage, dont l'art. 31 al. 3 de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI - RS 837.0), ainsi que la jurisprudence du Tribunal fédéral et les directives y relatives. Peu importait que le E_____ avait été mis en gérance, dès lors que l'époux de l'assurée restait l'administrateur, avec signature individuelle, de la société propriétaire dudit restaurant. L'assurée n'avait pas droit à l'indemnité de chômage. La question de savoir si elle avait effectivement perçu ses salaires pouvait rester ouverte. ![/endif]>[/if> 15. Par acte du 1^{er} février 2018, l'assurée, représentée par un avocat, a recouru contre cette décision sur opposition par-devant la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : CJCAS), en concluant à son annulation, au constat de son droit à l'indemnité de chômage et au renvoi de la cause à la caisse pour calcul de ses indemnités de chômage. Elle avait subi une perte d'emploi à prendre en considération. Elle avait cotisé durant suffisamment de temps durant le délai-cadre de cotisation, et n'invoquait ni un motif de libération de l'obligation de cotiser, ni une réduction de l'horaire de travail (ayant perdu complètement son emploi). Le E_____ n'était plus exploité par la société, mais par un tiers au bénéfice d'un bail à ferme ne rapportant aucun bénéfice à la société, permettant seulement de payer le loyer et de couvrir l'usure du matériel laissé sur place et utilisé par le nouvel exploitant. Le but était de trouver rapidement un acquéreur du fonds de commerce et de lui céder le bail, puis de mettre la société en liquidation ; un mandat de vente avait été confié à cette fin à la société Transgate. L'assurée avait rompu tout lien avec la société, puisqu'elle avait débuté une activité chez un concurrent. ![/endif]>[/if> 16. Le 21 février 2018, l'assurée a produit deux pièces, à savoir une liste établie par la caisse de compensation de la société (Gastrosocial), dont il résultait que celle-ci n'avait plus annoncé de salaires à l'AVS après juillet 2017, et l'attestation précitée de H_____ SA. Il en résultait que la société avait bien cessé toute activité de son restaurant E_____ à fin juillet 2017 et que le salaire de l'assurée n'avait pas été fictif. ![/endif]>[/if> 17. Par écriture du 9 mars 2018, la caisse a conclu au rejet du recours. L'assurée était l'épouse de l'administrateur de la société, et celle-ci était propriétaire du fonds de commerce, des biens immobiliers et du matériel, et elle avait un but bien plus large que la gestion du E_____. La société n'était toujours pas radiée du registre du commerce, et l'époux de l'assuré en restait l'administrateur unique avec signature individuelle, voire actionnaire majoritaire (s'il ne s'agissait de l'assurée elle-même), et avait

donc une position assimilable à celle d'un employeur de son conjoint. De plus, le paiement effectif des salaires n'était pas prouvé par un avis de taxation fiscale pour l'année 2016 et la déclaration d'impôts accompagnée de certificats de salaire obtenus auprès de l'administration fiscale concernant l'année 2017. 18. Cette écriture a été communiquée à l'assurée, avec l'indication de la possibilité de présenter des observations et de produire des pièces, possibilité dont l'assurée n'a pas fait usage. 19. Le 12 septembre 2018, l'assurée a demandé des nouvelles sur l'état d'avancement de son dossier auprès de la CJCAS, qui lui a répondu que la cause serait traitée dès que possible.

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 CJCAS 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 (LACI - RS 837.0). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie, le recours étant dirigé contre une décision sur opposition rendue en application de la LACI (art. 1 LACI). Le recours a été interjeté en temps utile (art. 38 al. 4 let. c et 60 LPGA). Il satisfait aux exigences de forme et de contenu prévues par la loi (art. 61 let. a LPGA ; cf. aussi art. 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). Étant partie à la procédure ayant abouti à la décision attaquée, touchée par cette dernière et ayant un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification, la recourante a qualité pour recourir (art. 59 LPGA). Le recours est donc recevable. 2. a. L'art. 8 LACI énumère les conditions d'octroi de l'indemnité de chômage. L'assuré doit, pour bénéficier de cette prestation prévue par l'art. 7 al. 2 let. a LACI, être sans emploi ou partiellement sans emploi, avoir subi une perte de travail à prendre en considération, être domicilié en Suisse, avoir achevé sa scolarité obligatoire et n'avoir pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne pas toucher de rente de vieillesse de l'AVS, remplir les conditions relatives à la période de cotisation ou en être libéré, être apte au placement et satisfaire aux exigences de contrôle (art. 8 al. 1 LACI). Ces conditions sont cumulatives ; elles doivent toutes être réalisées au moment où l'assuré entend pouvoir bénéficier de l'ouverture d'un délai-cadre d'indemnisation (ATF 124 V 215 consid. 2 ; 112 V 220 consid. 2b ; Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 1 ad art. 8). Elles sont précisées par plusieurs dispositions de la LACI et de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 31 août 1983 (OACI - RS 837.02), ainsi que – dans les limites d'admissibilité de telles directives administratives (ATAS/1191/2014 du 18 novembre 2014 consid. 4 p. 5 s. et doctrine et jurisprudence citées) – par les instructions édictées par le secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO) en sa qualité d'autorité de surveillance de l'assurance-chômage chargée d'assurer une application uniforme du droit (art. 110 LACI), notamment par le biais du Bulletin relatif à l'indemnité de chômage (Bulletin LACI IC). b. En l'espèce, l'intimée a fondé la décision litigieuse sur la condition d'une perte de travail à prendre en considération, dont elle a nié la réalisation du fait que, pour la recourante, cette perte d'emploi était incontrôlable compte tenu de sa qualité de conjointe de l'administrateur avec signature individuelle au sein de la société dont elle avait été employée. 3. a. Des indemnités de chômage ne peuvent être allouées qu'en cas de perte d'emploi, contrairement à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, prévue par l'art. 7 al. 2 let. c LACI et régie par les art. 31 ss LACI, dont l'octroi suppose le maintien du rapport de travail quand bien même la durée normale du travail est

réduite ou l'activité suspendue. La condition d'une perte de travail à prendre en considération énoncée à l'art. 8 al. 1 let. b LACI pour l'indemnité de chômage fait référence, explicitement, à l'art. 11 LACI, qui est intitulé « Perte de travail à prendre en considération » et a pour but d'établir une distinction entre les pertes de travail de faible importance, non indemnisables, et celles plus importantes, qui donnent droit à une indemnisation (Boris RUBIN, op. cit., n. 1 ad art. 11). L'art. 11 LACI ne contient pas formellement une disposition excluant le droit à l'indemnité de chômage dans des situations dans lesquelles l'octroi d'une indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail est exclu, visées en particulier à l'art. 31 al. 3 let. b et c LACI, à savoir pour « le conjoint de l'employeur, occupé dans l'entreprise de celui-ci » de même que pour « 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 ». b. Le législateur a entendu empêcher le contournement des prescriptions relatives à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, en prévoyant notamment, à l'art. 10 al. 2bis LACI, que n'est pas réputé partiellement sans emploi celui qui, en raison d'une réduction passagère de l'horaire de travail, n'est pas occupé normalement. Ainsi, dès qu'il existe formellement un licenciement pour le temps chôme, seules les dispositions concernant l'indemnité de chômage s'appliquent, même si la perte de travail pourrait ressembler à une réduction de l'horaire de travail. Les deux situations peuvent cependant être très proches l'une de l'autre. Aussi une application analogique d'une disposition restrictive du régime de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail peut-elle entrer en considération pour l'indemnité de chômage (Boris RUBIN, op. cit., n. 17 ad art. 10), en vertu de la règle générale, exprimée à l'art. 2 al. 2 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC - RS 210), refusant toute protection à l'abus manifeste d'un droit, autrement dit s'opposant à ce qu'une institution juridique soit utilisée à l'encontre de son but pour réaliser des intérêts que cette institution juridique ne veut pas protéger (ATF 137 V 82 consid. 5.5-5.7 ; 133 II 6 consid. 3.2 ; 122 III 321 consid. 4a ; 121 II 97 consid. 4). Dans l'ATF 123 V 234, le Tribunal fédéral a posé le principe d'une application analogique de l'art. 31 al. 3 let. c LACI précité dans le domaine de l'indemnité de chômage. Ainsi, 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 par une entreprise, il continue à fixer les décisions de l'employeur ou à influencer celles-ci de manière prépondérante (arrêt du Tribunal fédéral 8C_719/2008 du 1^{er} avril 2009 consid. 3.3 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 32/04 du 23 mai 2005 consid. 3.1). Il en va de même pour leur conjoint occupé dans l'entreprise, ainsi que le prévoit ladite disposition, appliquée par analogie également dans ce cas (arrêts du Tribunal fédéral 8C_74/2011 du 3 juin 2011 consid. 5.1 ; 8C_1032/2010 du 7 mars 2011 consid. 5.1 ; ATAS/647/2016 du 23 août 2016 consid. 3 ; ATAS/630/2016 du 16 août 2016 consid. 3 ; ATAS/47/2013 du 23 janvier 2013 consid. 4). c. L'application de l'art. 31 al. 3 let. c LACI dans le domaine de l'indemnité de chômage est nécessaire pour prévenir une série d'abus potentiels, dont une perte de travail incontrôlable et, partant, un appel à l'indemnité de chômage abusif (cf., pour d'autres exemples, Boris RUBIN, op. cit., n. 19 ad art. 10, note 13 à la p. 98). Dans la mesure où le dirigeant licencié – ou son conjoint occupé dans l'entreprise, auquel il est assimilé – peut se réengager quand il le souhaite, c'est-à-dire dès qu'il le décide, son chômage ressemble potentiellement à une réduction de l'horaire de travail qui se manifesterait par une suspension d'activité. Certes, le contournement de l'art.

31 al. 3 let. c LACI peut n'être qu'hypothétique, car les personnes licenciées pouvant continuer à fixer les décisions de l'employeur n'entendent pas forcément se réengager (ou se faire réengager par leur conjoint dirigeant de l'entreprise). Toutefois – ainsi que l'indique Boris RUBIN (op. cit., n. 20 s. ad art. 10) –, le procédé spécifique de vérification des conditions du droit à l'indemnité de chômage impose de nier d'emblée le droit aux personnes en question ; statuer sur le droit à l'indemnité d'un chômeur suppose en effet un pronostic quant à la réalisation de certaines sinon de toutes les conditions prévues par l'art. 8 LACI, au point qu'il est pratiquement impossible de déterminer à ce moment-là si un contournement visé par la disposition précitée est en voie d'être réalisé, tant que l'intéressé (ou son conjoint) maintient des liens avec sa société. C'est pourquoi la jurisprudence retient que le seul risque d'abus suffit pour que le droit à l'indemnité de chômage soit nié d'emblée, autrement dit n'exige pas que le risque considéré soit avéré (arrêt du Tribunal fédéral 8C_587/2012 consid. 3.2 ; arrêts du Tribunal fédéral des assurances C 172/04 du 5 janvier 2005 consid. 2.1 ; C 141/03 du 9 décembre 2003 consid. 4). d. Dans l'hypothèse où le chômeur occupe lui-même une position décisionnelle dans l'entreprise, il faut distinguer deux situations : lorsqu'il occupe une telle position du fait qu'il est membre du conseil d'administration ou d'un autre organe supérieur de direction de l'entreprise, il n'y a pas même lieu d'examiner la situation au regard des circonstances concrètes du cas, car il est alors réputé ex lege disposer d'un pouvoir déterminant au sein de cette dernière au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI, appliqué par analogie à l'indemnité de chômage (ATF 122 V 270 consid. 3 ; arrêts du Tribunal fédéral 8C_171/2012 du 11 avril 2013 consid. 6.2 ; 8C_776/2011 du 14 novembre 2012 consid. 3.3 ; 8C_515/2007 du 8 avril 2008) ; en revanche, lorsqu'il n'est pas formellement membre d'un organe supérieur de direction de l'entreprise, mais peut engager cette dernière, il s'impose de vérifier s'il a matériellement qualité d'organe dirigeant, compte tenu du pouvoir de décision dont il jouit effectivement, en fonction de la structure interne de l'entreprise, le seul fait qu'il soit autorisé à représenter cette dernière par sa signature et inscrit au registre du commerce n'étant pas en soi suffisant pour l'exclure du droit à l'indemnité de chômage (ATF 120 V 521 consid. 3 ; Boris RUBIN, op. cit., n. 24 ss ad art. 10 ; Bulletin LACI/IC B 17 ss ; Bulletin LACI/RHT B 37 ss). Les mêmes règles s'appliquent dans la situation du conjoint d'une personne occupant une position assimilable à celle d'un employeur. Il faut cependant, pour que le droit à l'indemnité de chômage soit nié, que le chômeur ait été employé par l'entreprise de son conjoint et que ce dernier reste lié à ladite entreprise (arrêt du Tribunal fédéral 8C_231/2012 du 16 août 2012 ; Boris RUBIN, op. cit., n. 24 ss ad art. 10). e. Il n'y a plus de parallélisme de la perte de travail avec une réduction de l'horaire de travail – et partant plus d'application analogique possible de l'art. 31 al. 3 let. c LACI à l'indemnité de chômage – lorsque la personne qui occupe une position assimilable à celle d'un employeur quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de cette dernière ou rompt définitivement tout lien avec l'entreprise qui continue d'exister (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_574/2017 du 4 septembre 2018 consid. 5.1). Un risque d'abus subsiste lorsque l'activité de l'entreprise est simplement « mise en veilleuse » ou en voie d'être mise en faillite, une reprise des activités restant possible dans ces éventualités (Boris RUBIN, op. cit., n. 29 ss ad art. 10). Il est également admis que les assurés occupant une position assimilable à celle d'un employeur et leur conjoint ont droit à l'indemnité de chômage s'ils se retrouvent au chômage après avoir été salariés d'une entreprise tierce (dans laquelle ils n'ont pas eu le statut de dirigeant), à la condition toutefois qu'ils l'aient été durant au moins six mois (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 171/03 du 31 mars

2004 consid. 2.3.2). Lorsqu'une telle durée d'emploi comme salarié sans position dirigeante dans une entreprise tierce a été atteinte, il faut admettre que le rapport de travail ouvrant le droit au chômage n'a pas constitué un masque à une réduction de l'horaire de travail (Boris RUBIN, op. cit., n. 35 ad art. 10). Bien que cela ne soit pas pertinent en l'espèce, il sied de noter qu'une rupture définitive de tout lien avec l'entreprise continuant d'exister est aussi admise lorsque l'assuré a divorcé de la personne occupant une position dirigeante au sein de cette entreprise, mais qu'il ne suffit pas que les époux soient séparés de fait ou de droit ou que des mesures protectrices de l'union conjugale aient été ordonnées (ATF 142 V 263 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_574/2017 du 4 septembre 2018 consid. 5.2).

4. a. En l'espèce, la recourante prétend au versement de l'indemnité de chômage sur la base de la perte de son emploi auprès de la société dont son conjoint est administrateur avec signature individuelle. Celui-ci doit être réputé ex lege disposer d'un pouvoir déterminant au sein de cette dernière.

b. Ladite société n'a pas été dissoute et liquidée. La seule mise en gérance du restaurant dont elle avait acquis le fonds de commerce et le bail et qu'elle avait elle-même exploité directement n'implique pas qu'elle a cessé d'exister. Elle pourrait, au gré des circonstances, se remettre à exploiter directement cet établissement, ainsi qu'à développer de nouvelles activités, et, à cette fin, réengager la recourante. Elle a d'ailleurs un but social conçu largement, qui ne se limite pas à l'exploitation directe du restaurant. Elle reste au demeurant propriétaire du fonds de commerce et du mobilier de cet établissement mis en gérance.

c. Les activités que la recourante a déployées entre janvier 2016 et juillet 2017 dans des restaurants d'école, parallèlement à son emploi à plein temps comme cheffe de cuisine dans cet établissement, n'impliquent nullement qu'elle avait rompu tout lien de façon définitive avec la société dirigée par son époux, ni, au demeurant, le fait que la société ayant recouru à ses services l'a par la suite, postérieurement à la date à partir de laquelle elle a requis l'indemnité de chômage, engagée comme cuisinière sur appel. La recourante n'a jamais travaillé que brièvement pour l'entreprise exploitant les restaurants scolaires considérés durant la période précitée (ch. B30-31 du Bulletin LACI IC).

d. La recourante se trouve donc dans la situation dans laquelle l'art. 31 al. 1 let. c LACI doit s'appliquer par analogie. C'est à bon droit que l'intimé lui a refusé le droit à l'indemnité de chômage.

5. Le recours doit être rejeté.

La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA). Vu l'issue donnée au recours, il n'y a pas matière à allouer une indemnité de procédure (art. 61 let. g LPGA).

* * * * * PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme :

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