

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/277/2017

ATAS/611/2017

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 30 juin 2017

En la cause

Madame A_____, domiciliée c/o M. B_____, à GENÈVE,
comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Magali
BUSER

recourante

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, sise rue
de Montbrillant 40, GENÈVE

intimée

Siégeant : Karine STECK, Présidente ; Valérie MONTANI, Maya CRAMER, Doris GALEAZZI et Catherine TAPPONNIER, Juges ; Teresa SOARES et Christian PRALONG, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Madame A_____ (ci-après l'assurée ou la recourante), ressortissante égyptienne née en 1979, mère de deux enfants nés en 2003, a épousé Monsieur B_____ le 12 février 2011.

Ce dernier est l'administrateur de la société anonyme C_____ (ci-après la société), laquelle a notamment pour but l'exploitation du restaurant G_____. Il a également été administrateur de la société anonyme D_____ du 22 février 2012 au 20 octobre 2015 et associé gérant de la société à responsabilité limitée E_____ jusqu'à la radiation de ses pouvoirs le 6 décembre 2016.

2. Selon son bordereau de taxation pour 2014 et sa déclaration fiscale pour 2015, l'assurée a réalisé des revenus bruts de respectivement CHF 18'000.- et CHF 48'000.- durant ces années.
3. L'assurée a été en incapacité de travail totale en raison d'un accident du 27 décembre 2015 au 31 août 2016, attestée par des certificats établis mensuellement par le docteur F_____. La Vaudoise, assureur-accidents de l'assurée, a versé des indemnités journalières durant cette incapacité de travail.
4. L'extrait du compte postal de l'assurée du 1^{er} septembre 2015 au 31 août 2016 révèle des versements en espèces oscillant entre CHF 5'000.- et CHF 5'250.- par mois, à l'exception du mois de mars 2016 lors duquel seul un montant de CHF 2'700.- a été versé.
5. Le 5 septembre 2016, l'assurée a déposé une demande d'indemnité de chômage auprès de la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la Caisse ou l'intimée) dès le 1^{er} septembre 2016. Elle a indiqué que son dernier employeur était la société. Elle a notamment produit les pièces suivantes :
 - a. contrat de travail du 5 novembre 2011 avec la société, stipulant une entrée en fonction à cette date en qualité d'aide-cuisinière pour le restaurant G_____ et un salaire annuel de CHF 48'000.- ;
 - b. attestation de l'employeur du 20 janvier 2016, indiquant que l'assurée avait travaillé pour la société à raison de 42 heures par semaine en qualité d'aide de cuisine du 5 novembre 2011 au 31 janvier 2016. Les salaires versés s'élevaient à CHF 27'000.- en 2014, CHF 48'000.- en 2015 et CHF 4'000.- en janvier 2016 ;
 - c. lettre de résiliation de la société adressée à l'assurée le 20 décembre 2015, avec effet au 31 janvier 2016, invoquant une réorganisation de l'effectif dans le restaurant.
6. Par décision du 24 octobre 2016, la Caisse a nié le droit de l'assurée à des indemnités de chômage, au motif qu'elle était l'employée de son conjoint, propriétaire de la société. Elle avait été licenciée pour des raisons économiques et il existait un risque qu'elle consacre une partie de son temps à l'entreprise familiale.

Sa perte de travail était difficilement contrôlable. Seule une cessation définitive des activités de la société, une rupture totale des liens de l'assurée avec cette société ou un travail rémunéré pour un tiers durant six mois au moins lui permettrait de bénéficier d'indemnités de chômage.

7. L'assurée, par sa mandataire, s'est opposée à la décision de la Caisse le 7 novembre 2016. Elle a conclu, sous suite de dépens, à ce que la Caisse constate son droit de percevoir des indemnités de chômage dès le 1^{er} septembre 2016. Elle a exposé qu'en raison de violentes disputes avec son époux, elle avait déposé une requête en mesures protectrices de l'union conjugale avec mesures superprovisionnelles en date du 21 octobre 2016. Son époux avait été en détention provisoire du 9 au 27 octobre 2016, et elle n'avait plus de contact avec lui depuis cette période. Il n'avait pas le droit de s'approcher d'elle ou de ses enfants, ni de la contacter. L'assurée vivait désormais dans un foyer protégé, dont le nom et l'adresse devaient rester confidentiels. Au vu de ces circonstances, il y avait une rupture totale des liens entre l'assurée et son mari. Elle ne travaillait plus pour la société depuis le 27 décembre 2015. Depuis septembre 2016, elle ne percevait plus aucun revenu et remplissait toutes les conditions pour percevoir des indemnités.

L'assurée a notamment produit les pièces suivantes à l'appui de son opposition:

- a. requête de mesures protectrices de l'union conjugale avec mesures superprovisionnelles et provisionnelles du 21 octobre 2016, concluant notamment à ce que les époux soient autorisés à vivre séparés, à l'attribution de la garde des enfants à l'assurée, et à ce qu'il soit interdit à l'époux de l'assurée de s'approcher à moins de 300 mètres de cette dernière et de ses enfants et de prendre contact avec eux. L'assurée y a notamment allégué qu'elle avait épousé son mari une première fois en 2002 en Egypte, avant de divorcer en 2008 et de se remarier en 2011. Son époux était très violent depuis plusieurs années. En février 2016, il l'avait frappée alors qu'elle se trouvait à l'hôpital. Il l'avait insultée et giflée en avril 2016. L'assurée avait déposé plainte le 7 avril 2016, plainte qu'elle avait ensuite retirée afin de donner une dernière chance à son mari. Les violences ne s'étaient pas arrêtées et son époux avait été pris d'une crise de folie le 9 octobre 2016, s'attaquant à elle et à son fils. Des certificats médicaux avaient été établis. Il avait alors été arrêté et incarcéré. Lors de l'audience de confrontation du 19 octobre 2016, il s'était notamment engagé à ne pas contacter l'assurée et ses enfants et à lui laisser l'appartement sis en France;
- b. ordonnance de mesures superprovisionnelles du 21 octobre 2016 du Tribunal de première instance, retenant que le comportement violent et menaçant de l'époux de l'assurée était rendu vraisemblable par les pièces produites, et faisant interdiction à celui-ci de s'approcher à moins de 300 mètres de l'assurée et de ses enfants et de prendre contact avec eux.

8. Dans son courrier du 14 décembre 2016, l'assurée a précisé à la demande de la Caisse qu'elle vivait en foyer protégé depuis le 24 octobre 2016. Elle avait d'abord logé au H_____ et résidait désormais dans un foyer dont le nom devait rester confidentiel pour des raisons de sécurité. Elle n'avait plus de contacts avec son mari et avec la société, et elle était dans une situation de précarité. Elle a joint les pièces suivantes à son envoi :
 - a. attestation du H_____ du 14 novembre 2016, aux termes de laquelle l'assurée et ses enfants y avaient logé du 24 octobre au 14 novembre 2016. L'hébergement était couvert par l'aide aux victimes d'infraction ;
 - b. attestation caviardée du 15 novembre 2016 d'un foyer d'urgence pour adultes vivant une situation de violence conjugale nécessitant un hébergement immédiat, selon laquelle l'assurée y vivait avec ses deux enfants depuis le 14 novembre 2016 ;
 - c. confirmation de la prise en charge des frais de séjour par l'Hospice général du 12 décembre 2016.
9. Interpellé par la Caisse qui lui a exposé les circonstances du cas d'espèce, le secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) lui a indiqué par courriel du 15 décembre 2016 qu'il y avait lieu de rejeter l'opposition de l'assurée, qui n'avait pas droit aux indemnités de chômage jusqu'à la dissolution de son mariage.
10. Par décision du 22 décembre 2016, la Caisse a rejeté l'opposition. Elle a rappelé la jurisprudence sur l'exclusion du droit à l'indemnité de chômage des salariés ayant une position assimilable à celle de l'employeur et de leurs conjoints. En l'espèce, malgré les démarches entreprises par l'assurée, le divorce n'avait pas encore été prononcé. Partant, le droit à des indemnités devait être nié. L'assurée ne pourrait en bénéficier qu'au moment où son mariage serait dissous. La Caisse a en outre relevé que la preuve du paiement du salaire de l'assurée n'avait pas été rapportée. Lorsque le salaire était perçu en espèces, comme c'était le cas, une déclaration d'impôt accompagnée de certificats de salaire, des quittances de salaires et des extraits de compte pouvaient être acceptés à titre de preuve du paiement du salaire. Même si certains extraits de compte avaient été versés au dossier, ils ne portaient pas sur les salaires annoncés et n'étaient ainsi pas probants.
11. L'assurée a interjeté recours contre cette décision par écriture du 23 janvier 2017. Elle a conclu, sous suite de dépens, à son annulation, à ce que son droit de percevoir des indemnités de chômage dès le 1^{er} septembre 2016 soit constaté, et subsidiairement au renvoi de la cause à l'intimée pour nouvelle décision au sens des considérants. Elle a allégué qu'elle n'avait jamais eu aucun rôle dans la prise de décision par la société. Elle avait été imposée sur le revenu qu'elle avait réalisé. Elle a rappelé ses difficultés conjugales et la précarité de sa situation. Elle cherchait activement du travail. Elle remplissait les conditions d'octroi de l'indemnité de chômage. Elle a relevé que la loi ne prévoyait pas d'exclusion du droit à l'indemnité de chômage pour les conjoints de personnes ayant une position

assimilable à celle d'un employeur. Il n'y avait pas lieu d'appliquer par analogie l'exclusion du droit en cas de réduction de l'horaire de travail, prévue pour les conjoints des personnes fixant les décisions de l'employeur. De plus, la recourante n'avait aucun contact avec son époux, qui avait l'interdiction de l'approcher. Elle a allégué que selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le critère déterminant était la capacité de l'assuré à influencer concrètement les décisions de la société. Or, elle n'avait jamais eu d'influence sur la société. Elle n'avait travaillé qu'en cuisine. Au vu de la séparation et des mesures d'éloignement, il y avait une rupture totale des liens entre elle et son époux, avec qui elle n'entendait pas reprendre la vie commune. Il n'y avait ainsi pas de possibilité de réengagement auprès de la société. En raison des violences conjugales subies, la recourante ne pouvait plus y travailler pour des raisons de sécurité. Il était injuste et constitutif d'un abus de droit de ne pas lui octroyer d'indemnité de chômage au motif qu'elle n'était pas divorcée de son époux. En effet, à ce stade, il ne lui était pas possible de divorcer, car la durée de séparation de deux ans nécessaire à une demande de divorce unilatérale n'était pas atteinte et son époux voulait poursuivre la vie commune.

Elle a notamment produit les pièces suivantes :

- a. attestation du service de protection des mineurs (SPMi) du 8 novembre 2016, selon laquelle il était urgent que la recourante puisse bénéficier d'un hébergement avec ses enfants. Elle avait initié des procédures pénales et civiles à l'encontre de son mari en raison de ses actes violents et répétés. Diverses mesures avaient été mises en place par le SPMi, qui était préoccupé par le sort des enfants, lesquels vivaient dans un contexte psychologique difficile de maltraitance et de bouleversement familial ;
 - b. procès-verbal d'audience du Tribunal civil du 19 décembre 2016, partiellement caviardé, selon lequel la recourante a déclaré qu'elle vivait séparée de son époux depuis son arrestation et que la vie commune n'était pas possible. Elle avait peur de lui. Son époux a quant à lui dit qu'il voulait encore vivre avec son épouse. Ils vivaient séparément depuis le 9 octobre 2016, date de son arrestation ;
 - c. offres d'emploi effectuées d'octobre à novembre 2016 ;
 - d. formulaires de recherches d'emploi adressés à l'Office régional de placement de septembre, octobre et novembre 2016.
12. Dans sa réponse du 20 février 2017, l'intimée a conclu au rejet du recours. La recourante n'amenait aucun élément nouveau. Elle a relevé que l'époux de cette dernière était administrateur unique de la société et associé E_____ Sàrl.
13. La recourante a répliqué le 17 avril 2017, persistant dans ses conclusions. Elle a allégué que la société avait versé ses cotisations sociales de manière irrégulière, sans qu'elle en soit informée. Son époux était très violent et très contrôlant. Elle était entièrement soumise à sa volonté au début de leur relation. Les sociétés D_____ et E_____ n'appartenaient en outre plus à son époux. La recourante a

soutenu que le Tribunal fédéral avait laissé ouverte la question du droit à l'indemnité de chômage en cas de mesures protectrices de l'union conjugale. Elle a pour le surplus répété l'argumentation développée dans son recours.

Elle a notamment produit les pièces suivantes :

- a. extrait de compte de prévoyance au 1^{er} septembre 2016, affichant un avoir de vieillesse de CHF 7'263.65 correspondant à des salaires bruts de CHF 46'500.- en 2012, CHF 48'000.- en 2013 et en 2015, et CHF 12'000.- en 2016 ;
- b. rapport d'évaluation du SPMi du 17 avril 2017, relatant les entretiens avec la recourante et avec son époux. Celle-ci avait exposé que son époux lui avait rapidement imposé des règles de conduite après son mariage en Egypte, la contraignant au port du voile et à vivre enfermée avec ses enfants, sans vie sociale. A son arrivée en Suisse, elle avait travaillé dans un des restaurants de son époux, mais il s'était montré très jaloux. Il la frappait et l'insultait sans cesse. Il lui confisquait son téléphone, lui interdisait toute relation et l'avait parfois enfermée à l'extérieur de l'appartement, de sorte qu'elle avait dû dormir sur le palier. Elle avait fait une tentative de suicide, et voyait depuis un psychiatre. En 2015, lors d'un séjour à l'hôpital suite à un accident, alors qu'elle se trouvait en chaise roulante, son époux l'avait frappée devant des témoins sous prétexte qu'elle le trompait. Par ailleurs, il l'accusait de lui avoir volé de l'argent. La recourante affirmait s'être aujourd'hui libérée de lui. Elle avait pour projet de rester en Suisse et de ne plus mêler ses enfants aux problèmes de leur père. Elle se constituait un réseau afin de chercher un travail. Son époux avait souvent levé la main sur leurs enfants.

Son époux a quant à lui déclaré que son mariage allait mal depuis le début. Il n'arrivait pas à contrôler sa colère, qui sortait de manière forte. Lorsque la recourante avait commencé à travailler pour lui dans un restaurant, il s'était senti menacé par leur différence d'âge. Il avait alors décidé qu'elle resterait à la maison. Comme il ne supportait pas qu'elle fume, il la frappait mais pas tous les jours (*sic*). Il a déclaré « la gifler une ou deux fois et c'est tout ». Il regrettait que la recourante ne se défende pas. Alors qu'elle se trouvait à l'hôpital, il l'avait frappée car il avait surpris un message entre elle et un homme. En quittant l'hôpital, il avait pris la décision de se séparer d'elle et de partir vivre en Egypte. Il avait remis ses restaurants en octobre 2016. Il attendait la fin de la procédure pénale pour partir vivre en Egypte. Il disait ne plus vouloir de contact avec ses enfants, qui avaient menti à la police sur son compte. Il reconnaissait avoir été violent à l'encontre de son fils, car ce dernier était menteur. Il savait que sa mère « faisait des conneries » mais ne l'en informait pas.

Le SPMi a conclu après s'être entretenu avec les enseignants et les médecins des enfants qu'aucune relation personnelle n'était pour l'heure envisageable avec leur père. En premier lieu, ni les enfants, ni le père ne le souhaitaient. Par ailleurs, les conditions n'étaient pas réunies pour garantir la sécurité des

enfants. Le père évoquait spontanément les actes de violences qu'il commettait sur son épouse et leurs enfants sans en mesurer l'impact, et ne se remettait nullement en question, justifiant ainsi tous ses comportements de maltraitance. Il fallait espérer que la séparation des parents et l'éloignement du père pourraient permettre aux enfants de retrouver une certaine sécurité. La recourante semblait peu à peu prendre conscience du climat nocif et délétère dans lequel ils avaient évolué, mais n'en mesurait pas encore pleinement les conséquences. En effet, elle peinait encore à les protéger totalement de l'emprise de leur père. Selon ce dernier, elle avait organisé avec lui une rencontre avec son fils en février, ne respectant pas la décision du Tribunal qui lui faisait interdiction d'approcher les enfants. Par ailleurs, elle n'était pas opposée à un droit de visite dans un point-rencontre et pensait que les enfants devraient s'occuper de son époux lors de ses vieux jours. Elle était cependant suivie au plan psychologique. Le SPMi considérait qu'il était conforme à l'intérêt des enfants d'attribuer leur garde à la recourante, et qu'il y avait lieu de reconnaître leur statut de victimes et de les protéger de toute confrontation non désirée avec leur père.

- c. procès-verbal d'audience du Tribunal civil du 10 avril 2017. Dans ce contexte, l'époux de la recourante a déclaré se rallier aux conclusions du SPMi niant son droit de visite et proposant l'attribution de la garde des enfants à la recourante. Il s'est en revanche opposé à ce qu'elle détienne l'autorité parentale exclusive.

La recourante a déclaré chercher un travail à 100 % et avoir travaillé durant son mariage. Elle a notamment conclu à ce qu'il soit interdit à son époux de l'approcher, et s'est opposée à la conclusion de ce dernier tendant à l'interdiction réciproque des époux de prendre contact.

14. Dans sa duplique du 23 mai 2017, l'intimée a persisté dans ses conclusions. Elle a allégué que selon la jurisprudence, le conjoint de l'employeur n'avait droit aux prestations de l'assurance-chômage qu'une fois le divorce prononcé. Quant au fait que les sociétés D_____ et E_____ n'appartenaient plus à son époux, cela n'était pas déterminant dès lors qu'il n'était pas démontré que ce dernier n'en était plus actionnaire par le biais de la société C_____. L'intimée constatait que le mari de la recourante n'était plus administrateur de C_____ depuis le 9 mai 2017, conformément à l'extrait du registre du commerce, qu'elle a joint à son écriture. Ce n'était que dans l'hypothèse où la recourante démontrerait que son mari n'était plus actionnaire de cette société ni de D_____ SA que l'intimée pourrait examiner les conditions de l'ouverture d'un délai-cadre d'indemnisation à partir du 9 mai 2017. Il était toutefois indispensable que la recourante apporte la preuve que les autres conditions à l'indemnisation étaient remplies, dont la période de cotisation minimale de 12 mois, qui n'était *a priori* pas réalisée. La résiliation du contrat de travail étant postérieure à l'accident du 20 décembre 2015, elle devait être considérée comme nulle et le contrat n'aurait pu prendre fin au plus tôt que le

30 avril 2016. Les conditions liées au versement du salaire et à l'existence d'un domicile en Suisse devaient également être remplies.

15. La chambre de céans a transmis copie de cette écriture à la recourante le 29 mai 2017.
16. Par écriture du 14 juin 2017, la recourante a persisté dans ses conclusions. Elle s'est référée aux extraits de registre du commerce produits, dont il ressortait que son époux n'était plus administrateur des sociétés D_____ et C_____. Elle a allégué qu'il s'agissait d'un élément concret laissant présumer que celui-ci n'avait plus d'implications dans ces entreprises. L'affirmation de l'intimée, selon laquelle son époux pourrait encore être actionnaire de ces sociétés, était dénuée de fondement. Il appartiendrait à l'intimée de la prouver. A défaut de telle preuve, la recourante invitait la chambre à « écarter les déductions faites par [l'intimée] ».
17. Le 15 juin 2017, la chambre de céans a transmis copie de cette écriture à l'intimée.
18. A la même date, les parties ont été informées par la chambre de céans que la cause était gardée à juger.

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) en vigueur dès le 1^{er} 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 sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) relatives à la loi 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.

2. La LPGA, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, est applicable à la présente procédure.
3. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le présent recours est recevable (art. 56 à 60 LPGA).

La chambre de céans relève en particulier que malgré leur libellé, les conclusions de la recourante ont une nature condamnatoire et non constatatoire, puisqu'elles tendent en réalité au versement de l'indemnité de chômage. Il ne s'agit dès lors pas d'une action en constatation, laquelle ne serait pas recevable en raison de son caractère subsidiaire par rapport à une action formatrice (ATF 129 V 289 consid. 2.1, arrêt du Tribunal fédéral des assurances B 149/06 du 11 juin 2007 consid. 5.2).

4. Le litige porte sur le droit de la recourante à des indemnités de chômage dès le 1^{er} septembre 2016, plus particulièrement sur le point de savoir si c'est à juste titre que l'intimée l'a nié eu égard à la position de son mari, assimilable à celle d'un employeur.

5. En vertu de l'art. 8 al. 1^{er} 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, s'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 215 consid. 2).

6. L'art. 13 al. 1^{er} 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'alinéa deuxième de cette disposition, compte également comme période de cotisation le temps durant lequel l'assuré exerce une activité en qualité de travailleur sans avoir atteint l'âge à partir duquel il est tenu de payer les cotisations AVS (let. a), sert dans l'armée, dans le service civil ou dans la protection civile conformément au droit suisse ou accomplit un cours obligatoire d'économie familiale qui a lieu pendant toute la journée et durant au moins trois semaines sans discontinuer (let. b), est partie à un rapport de travail, mais ne touche pas de salaire parce qu'il est malade (art. 3 LPGA) ou victime d'un accident (art. 4 LPGA) et, partant, ne paie pas de cotisations (let. c), ou a interrompu son travail pour cause de maternité (art. 5 LPGA) dans la mesure où ces absences sont prescrites par les dispositions de protection des travailleurs ou sont conformes aux clauses des conventions collectives de travail (let. d).
7. S'agissant de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, l'art. 31 al. 3 let. b et c LACI prévoit que n'ont pas droit à l'indemnité le conjoint de l'employeur, occupé dans l'entreprise de celui-ci, et 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.

En matière d'indemnité en cas d'insolvabilité, l'art. 51 al. 2 LACI exclut le droit à cette indemnité 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, lorsqu'ils sont occupés dans la même entreprise.

L'art. 31 al. 3 let. c LACI vise à éviter les abus sous forme d'établissement par l'assuré lui-même des attestations nécessaires pour l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, d'attestations de complaisance, d'influence sur la décision de réduire l'horaire de travail alors qu'il est impossible de contrôler la perte de travail (ATF 122 V 270 consid. 3).

8. Selon la jurisprudence relative à l'art. 31 al. 3 let. c LACI, il n'est pas admissible de refuser de façon générale le droit aux prestations aux employés au seul motif qu'ils peuvent engager l'entreprise par leur signature et qu'ils sont inscrits au registre du commerce. On ne saurait se fonder de façon stricte sur la position formelle de l'organe à considérer, mais il faut bien plutôt établir l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes. C'est donc la notion matérielle de l'organe dirigeant qui est déterminante, car c'est la seule façon de garantir que l'art. 31 al. 3 let. c LACI, qui vise à combattre les abus, remplisse son objectif (arrêt du Tribunal fédéral 8C_1044/2008 du 13 février 2009 consid. 3.2.1). En particulier, lorsqu'il s'agit de déterminer quelle est la possibilité effective d'un dirigeant d'influencer le processus de décision de l'entreprise, il convient de prendre en compte les rapports internes existant dans l'entreprise. On établira l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes (arrêt du Tribunal fédéral 8C_172/2013 du 23 janvier 2014 consid. 3.2).

La seule exception à ce principe que reconnaît le Tribunal fédéral concerne les membres des conseils d'administration car ils disposent *ex lege* (art. 716 à 716b du code des obligations [CO – RS 220]), d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 42/97 du 21 mai 1997 consid. 1b et les références). Pour les membres du conseil d'administration, le droit aux prestations peut être exclu sans qu'il soit nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'ils exercent au sein de la société (ATF 122 V 270 consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_511/2014 du 19 août 2015 consid. 3.2).

9. Dans un arrêt de 1997, le Tribunal fédéral des assurances a appliqué par analogie la règle prévue à l'art. 31 al. 3 let. c LACI à l'actionnaire et administrateur unique d'une société qui demandait une indemnité de chômage. Il a relevé que contrairement aux dispositions réglementaires en vigueur jusqu'au 31 décembre 1983, la LACI ne prévoyait aucune norme correspondante applicable à l'indemnité de chômage. Cela ne signifiait toutefois pas pour autant que les personnes visées à l'art. 31 al. 3 let. c LACI avaient en tous les cas droit à une indemnité de chômage en cas de chômage complet. Le Message indiquait simplement que ces assurés pouvaient faire valoir leurs droits en cas de chômage complet (Message concernant une nouvelle loi fédérale sur l'assurance-chômage et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 2 juillet 1980, FF 1980 III 596). Cette formulation esquissait qu'il y avait lieu d'opérer des distinctions entre les différentes situations des travailleurs ayant une position assimilable à celle d'un employeur. En particulier, il subsistait la possibilité d'un examen sous l'angle de l'abus de droit. La norme en cause visait à prévenir les abus. La réduction de l'horaire de travail pouvait consister non seulement en une réduction de l'horaire mensuel, hebdomadaire ou quotidien de travail, mais également dans l'arrêt complet d'une entreprise pendant un certain temps. Dans un tel cas, un travailleur ayant une position similaire à celle de l'employeur n'avait pas droit à des prestations. Si les rapports de travail étaient résiliés, il y avait chômage complet et le droit à l'indemnité était en principe ouvert

aux conditions des art. 8ss LACI. Une telle situation n'était pas constitutive d'un abus de droit lorsque l'entreprise était fermée et que le licenciement du travailleur était définitif. Cela valait également pour le cas où l'entreprise subsistait tandis que le travailleur perdait sa position assimilable à celle d'un employeur. La situation était fondamentalement différente lorsque l'assuré conservait cette position après son licenciement, et qu'il pouvait ainsi continuer de fixer les décisions de l'entreprise ou de les influencer considérablement. Dans le cas d'espèce, l'assuré gardait en tant qu'actionnaire et administrateur unique de l'entreprise la possibilité de la réactiver et de se réengager, comme il l'avait d'ailleurs fait en avril 1993. Un tel procédé aboutissait à contourner la réglementation de l'art. 31 al. 3 let. c LACI, laquelle tendait à éviter le risques d'abus (ATF 123 V 234 consid. 7b).

La doctrine a relevé au sujet de cet arrêt qu'il ne sanctionnait pas toujours un abus de droit et que le principe de la légalité posait des limites à l'interprétation des normes. A première vue, le seul cas où l'art. 31 al. 3 let. c LACI devait pouvoir s'appliquer par analogie au domaine de l'indemnité de chômage était celui où un dirigeant se trouvait dans une situation de réduction de l'horaire de travail, c'est-à-dire qu'il se licenciait puis se réengageait dans les mois qui suivaient – comme dans le cas tranché par le Tribunal fédéral. Malgré cela, le Tribunal fédéral avait étendu les principes découlant de l'art. 31 al. 3 let. c LACI au domaine de l'indemnité de chômage à tous les cas où il existait dans le futur un potentiel de similitude avec une réduction de l'horaire de travail (Boris RUBIN, Droit à l'indemnité de chômage des personnes occupant une position assimilable à celle d'un employeur, DTA 2013 p. 4).

10. L'application analogique de la règle de l'art. 31 al. 3 let. c LACI à l'indemnité de chômage a par la suite été appliquée de manière constante (par exemple arrêts du Tribunal fédéral 8C_172/2013 du 23 janvier 2014, 8C_140/2010 du 12 octobre 2010 ; arrêts du Tribunal fédéral des assurances C 175/04 du 29 novembre 2005, C 212/02 du 17 décembre 2002, C 85/01 du 23 octobre 2001).

Lorsque la caisse de chômage 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 contraire au principe selon lequel cet examen a lieu au moment où la caisse de chômage statue sur les droits de l'assuré. Au demeurant, ce n'est pas l'abus avéré 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 (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 21 ad art. 10 LACI ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_231/2012 du 16 août

2012 consid. 3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 141/03 du 9 décembre 2003 consid. 4 et les références).

11. En ce qui concerne l'obligation de cotiser des assurés ayant une position assimilable à celle d'un employeur, le Tribunal fédéral a souligné qu'ils sont couverts par l'assurance-chômage, à la différence des indépendants, auxquels ils ne peuvent ainsi pas être assimilés. En effet, s'ils quittent définitivement l'entreprise et perdent toutes les caractéristiques assimilables à celles de l'employeur, ils ont droit aux prestations d'assurance pour autant que les autres conditions soient réalisées. L'exigence de la rupture de tous liens avec l'entreprise est nécessaire en raison du risque d'abus, mais n'exclut pas de manière générale les personnes ayant une position assimilable à celle d'un employeur du droit aux prestations (DTA 2005 p. 201 consid. 4.2).

Ainsi, le droit à l'indemnité de chômage ne peut en principe pas être nié lorsque le salarié qui occupe une position assimilable à celle d'un employeur quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci ou rompt tout lien avec l'entreprise qui continue d'exister. Dans un cas comme dans l'autre, la situation ne présente plus aucun parallélisme avec une réduction de l'horaire de travail. Dans le cas d'une rupture des liens avec l'entreprise, un réengagement ne pourrait alors plus dépendre de la volonté de la personne licenciée, faute de pouvoir décisionnel. Le potentiel d'abus est ainsi réduit à néant (RUBIN, Commentaire, nn. 29 et 32 ad art. 10 LACI). C'est la date de la démission effective qui est déterminante, et non la radiation au registre du commerce (ATF 126 V 134 consid. 5b).

12. Par analogie avec les let. b et c de l'art. 31 al. 3 LACI, le conjoint d'une personne occupant une position assimilable à celle d'un employeur doit avoir été employé par l'entreprise dirigée par son conjoint pour que son droit à l'indemnité de chômage puisse être nié en cas de licenciement. Son droit ne pourra être nié que tant que le dirigeant est lié à la dite entreprise (RUBIN, Commentaire, n. 27 ad art. 10 LACI). En effet, pour le Tribunal fédéral, 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 (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 163/04 du 29 août 2005 consid. 2.1). La 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 (arrêts du Tribunal fédéral 8C_163/2016 du 17 octobre 2016 consid. 4.2 et 8C_295/2014 du 7 avril 2015 consid. 4).

13. En application de ce principe, selon la pratique administrative, un droit à l'indemnité de chômage 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 (chiffre B 23 du Bulletin LACI IC publié par le SECO).

Le Tribunal fédéral a quant à lui considéré que même marié sous le régime de la séparation des biens, un assuré occupé dans l'entreprise de son conjoint n'a pas droit à l'indemnité de chômage (arrêt du Tribunal fédéral 8C_374/2010 du 12 juillet 2010). Il a en outre retenu qu'une durée de séparation de trois à quatre mois seulement ne permet pas de conclure à une séparation définitive. Ce n'est qu'après le délai de deux ans de séparation exigé à l'art. 114 du code civil (CC – RS 210) pour le dépôt d'une demande en divorce unilatérale que naît la présomption irréfragable que le mariage est irrémédiablement détruit. En pratique, il est fréquent que des époux reprennent la vie commune et qu'une demande en divorce soit retirée, si bien qu'on ne peut tenir compte d'une volonté de séparation définitive après une séparation de fait de quelques mois seulement (arrêt du Tribunal fédéral 8C_1032/2010 du 7 mars 2011 consid. 5.3). Il a précisé qu'une séparation de corps et de biens n'ouvre pas un droit rétroactif à l'indemnité de chômage, en laissant ouvertes les questions de savoir si le risque d'abus est inversement proportionnel à la durée de la séparation et à partir de quel moment un droit à l'indemnité de chômage peut être reconnu malgré le mariage, ainsi que la question de savoir si un droit à l'indemnité doit être reconnu lorsque des mesures de protection de l'union conjugale ont été ordonnées, conformément à la directive du SECO (arrêt du Tribunal fédéral 8C_74/2011 du 3 juin 2011 consid. 5.3.1 et 5.3.2). Dans un arrêt du 6 avril 2016, le Tribunal fédéral a tranché ces questions par la négative, soulignant qu'on ne pouvait exclure un risque d'abus – comme dans le cas qu'il était appelé à trancher – même en cas de volonté claire de divorcer, et qu'un risque de retournement de situation persistait jusqu'au jugement de divorce. Il a ainsi retenu qu'aucune prestation de l'assurance-chômage n'était due avant ce moment, indépendamment de la durée de la période durant laquelle les époux avaient vécu séparés en fait et en droit, et indépendamment du fait que des mesures de protection de l'union conjugale aient été ordonnées (ATF 142 V 263 consid. 5.2.2). On notera que les circonstances de fait à la base de cet arrêt de principe sont particulières, en ce sens que malgré la convention de séparation extra-judiciaire intervenue entre

l'assurée et son époux et le fait que ce dernier avait eu un enfant avec sa nouvelle compagne, on ne pouvait écarter la possibilité de l'établissement d'attestations de complaisance après la résiliation des rapports de travail. En effet, l'assurée avait travaillé gratuitement dans l'entreprise de son mari pendant des années, puis pour un salaire mensuel de CHF 1'000.- à 80 %, et ensuite pour un revenu mensuel CHF 1'700.- à 100 %. Un contrat de travail stipulant un salaire de CHF 4'500.- avait été signé quelques jours avant la demande de divorce, alors que cette écriture mentionnait que le mari de l'assurée refusait de signer un tel contrat. Par ailleurs, dans la demande de divorce, l'assurée avait requis une indemnisation pour contributions extraordinaires dans l'entreprise de son mari au sens de l'art. 165 CC à hauteur de CHF 474'397.-, tout en réclamant le versement de salaires arriérés, ce qui n'était pas cohérent. Certains éléments permettaient en outre de douter de l'insolvabilité alléguée par le mari de la recourante. La résiliation des rapports de travail avec effet immédiat n'allait pas non plus de soi, et on pouvait se demander si elle était en réalité consensuelle. De plus, les pouvoirs de l'assurée n'avaient été radiés du registre du commerce qu'en mars 2014, alors que des indemnités de chômage étaient sollicitées dès décembre 2013 (consid. 3 et 5.2.1).

14. En l'espèce, il convient en premier lieu de souligner que pour la période courant dès le 9 mai 2017, date dès laquelle l'époux de la recourante n'a plus la qualité d'administrateur de C_____ SA, le droit à l'indemnité de chômage ne peut plus être nié en application de l'art. 31 al. 3 let. b LACI. L'argumentation de l'intimée, selon laquelle il y aurait lieu de démontrer qu'il n'est plus actionnaire de cette société – ou de D_____ SA – ne peut être suivie. En effet, la qualité d'actionnaire n'est pas déterminante (arrêt du Tribunal fédéral 8C_163/2016 du 17 octobre 2016 consid. 6 *a contrario*). Le seul fait que l'assuré dispose d'une participation au capital social de l'entreprise qui l'employait ne suffit pas, à lui seul, à considérer qu'il se trouve dans une position assimilable à celle d'un employeur (arrêt du Tribunal fédéral 8C_1044/2008 du 13 février 2009 consid. 3.2.1).

Durant la période du 1^{er} septembre 2016 au 8 mai 2017, il est vrai que l'époux de la recourante avait une position assimilable à celle d'un employeur dans la société qui l'employait auparavant, ce qui exclut en principe le droit de celle-ci à des indemnités de chômage malgré les mesures protectrices de l'union conjugale prononcées, selon la récente jurisprudence fédérale. Il convient cependant de souligner que l'état de fait sur lequel s'est fondée notre Haute Cour dans son arrêt d'avril 2016 recelait des indices d'abus patents, notamment eu égard aux contradictions entre les allégations ressortant de la demande de divorce et les déclarations à la caisse de chômage, indices qui ne permettaient pas d'écarter l'éventualité de l'établissement d'attestations de complaisance et d'une concertation entre les époux afin d'obtenir des prestations de l'assurance-chômage, et ce malgré la durée de leur séparation.

En l'espèce, on ne peut exclure un retournement de situation – et le risque d'abus potentiel qui lui est lié – jusqu'au 9 octobre 2016, date de l'incarcération de l'époux

de la recourante. En effet, malgré les dysfonctionnements dans sa relation et les violences subies de sa part, la recourante ne s'était pas encore séparée de son conjoint, de sorte que la possibilité d'un réengagement ne peut être écartée.

En revanche, tout risque d'abus peut être éliminé dès le 10 octobre 2016, lendemain de l'arrestation de l'époux de la recourante en raison des violences commises à son encontre. Dès ce moment, cette dernière a dû se réfugier avec ses enfants dans plusieurs structures d'accueil. La violence de son époux – qu'on peut considérer comme établie compte tenu de ses déclarations au SPMI – a justifié qu'une interdiction d'approcher la recourante et leurs enfants soit prononcée à son encontre. La recourante continue à dissimuler son adresse à son époux, afin d'éviter qu'il ne cherche à la voir malgré l'interdiction qui lui a été signifiée. Au vu de ces circonstances tout à fait exceptionnelles, même à supposer que la recourante soit en mesure d'exercer une quelconque influence sur les affaires de son mari – ce qui paraît douteux eu égard à la dynamique de couple particulière – on peut considérer qu'il est exclu qu'elle cherche à obtenir son réengagement dans la société de son époux, en raison du danger encouru en sa présence. Les mesures drastiques prises dès le 10 octobre 2016 – déménagement, requête de mesures provisionnelles, demande d'éloignement, demande de divorce – rendent vraisemblable qu'elle s'est désormais libérée de l'emprise de son époux et que les risques d'une réconciliation sont dès lors nuls. Bien qu'il ne s'agisse pas de déterminer le risque d'abus *a posteriori* selon la jurisprudence et la doctrine citées, on soulignera qu'aucune reprise de la vie commune n'a eu lieu pendant la période examinée ici. Ainsi, compte tenu de ces éléments, la règle générale dégagée par le Tribunal fédéral, selon laquelle le droit à l'indemnité de chômage doit être nié pour les conjoints de personnes ayant une position assimilable à celle de l'employeur jusqu'au jugement de divorce, ne trouve pas application dans le cas d'espèce pour la période courant dès le 10 octobre 2016. Par analogie, on soulignera que le Tribunal fédéral a retenu que si un assuré, associé et liquidateur de la société à responsabilité limitée qu'il exploitait en tant que franchisé, était en mesure de démontrer qu'il n'avait, en raison des spécificités du contrat de franchise, aucun pouvoir sur l'avenir de la société dont le sort était uniquement entre les mains du franchiseur, sa fonction de liquidateur ne faisait pas obstacle au droit à l'indemnité de chômage (arrêt du Tribunal fédéral 8C_1016/2012 du 19 août 2013 consid. 5.1), et ce malgré la lettre claire de la loi. Dans ces conditions, on ne saurait pas non plus ériger en règle absolue la négation du droit à l'indemnité de chômage du conjoint d'un employeur jusqu'au jugement de divorce, lorsque l'examen des circonstances concrètes permet d'écartier tout potentiel d'abus. Or, les particularités du cas d'espèce révèlent précisément que le risque d'une ingérence de la recourante dans les affaires de son époux afin d'obtenir son réengagement peut être exclu dès leur séparation.

Le droit à l'indemnité de chômage de la recourante ne peut ainsi pas être nié pour ce motif à partir du 10 octobre 2016.

Reste que l'intimée ne s'est pas formellement prononcée sur les autres conditions du droit à l'indemnité. Il y aura donc lieu de lui renvoyer la cause afin qu'elle examine si ces conditions sont réalisées, avant de rendre une nouvelle décision.

15. Le recours est partiellement admis.

La recourante, qui obtient gain de cause, a droit à des dépens qui seront fixés à CHF 3'000.- (art. 61 let. g LPGA).

Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. g LPGA).

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

conformément à l'art. 133 al. 2 LOJ

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement au sens des considérants.
3. Renvoie la cause à l'intimée pour nouvelle décision.
4. Condamne l'intimée à verser à la recourante une indemnité de CHF 3'000.- à titre de dépens.
5. Dit que la procédure est gratuite.
6. 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

Julia BARRY

Karine STECK

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