

## **GE\_GERICHTE ATAS/123/2020 vom 12. Februar 2020**

GE Cour de justice, 2020-02-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_123\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_123_2020)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/123/2020 du 12 février 2020

IT: GE\_GERICHTE ATAS/123/2020 del 12 febbraio 2020

### **Erwägungen**

#### **E. 12**

Par réplique du 12 septembre 2019, la recourante a persisté dans les conclusions de son recours. Si elle ne contestait pas avoir été inscrite au registre du commerce de l'association qui l'employait, elle l'avait été sans droit de signature. Il convenait de déterminer l'existence d'une éventuelle influence considérable au sens de l'art. 31 al. 3 LACI sur la base d'une analyse complète de la structure de l'entreprise pour déterminer de quel pouvoir de décision elle jouissait effectivement. De plus, le comité n'était pas convoqué ou très régulièrement et elle n'y participait pas. Elle concluait également à ce que MM. F\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ soient invités à produire l'intégralité des procès-verbaux du comité depuis la constitution de l'association le 10 octobre 2011 jusqu'à la fin des rapports de travail qui la liaient à l'association, ce qui permettrait de démontrer qu'elle n'était pas convoquée aux séances et que son pouvoir de décision était nul.

#### **E. 13**

Sur ce, la cause a été gardée à juger.

A/2635/2019 - 6/12 - EN DROIT 1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982 (loi sur l'assurance-chômage, LACI - RS 837.0). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie. 2. Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, compte tenu de la suspension des délais pour la période du 15 juillet au 15 août inclusivement (art. 38 al. 4 let. b LPGA et art. 89C let. b LPA), le recours est recevable (art. 56 ss LPGA et 62 ss LPA). 3. En vertu de l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a), s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (let. b), s'il est domicilié en Suisse (let. c), s'il a achevé sa scolarité obligatoire, 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). 4. Selon l'art. 31 al. 3 LACI, n'ont pas droit à l'indemnité : a. les travailleurs dont la réduction de l'horaire de travail ne peut être déterminée ou dont l'horaire de travail n'est pas suffisamment contrôlable ; b. le conjoint de l'employeur, occupé dans l'entreprise de celui-ci ; c. 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. 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). 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 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

A/2635/2019 - 7/12 - 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 1er 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). 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. 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). Néanmoins, 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, car statuer sur le droit à l'indemnité d'un chômeur suppose 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 qu'un 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 (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 20 s. ad art. 10; 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). 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,

A/2635/2019 - 8/12 - 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'est en soi pas 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). 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. Il n'y a pas lieu de se fonder de façon stricte sur la position formelle de l'organe à considérer; 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 (SVR 1997 ALV n° 101 p. 311 consid. 5d). La seule exception à ce principe que reconnaît le Tribunal fédéral des assurances concerne les membres des conseils d'administration car ils disposent ex lege (art. 716 à 716b CO), d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI (DTA 1996/1997 n° 41 p. 226 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 (cf. ATF 122 V 273 consid. 3; DTA 2004 n° 21 p. 198 consid. 3.2). Pour leur part, les associés dans la société à responsabilité limitée, respectivement les associés-gérants lorsqu'il en a été désigné, occupent collectivement une position comparable à celle du conseil d'administration d'une société anonyme (ATFA non publié du 30 août 2001, C 71/01). Par ailleurs, même si la jurisprudence développée dans le cadre de l'art. 31 al. 3 LACI a été principalement appliquée à des employés de société anonyme, de société à responsabilité limitée, de société simple, la position d'associé se rapporte, selon la doctrine, à toutes les formes de société prévues par la loi (NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundes-verwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, CM 380). À ce sujet, la doctrine a précisé qu'un associé au sens formel est tout membre des huit formes de société du droit privé suisse, soit celle de la société simple, de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société anonyme, de la société en commandite par actions, de la société à responsabilité limitée, de la fondation et de l'association (BURGHERR, Die Insolvenzenschädigung, Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers als versichertes Risiko, Diss. Zürich 2004, p. 42). En conséquence, cette jurisprudence s'applique également au cas de l'employé d'une association de sorte qu'il convient d'examiner si, sur le plan matériel, la recourante occupe dans l'association une situation similaire à celle d'un employeur (ATAS/1149/2006 du 14 décembre 2006).

A/2635/2019 - 9/12 - Il convient de préciser en outre que l'absence de but lucratif d'une association n'exclut pas que, par leur appartenance à la direction, les membres du comité occupent une situation similaire à celle d'un employeur (ATAS/1149/2006). Savoir si un assuré a une influence déterminante sur la conduite des affaires et sur la politique de l'entreprise suppose, en priorité, qu'il puisse exercer une influence déterminante sur la formation de la volonté de la société dans des domaines qui touchent à l'orientation, à l'étendue ou à la cessation de l'activité (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 160/05 du 24 janvier 2006 consid. 6). 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 y a lieu de prendre en compte les rapports internes existant dans l'entreprise. On établira l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes (DTA 1996/1997

n° 41 p. 227 ss consid. 1b et 2; SVR 1997 ALV n° 101 p. 311 consid. 5c). S'agissant d'une recourante toujours secrétaire d'une association selon le registre du commerce et donc membre du comité avec signature collective, le Tribunal cantonal des assurances a retenu que vis-à-vis des tiers et de l'assurance-chômage, elle apparaissait ainsi comme une dirigeante de l'association, habilitée à la représenter, d'autant plus qu'elle en était membre fondatrice avec la signature collective. Cette circonstance permettait déjà, à elle seule, d'exclure le droit de la recourante aux indemnités de chômage. En tant que secrétaire de l'association et membre du comité, donc comme dirigeante de l'association, elle pouvait influencer son réengagement si les activités de l'association se développent favorablement, puisque le comité engageait, contrôlait et licenciat les membres de la direction (ATAS/1149/2006 du 14 décembre 2006). En effet, l'inscription de l'assurée au registre du commerce (comme organe de la société) constituait un critère aisément vérifiable et important pour déterminer si une personne ayant une position assimilable à celle d'un employeur a droit à l'indemnité de chômage (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 207/04 du 20 janvier 2006 consid. 3.3). Le Tribunal cantonal des assurances sociales en a jugé de même dans l'arrêt du 27 mai 2009 (ATAS/644/2009) retenant que dans la mesure où la recourante était encore membre du comité de l'association au moment de déposer sa demande d'indemnités de chômage, elle avait conservé une position analogue à celle d'un employeur, puisqu'elle disposait ex lege du pouvoir de fixer les décisions que l'association était amenée à prendre comme employeur, ou, à tout le moins, de les influencer considérablement au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI. Vis-à-vis des tiers et de l'assurance-chômage, la recourante apparaissait ainsi toujours comme un membre dirigeant de l'association habilitée à la représenter, d'autant plus qu'elle en est un des membres fondateurs. Partant, elle faisait indiscutablement partie du cercle des personnes visées à l'art. 31 al. 3 let. c LACI qui n'ont pas droit aux indemnités de chômage. L'allégation de la recourante selon laquelle elle n'avait aucun pouvoir de décision en ce qui concernait son propre engagement, dans la mesure où les projets qu'elle présentait étaient soumis à l'approbation du comité et

A/2635/2019 - 10/12 - où l'exécution des projets dépendait de l'octroi de subventions, ne lui étaient d'aucun secours. En effet, seul était déterminant le fait qu'elle se trouvait, en tant que salariée, dans une position assimilable à celle de l'employeur, puisqu'elle était membre du comité de l'association, avec signature collective à deux, et bénéficiait de plein droit des pouvoirs de représentation et de gestion liés à cette qualité. Cette circonstance permettait à elle seule d'exclure son droit aux indemnités de chômage, sans qu'il soit nécessaire de déterminer plus concrètement ses responsabilités exercées au sein de l'association (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_515/2007 du 8 avril 2008). Peu importait que la recourante influence concrètement ou non le processus de décision, car ce n'était pas l'abus avéré comme tel que la loi et la jurisprudence entendent sanctionner, mais le simple risque d'abus que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur (DTA 2003, p. 242 consid. 4). Il n'y a 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 en revanche 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). Une rupture définitive de tout lien avec l'entreprise continuant d'exister est aussi admise lorsque la personne assurée a divorcé du conjoint occupant une position dirigeante au sein de cette entreprise, mais 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). 5. En l'espèce, lorsqu'elle a déposé sa demande d'indemnités de chômage à la caisse, le 26 novembre 2018, la recourante était encore membre du comité de l'association et ce, jusqu'au 25 juillet 2019, à teneur du registre du commerce. En cette qualité, elle conservait une position analogue à celle d'un employeur, puisqu'elle disposait du pouvoir de fixer les décisions que l'association était amenée à prendre comme

A/2635/2019 - 11/12 - employeuse, ou, à tout le moins, de les influencer considérablement, au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI. Vis-à-vis des tiers et de l'assurance-chômage, elle apparaissait ainsi toujours comme une personne dirigeant de l'association. Elle n'avait ainsi pas droit aux indemnités de chômage. L'argument de la recourante, selon lequel elle n'avait aucun pouvoir de décision en ce qui concernait son propre engagement, dans la mesure où elle ne gérait pas concrètement l'association n'est pas déterminant, dès lors qu'elle avait la qualité d'organe formel de l'association, faisant partie de son comité. Cette circonstance excluait à elle seule son droit aux indemnités de chômage, même si elle ne gérait pas elle-même concrètement l'association ou le restaurant – ce qui apparaît vraisemblable. En effet, ce n'est pas l'abus avéré que la loi et la jurisprudence entendent sanctionner, mais le simple risque d'abus que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur. L'on ne se trouve enfin pas dans un cas où il n'existait plus de risque d'abus, dès lors que la recourante n'avait pas coupé tout lien avec l'association, puisque lorsqu'elle a déposé sa demande d'indemnité à la caisse, il était déjà prévu qu'elle continuerait à travailler à temps partiel pour celle-ci dès le 1er décembre 2018. En conclusion, l'intimée était fondée à refuser à la recourante les indemnités de chômage, dès lors qu'elle faisait partie du cercle des personnes visées par l'art. 31 al. 3 let. c LACI. 6. Mal fondé, le recours sera rejeté. 7. La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPG).

A/2635/2019 - 12/12 -

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.