

GE_GERICHTE A/2429/2014 vom 15. Dezember 2014

GE Cour de justice, 2014-12-15, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_2429_2014

FR: GE_GERICHTE A/2429/2014 du 15 décembre 2014

IT: GE_GERICHTE A/2429/2014 del 15 dicembre 2014

Erwägungen

E. 10

ème Chambre En la cause Monsieur A_____, domicilié à CAROUGE recourant contre OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Service juridique, sis rue des Gares 16, GENEVE intimé EN FAIT 1. Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en 1958, est originaire de Belgique. Il est arrivé en Suisse en 1992 ; initialement au bénéfice d'un permis de séjour, il est aujourd'hui titulaire d'un permis d'établissement.![endif]>![if> 2. Avant de venir à Genève, l'intéressé a travaillé en qualité de directeur général adjoint pour les programmes éducatifs spéciaux de l'association «B_____ », Bruxelles. De 1992 à 2003, il a été employé en qualité de directeur adjoint, pour les programmes éducatifs et événements mondiaux, auprès du Bureau mondial du scoutisme (F_____), à Genève, soit le secrétariat permanent de l'Organisation mondiale du mouvement scout. ![endif]>![if> 3. Il a dès lors bénéficié de plusieurs délais-cadre d'indemnisation au chômage, à savoir du 1 er septembre 2003 au 31 août 2005, du 1 er septembre 2005 au 31 août 2007 et du 1 er septembre 2008 au 31 août 2010.![endif]>![if> La demande d'indemnités qu'il avait formulée dès le 1 er septembre 2007 avait été rejetée, dès lors qu'il poursuivait son activité auprès de l'association « Agir avec les B_____ pour une terre meilleure » (ci-après C_____) 4. Du 1 er juillet 2012 au 30 septembre 2013, il a été employé en qualité de Secrétaire général à temps partiel auprès de C_____.![endif]>![if> 5. Il s'est inscrit le 27 septembre 2013 à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE), déclarant être disposé à travailler à plein temps; il sollicitait le versement de l'indemnité de chômage dès le 1 er octobre 2013.![endif]>![if> 6. L'examen du dossier, par le service juridique de l'OCE, pour la détermination de son aptitude au placement, relève :![endif]>![if> - qu'il avait déjà travaillé auparavant pour C_____ dont il occupait la fonction de secrétaire général et de membre du comité (du 1 er octobre 2003 au 30 septembre 2013) ; ![endif]>![if> - que d'octobre 2013 à janvier 2014, ses recherches d'emploi visaient un travail à temps partiel, essentiellement pour des mandats ;![endif]>![if> - qu'il avait annoncé à l'Office régional de placement (ci-après : ORP) une mission au Sénégal du 7 au 21 novembre 2013 et déclaré une activité indépendante à titre de gain intermédiaire pour la période du 11 au 15 novembre 2013.![endif]>![if> 7. Invité à s'expliquer sur ses relations avec C_____, notamment depuis son licenciement en date du 30 septembre 2013, et au sujet des fonctions qu'il occupait au sein de cet organisme, l'intéressé a expliqué qu'il avait, depuis plus de trente ans, exercé ses activités professionnelles principalement dans le milieu associatif au service des autres, en particulier des plus défavorisés. Ce secteur d'activité, fragile, dépendait des subventions publiques ou privées, sinon de la générosité des donateurs. Ceci expliquait une carrière professionnelle ayant connu des hauts et des bas, passant par des périodes de travail bénévole, de travail à temps partiel, voire de chômage.![endif]>![if> Depuis son licenciement il n'avait plus aucune relation de travail avec C_____, mais il exerçait toujours son activité de secrétaire général à titre bénévole. Cette fonction lui

conférait également la qualité de membre du comité. Jusqu'au 30 septembre 2013, en tant qu'employé rémunéré, il était membre du comité à titre consultatif, sans droit de vote, conformément aux statuts de l'association. Depuis son licenciement, il était à nouveau membre du comité, mais de plein droit. Il exerçait cette responsabilité pendant ses temps libres, à raison de quelques heures par semaine. Il n'avait perçu aucune rémunération pour cette activité, sinon le remboursement des frais exposés pour l'association. C_____ n'était pas inscrite au registre du commerce, vu son statut sans but lucratif et sans activité commerciale ; à titre individuel il n'était pas non plus inscrit dans ce registre. Sa mission au Sénégal poursuivait un double objectif : accepter une offre de travail de cinq jours, du 11 au 15 novembre 2013, de l'association « H_____ de paix en Casamance (H_____) » à Ziguinchor au Sénégal, et renforcer et développer son réseau de relations professionnelles locales, pour le reste de son séjour afin de susciter d'autres offres de travail auprès d'employeurs potentiels. Il avait déclaré ce travail, rémunéré à hauteur de CHF 1'250.-, tous frais payés en sus, sous la rubrique « travail indépendant », sur recommandation de la caisse de chômage. Le marché de l'emploi dans son domaine d'activité étant extrêmement morcelé, il ne cherchait personnellement pas à travailler à temps partiel, mais la plupart des offres d'emploi ayant cette caractéristique, il estimait de son devoir de donner suite à toutes offres convenables, même à temps partiel, et c'est ainsi qu'il avait accepté un contrat à 20 % pour une durée indéterminée, dès le 1 er janvier 2014, comme secrétaire exécutif de l'association « D_____ » (ci-après : D_____). 8. Par décision du 12 mars 2014, l'OCE a nié le droit à l'indemnité de Monsieur A_____. L'intéressé avait bénéficié de plusieurs délais-cadres d'indemnisation dès le 1 er septembre 2003, successifs de cette dernière date jusqu'au 31 août 2007, et de septembre 2008 au 31 août 2010, mais aussi dans le cadre d'une allocation de retour à l'emploi pour chômeurs en fin de droit, dès le 1 er octobre 2010 pour douze mois. Il avait exercé en tant que secrétaire général salarié (de C_____) notamment du 1 er octobre 2003 au 31 janvier 2004 à 30 %, du 1 er février 2004 au 30 septembre 2005 à 50 %, du 1 er octobre 2005 au 30 novembre 2008 à 20 %, au bénéfice de l'allocation de retour à l'emploi pour chômeurs en fin de droit pour douze mois dès le 1 er octobre 2010, et du 1 er juillet 2012 au 30 septembre 2013. Pendant ses périodes chômées il avait effectué de nombreux voyages à l'étranger pour le compte de C_____. En 2009, l'ORP l'avait enjoint à participer à un cours auprès de la maison Hestia; cette mesure avait été interrompue au motif que le réel projet de l'intéressé était de continuer à travailler comme secrétaire général auprès de C_____, non plus comme bénévole mais comme salarié; cette association lui était « acquise » : il avait le soutien du comité ; c'était à lui de trouver les financements, les mandats, et d'assurer la gestion pour financer son poste. Il avait d'ailleurs renoncé au paiement de ses arriérés de salaires pour les années 2005 et 2006, au vu de la situation financière de l'association, et le comité s'était engagé à le réengager dès que la situation financière le permettrait. Il était au demeurant douteux que l'intéressé soit apte au placement, dès lors que sa volonté manifeste, aussi honorable soit-elle, était de poursuivre son investissement avec C_____ et de la développer, et non pas réellement de trouver un emploi salarié auprès d'un employeur tiers. 9. Par courrier du 12 avril 2014, l'administré a formé opposition à cette décision, concluant à ce qu'il soit rétabli dans son droit aux indemnités de chômage à partir du 1 er octobre (sans préciser l'année). Sa demande d'indemnité du 1 er septembre 2007 n'avait pas été rejetée parce qu'il poursuivait son activité auprès de C_____, mais en raison du fait qu'étant simultanément salarié de C_____ et de l'association E_____, il réalisait un salaire supérieur à l'indemnité à laquelle il aurait eu droit. Il était devenu membre du comité

de C_____ en 1993 sur mandat du F_____, son employeur de l'époque, et cette situation avait perduré jusqu'en 2003, année au cours de laquelle son contrat à plein temps avec le F_____ avait pris fin et qu'il avait été engagé par C_____ comme secrétaire général à temps partiel. Pendant les périodes où il bénéficiait d'un contrat rémunéré, il n'était pas membre du comité, ce qui aurait été contraire aux statuts de l'association. Pendant les périodes concernées, il n'a pas travaillé uniquement pour C_____, mais aussi pour l'association E_____, et actuellement pour D_____. La jurisprudence sur laquelle se fondait la décision entreprise n'était pas applicable dans le cas d'espèce : selon lui C_____ n'entrait pas dans les catégories d'entreprises visées par cette jurisprudence, et lui-même n'avait pas la position dirigeante au sein de celle-ci qui justifierait qu'on lui oppose un statut assimilable à celui d'un employeur. 10. Par décision du 23 juin 2014, l'OCE a rejeté l'opposition et confirmé la décision du 12 mars 2014.![endif]>![if> Les pièces produites à l'appui de l'opposition et les arguments développés n'apportaient rien de nouveau qui permette de modifier la décision entreprise. 11. Par courrier du 19 août 2014, l'administré a interjeté recours auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice. Il conclut à ce qu'il soit rétabli dans son droit aux indemnités de chômage à partir du 1^{er} octobre 2013.![endif]>![if> Il reprend pour l'essentiel les arguments développés à l'appui de son opposition du 12 avril 2014. 12. Par courrier du 16 septembre 2014, l'intimé constate que l'assuré n'apporte aucun élément nouveau permettant de revoir la décision sur opposition du 23 juin 2014. Il se réfère expressément à ses décisions des 12 avril (recte mars) et 23 juin 2014, dans les termes desquels il persiste intégralement, proposant implicitement le rejet du recours.![endif]>![if> 13. Dans le délai qui lui avait été imparti, prolongé à sa demande, le recourant a répliqué. Il persistait dans ses conclusions. Les pièces produites par l'intimé étaient partielles et partiales, la plupart d'entre elles émanant de l'administration elle-même, parfois incompréhensibles en raison des termes ou du jargon utilisé et n'ayant pas été soumises à l'administré, pour qu'il puisse se prononcer à leur sujet, avant que soient rendues les décisions des 12 mars et 23 juin 2014. Ce mode de faire violait le droit d'être entendu. Les pièces produites par l'intimé ne pouvaient dès lors être prises en compte, en l'état dans la procédure. ![endif]>![if> 14. Par courrier du 12 novembre 2014, l'intimé a dupliqué : le recourant avait pu faire valoir ses arguments au stade de l'opposition, et l'intimé en avait tenu compte dans sa décision sur opposition. Le recourant aurait pu, s'il l'avait souhaité, demander à consulter son dossier, ce qu'il n'a pas fait, de sorte qu'il ne saurait invoquer une violation de son droit d'être entendu à ce stade de la procédure.![endif]>![if> 15. Sur quoi la chambre de céans a communiqué cette détermination au recourant et informé les parties que la cause était gardée à juger.![endif]>![if> 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 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).![endif]>![if> Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie. 2. Le litige porte sur la question de savoir si le recourant a droit à l'indemnité de chômage depuis le 1^{er} octobre 2013. ![endif]>![if> 3. La jurisprudence, rendue sous l'empire de l'art. 4 aCst. et qui s'applique également à l'art. 29 al. 2 Cst. (ATF 129 II 504 consid. 2.2), a déduit du droit d'être entendu, en particulier, le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment,

celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 126 I 16 consid. 2a/aa, 124 V 181 consid. 1a, 375 consid. 3b et les références).!endif]>![if> 4. En tant que garantie générale de procédure, le droit d'être entendu, consacré à l'art. 29 al. 2 Cst., permet au justiciable de consulter le dossier avant le prononcé d'une décision. Selon la jurisprudence, la garantie constitutionnelle de l'accès au dossier comprend le droit de consulter des pièces au siège de l'autorité, de prendre des notes et de faire des photocopies, pour autant qu'il n'en résulte pas un surcroît de travail excessif pour l'autorité (ATF 126 I 7 consid. 2b, 122 I 112 consid. 2b et les arrêts cités ; cf. ATF 115 V 302 consid. 2e).!endif]>![if> Dans son mémoire de réplique le recourant ayant consulté le dossier de l'intimé, versé à la procédure avec sa réponse au recours, fait grief à l'administration d'avoir violé son droit d'être entendu, en ne lui soumettant pas ces pièces pour qu'il puisse se prononcer à leur sujet, avant que soient rendues les décisions des 12 mars et 23 juin 2014. Le droit de consulter le dossier est consacré à Genève notamment par l'art. 44 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA-GE - E 5 10) au terme duquel les parties et leurs mandataires sont seuls admis à consulter au siège de l'autorité les pièces du dossier destinées à servir de fondement à la décision. Cette disposition garantit un droit à l'administré, celui d'accéder à la consultation du dossier, au siège de l'administration, pour autant, de toute évidence, qu'il en fasse la demande. En l'occurrence, le recourant ne prétend pas avoir demandé à consulter son dossier, à un quelconque moment, et encore moins d'avoir essuyé un refus de la part de l'administration. Il ne saurait, dans ces conditions, invoquer la violation de son droit d'être entendu. 5. Selon l'art. 8 al. 1er LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage, notamment, s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a) et s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (let. b). L'art. 31 al. 3 let. c LACI prévoit en outre que n'ont pas droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, les personnes qui fixent les décisions que prend l'employeur – ou peuvent les influencer considérablement – en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise ; il en va de même des conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise.!endif]>![if> 6. Le Tribunal fédéral des assurances a jugé que cette dernière disposition s'applique par analogie à l'octroi de l'indemnité de chômage (ATF 123 V 234 consid. 7b). Ainsi, 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 (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 156/06 du 7 décembre 2006 consid. 2). Les conjoints peuvent en effet 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 50/04 du 26 juillet 2005 consid. 3.2).!endif]>![if> 7. Selon la jurisprudence du TFA, relative à l'art. 31 alinéa 3 lettre c LACI, qui considère en matière d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, applicable au droit à l'indemnité de chômage, que le 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 formellement par une entreprise, il continue à fixer les décisions de l'employeur ou à influencer celle-ci de manière déterminante. !endif]>![if> On établira l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes (DTA 1996/1997

no 41 p. 227 s. consid. 1b et 2; SVR 1997 ALV no 101 p. 311 consid. 5c). La seule exception à ce principe 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 no 41 p. 226 consid. 1b et les références). Pour les membres du conseil d'administration, le droit aux prestations peut dès lors 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 p. 273; DTA 2004 no 21 p. 196 consid. 3.2, C 113/03). Il en va de même, dans une société à responsabilité limitée, des associés, respectivement des associés-gérants lorsqu'il en a été désigné, lesquels occupent collectivement une position comparable à celle du conseil d'administration d'une société anonyme (arrêts C 37/02 du 22 novembre 2002, consid. 4, et C 71/01 du 30 août 2001). Selon la jurisprudence ce droit doit aussi être nié aux membres de la direction d'une association qui disposent ex lege d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI. L'art. 69 CC dispose en effet que la direction a le droit et le devoir de gérer les affaires de l'association et de la représenter en conformité des statuts. En vertu de cette disposition, la direction assume la gestion des affaires de l'association, dans la mesure où un autre organe, comme l'assemblée générale (cf. art. 65 al. 1 CC), n'en a pas la compétence (Anton Heini/Urs Scherrer, in : Basler Kommentar, ZGB I, n. 17 ad art. 69). A ce titre, la direction de l'association occupe donc une position comparable à celle du conseil d'administration d'une société anonyme (art. 716 à 716b CO), en ce sens que les membres de la direction disposent ex lege du pouvoir de fixer les décisions que l'association est 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. Aussi, leur droit à l'indemnité de chômage peut-il être exclu sans qu'il soit nécessaire de déterminer plus concrètement - comme le voudrait le recourant- les responsabilités qu'ils exercent au sein de l'association (8C_515/2007 du 8 avril 2008). Selon le Tribunal fédéral (DTA 2003 p. 240) 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 (cf. DTA 2002 p. 183; arrêt R. du 22 novembre 2002, C 37/02). 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 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. 8. En l'espèce, il est établi que l'intéressé est membre du comité de C_____ depuis 1993, qu'il exerce son activité de secrétaire général au sein de celle-ci depuis mai 2003 et qu'il n'a pas rompu ses liens avec C_____ malgré son licenciement au 30 septembre 2013. En effet il a, en sa qualité de membre du comité et de secrétaire général une position assimilable à celle d'un employeur, puisqu'il dispose d'un pouvoir de décision au sein de C_____, ayant une possibilité effective d'influencer de manière déterminante la volonté de celle-ci, ayant de surcroît le soutien du comité, ce dernier s'étant d'ailleurs déclaré prêt à le réengager en tant que salarié dès que la situation financière le permettrait. !endif]>![if> Le recourant conteste l'application des principes jurisprudentiels rappelés ci-dessus à son cas particulier, au motif

que C_____ est une association ne poursuivant aucun but lucratif et n'exerçant aucune activité commerciale. Son seul but étant humanitaire, reconnue comme telle en tant que membre de la Fédération genevoise de coopération, elle agit par délégation de mandats de service public, et ne peut, à ce titre, être assimilée à une société de droit privé ayant des activités commerciales. C_____ dépendant des subventions publiques et de la générosité de ses donateurs, sa situation est très fragile, ceci expliquant les fréquentes décisions de modification du temps d'emploi ou de licenciements. Il observe également que C_____, en tant qu'employeur, s'est systématiquement acquittée des assurances sociales y compris de l'assurance-chômage pendant toute la durée des contrats dont il a bénéficié, le considérant bien comme un employé et non pas comme l'employeur. Il invoque aussi le fait qu'il n'a ni créé cette association, ni le poste de secrétaire général. Ces arguments tombent à faux : en effet, ce n'est pas parce qu'une personne morale exerce une activité sans but lucratif qu'elle n'est pas susceptible d'engager du personnel et de le rémunérer dans le cadre de contrats de travail. De ce point de vue, elle ne se distingue nullement d'une société commerciale. Le fait est que le recourant a précisément été engagé, comme salarié de l'association, au cours des années, lorsque la situation financière de celle-ci lui permettait de le rétribuer. Le recourant occupant le poste de secrétaire général de l'association, tantôt rémunéré, tantôt à titre bénévole, et membre du comité de celle-ci, pendant les périodes où il ne bénéficiait pas d'un contrat de travail, et à l'inverse, ne faisant pas partie du comité, lorsqu'il avait le statut de salarié, il est établi que ses fonctions et attributions, ainsi que la persistance de ses liens avec cette association au-delà de son licenciement, et la poursuite de ses activités au sein de C_____ pendant ces périodes notamment aux fins de rechercher les moyens financiers pour être réengagé lui donne une position particulière au sein de l'organisation. Cette position est assimilable à celle d'un employeur, puisqu'il dispose d'un pouvoir de décision au sein de C_____, ayant une possibilité effective d'influencer de manière déterminante la volonté de celle-ci, cette situation rendant d'autant plus difficile le contrôle de son chômage. Pour honorable que soit son engagement bénévole au service des plus défavorisés, il n'en demeure toutefois pas moins que l'assurance-chômage n'est pas destinée à doter de fait une association caritative des moyens financiers pour rémunérer ses employés dans les périodes où ces moyens seraient insuffisants. C'est ainsi à juste titre que l'intimé a retenu que le recourant occupe une position assimilable à celle d'un employeur au sein de l'association C_____, qu'il n'a pas rompu ses liens avec cette dernière depuis sa réinscription à l'OCE le 1^{er} octobre 2013, et lui a ainsi nié le droit à l'indemnité de chômage dès cette date. 9. En tous points mal fondé, le recours sera rejeté.!

Le recourant, qui succombe, n'a pas droit à des dépens (art. 61 let. g LPGa). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGa). PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : A la forme :

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