RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

**A/3628/2020** **ATAS/1023/2021**

# COUR DE JUSTICE

## Chambre des assurances sociales

# Arrêt du 5 octobre 2021

**2ème Chambre**

En la cause

| | |
|---|---|
| A_____, sise à GENÈVE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Christian BRUCHEZ | recourante |

contre

| | |
|---|---|
| OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Service juridique, sis Rue des Gares 16, GENÈVE | intimé |

**Siégeant : Blaise PAGAN, Président; Maria Esther SPEDALIERO, Jean-Pierre WAVRE, Juges assesseurs**

## EN FAIT

1. A_____ (ci-après : l'association ou la recourante), inscrite au registre du commerce de Genève depuis janvier 2018, est une association à but non lucratif, ayant pour but, selon ledit registre, différents types d'actions visant la « favorisation du progrès économique, environnemental et social équitable et intégré ».

2. À la suite des mesures officielles prises dans le cadre de la pandémie de coronavirus (ci-après : COVID-19) avec effet à compter du 17 mars 2020, l'association, par la signature du président et du vice-président de son « conseil d'administration », a, par courrier motivé du 14 avril 2020 reçu le 16 avril 2020, transmis à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE, l'office ou l'intimé) un " préavis de réduction de l'horaire de travail ", pour « toute l'entreprise », à savoir le directeur Monsieur B_____, seul membre de son personnel selon l'organigramme (version d'avril 2020) joint, pour une durée prévisible du 1er mai au 31 octobre 2020, en raison d'une perte de travail prévisible de 30 %.

3. Par décision du 17 avril 2020, l'OCE, ne faisant " pas opposition " audit préavis, a accepté le paiement de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT), pour toute l'entreprise, pour la période demandée.

4. Par courriel du 20 août 2020, l'association a adressé à l'office un nouveau " préavis de réduction de l'horaire de travail " signé également par le président et le vice-président, pour un seul travailleur concerné par la RHT sur un effectif de deux membres du personnel, avec un pourcentage prévisible de perte de travail de 60 %, pour la période du 1er septembre au 30 novembre 2020. La raison de cette demande était que, « depuis la décision […] du 17 avril 2020, [l'association avait] été plus affectée qu'initialement prévu (perte de revenus, interruptions d'activité) principalement en raison de l'annulation de [ses] activités internationales et réunions faute des restrictions de voyage (sic) liées à la pandémie COVID-19 ».

   Était annexé un nouvel organigramme (version d'août 2020).

5. Par décision du 24 août 2020, l'OCE, considérant que les personnes qui déterminent les décisions que prend l'employeur ou peuvent les influencer considérablement, en leur qualité d'associé, de détenteur d'une participation financière à l'entreprise, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de conjoint de ces personnes, n'ont pas droit à l'indemnité en cas de RHT, a refusé la nouvelle demande d'indemnité en cas de RHT du 20 août 2020.

6. Par opposition du 22 septembre 2020, l'association a fait valoir que son directeur n'était pas une personne qui déterminait les décisions que prend l'employeur ou pouvait les influencer considérablement.

   Étaient joints le compte rendu de la réunion du « comité exécutif » de l'association du 16 avril 2020, ainsi que les statuts signés en 2017.

7. Par décision sur opposition rendue le 12 octobre 2020, l'OCE a rejeté cette opposition et a confirmé la décision du 24 août 2020 précitée.

8. Par acte déposé le 11 novembre 2020, l'association a, auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : la chambre des assurances sociales ou la chambre de céans) et pièces à l'appui, formé recours contre cette décision sur opposition, concluant, avec suite de frais et dépens, à l'annulation de celle-ci ainsi qu'à la reconnaissance de son droit à l'indemnité en cas de RHT pour M. B_____ pour la période postérieure au 1er juin 2020 et à l'autorisation donnée à la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse) pour l'octroi correspondant à l'indemnité en cas de RHT dès cette même date.

   Étaient notamment produits la liste des quatre membres fondateurs de l'association lors de l'assemblée constitutive du 27 octobre 2017, de même que le contrat de travail (rédigé en anglais) entre l'association et M. B_____, comme « Executive Director », aux taux d'occupation de 100 % et pour une durée indéterminée (« long-term [permanent] »), signé le 20 décembre 2017.

9. Dans sa réponse du 7 décembre 2020, l'intimé a persisté dans les termes de la décision sur opposition querellée, considérant que la recourante n'avait apporté aucun élément nouveau dans son recours, et faisant valoir que le droit éventuel à l'indemnité en cas de RHT ne pourrait en tout état de cause pas être reconnu avant le 1er septembre 2020.

10. Dans sa réplique du 11 janvier 2021, la recourante a persisté dans les termes et conclusions de son recours, précisant en outre qu'il avait été mis fin au versement de l'indemnité en cas de RHT à compter du 1er juin 2020, comme indiqué dans un courrier – non daté – de la caisse s'agissant des personnes avec pouvoirs de décision déterminants et de leur conjoint, auquel elle avait répondu par lettre du 19 août 2020.

## 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 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, l'acte de recours est recevable (art. 56 ss LPGA et 62 ss de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA-GE - E 5 10]).

3. Le litige porte sur la question de savoir si c'est à bon droit que l'intimé a refusé le droit à l'indemnité en cas de RHT sollicité par la recourante dans son nouveau préavis de RHT déposé le 20 août 2020, uniquement pour son directeur.

L'association conclut à la reconnaissance de ce droit à partir du 1er juin 2020, date antérieure à sa nouvelle demande du 20 août 2020, dans laquelle elle requérait le versement de ladite indemnité à compter du 1er septembre 2020 et jusqu'au 30 novembre 2020. L'office considère quant à lui qu'un tel droit ne pourrait commencer que le 1er septembre 2020, conformément à la demande du 20 août 2020. Quoi qu'il en soit, la question du dies a quo de l'éventuel droit à l'indemnité en cas de RHT peut demeurer indécise, pour les motifs qui suivent.

Ne nécessite pas non plus d'être tranchée la question de savoir quelle a été la réelle perte de travail pour le directeur (60 % selon la demande de RHT du 20 août 2020, 30 % d'après l'allégué 9 du recours).

4. Afin de surmonter des difficultés économiques passagères, un employeur peut introduire, avec l'accord de ses employés, une RHT, voire une suspension temporaire de l'activité de son entreprise (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 1 relatif aux remarques préliminaires concernant les art. 31 ss LACI). L'indemnité s'élève à 80 % de la perte de gain prise en considération (art. 34 al. 1 LACI). L'indemnité en cas de RHT doit être avancée par l'employeur (art. 37 let. a LACI) et sera, par la suite, remboursée par la caisse de chômage à l'issue d'une procédure spécifique (art. 36 et 39 LACI).

   S'agissant plus particulièrement de la procédure, l'art. 36 al. 1 LACI, dans sa version en vigueur avant le 1er juillet 2021, prévoyait que lorsqu'un employeur a l'intention de requérir une indemnité en faveur de ses travailleurs, il est tenu d'en aviser l'autorité cantonale par écrit dix jours au moins avant le début de la RHT. Le Conseil fédéral peut prévoir des délais plus courts dans des cas exceptionnels. Le préavis est renouvelé lorsque la RHT dure plus de trois mois. L'art. 58 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (ordonnance sur l'assurance-chômage, OACI - RS 837.02) prévoit des délais de préavis plus courts dans des circonstances particulières.

   En vertu de l'art. 31 al. 1 LACI, les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de RHT lorsque : ils sont tenus de cotiser à l'assurance ou qu'ils n'ont pas encore atteint l'âge minimum de l'assujettissement aux cotisations AVS (let. a) ; la perte de travail doit être prise en considération (art. 32 ; let. b) ; le congé n'a pas été donné (let. c) ; la RHT est vraisemblablement temporaire, et si l'on peut admettre qu'elle permettra de maintenir les emplois en question (let. d).

   Le but de l'indemnité en cas de RHT consiste, d'une part, à garantir aux personnes assurées une compensation appropriée pour les pertes de salaire dues à des réductions de temps de travail et à éviter le chômage complet, à savoir des licenciements et résiliations de contrats de travail. D'autre part, l'indemnité en cas de RHT vise au maintien de places de travail dans l'intérêt tant des travailleurs que

des employeurs, en offrant la possibilité de conserver un appareil de production intact au-delà de la période de RHT (ATF 121 V 371 consid. 3a).

5. Aux termes de l'art. 31 al. 3 LACI, n'ont pas droit à l'indemnité en cas de RHT : les travailleurs dont la RHT ne peut être déterminée ou dont l'horaire de travail n'est pas suffisamment contrôlable (let. a) ; le conjoint de l'employeur, occupé dans l'entreprise de celui-ci (let. b) ; 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 (let. c).

6. a. Pour ce qui est de la répartition des compétences entre l'OCE et les caisses de chômage, c'est, à teneur de la loi, le premier, en sa qualité d'autorité cantonale, qui, en application de l'art. 36 LACI, reçoit de l'employeur le préavis de RHT et examine les conditions se rapportant au principe du droit à l'indemnité en cas de RHT (Boris RUBIN, op. cit., n. 5 ad art. 36 LACI), tandis que ce sont les secondes qui sont saisies de l'ensemble des prétentions à indemnité formulées par l'employeur pour les travailleurs de son entreprise, conformément à l'art. 38 LACI, puis examinent, en vertu de l'art. 39 al. 1 LACI, si les conditions personnelles fixées aux art. 31 al. 3 et 32 al. 1 let. b LACI sont remplies, ce à quoi s'ajoutent des vérifications sur d'autres points (Boris RUBIN, op. cit., n. 4 ad art. 39 LACI).

   b. Cela étant, il ressort de cette répartition des compétences que les autorités cantonales examinent le respect des conditions du droit à l'indemnité en cas de RHT pour l'ensemble du personnel de l'employeur et quant au principe et les caisses de chômage portent leur examen sur des éléments plus précis, en particulier quant au droits des employés considérés individuellement. En effet, le législateur a renoncé à donner dans la loi à l'autorité cantonale compétente le pouvoir de mener des enquêtes dans l'entreprise déjà au moment du dépôt du préavis de RHT et de l'examen des conditions dont dépend le droit à l'indemnité en cas de RHT (Message du Conseil fédéral concernant une nouvelle loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 2 juillet 1980, FF 1980 III 485 ss, spéc. 529 s. et 601 ; ATF 124 V 380 consid. 2c).

   Par ailleurs, dans un cas à tout le moins, le Tribunal fédéral n'a pas contesté le principe de l'examen de la condition d'exclusion de droit de l'art. 31 al. 3 let. c LACI par l'autorité cantonale, en l'occurrence bernoise (ATF 120 V 521). Au surplus, d'après le Tribunal administratif fédéral (ci-après : TAF) – dans un arrêt dont on peut s'inspirer par analogie –, s'il est vrai que, selon l'art. 39 al. 1 LACI, il incombe à la caisse – de chômage – d'examiner la réalisation des conditions énumérées à l'art. 31 al. 3 LACI, on ne saurait cependant déduire de cette disposition qu'elle confère à ladite caisse la compétence exclusive de le faire et que l'organe de compensation (au sens de l'art. 83a LACI) n'aurait alors que la compétence de vérifier les autres conditions de l'indemnisation, ce vu en particulier l'art. 109 LACI (arrêt du TAF B-2454/2011 du 3 juillet 2012 consid. 3.3).

c. Dans le présent cas, dans la mesure notamment où le droit éventuel à l'indemnité en cas de RHT ne concerne qu'un employé et où l'éventuelle exclusion du droit à l'indemnité en cas de RHT en application de l'art. 31 al. 3 let. c LACI rendrait inutile l'examen des autres conditions, il serait en tout état de cause contraire au principe de l'économie de procédure de reprocher à l'intimé d'avoir examiné cette condition et d'avoir rejeté la demande de RHT pour ce seul motif.

Étant donné que le système légal n'exclut pas de manière impérative l'examen par l'autorité cantonale, en l'occurrence l'OCE, de la question de savoir si un employé a ou non une fonction dirigeante au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI qui exclurait le droit de celui-ci à une indemnité en cas de RHT et que la chambre des assurances sociales trancherait également un recours contre une éventuelle décision subséquente de la caisse de chômage relative à la même indemnité en cas de RHT, la chambre de céans examinera ce motif de refus retenu par l'intimé.

7. a. Si le droit à l'indemnité en cas de RHT était donné à des personnes qui se trouvent dans une position similaire à celle de l'employeur – lequel n'a pas droit à cette indemnité pour lui-même –, elles pourraient déterminer l'étendue de l'indemnisation – qui dépend du salaire contractuel et du taux de réduction de l'horaire de travail (art. 34 LACI) – ainsi que le moment de la survenance du risque assuré (ATF 123 V 234 consid. 7a ; Boris RUBIN, op. cit., n. 40 ad art. 31 LACI). Elles seraient également les personnes de référence pour renseigner les organes d'exécution au sujet des conditions d'indemnisation. L'exclusion du droit des personnes concernées vise donc à prévenir les abus et les conflits d'intérêts, ce à quoi s'ajoutent les difficultés d'examen de telles situations (Message du Conseil fédéral concernant une nouvelle loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 2 juillet 1980, FF 1980 III 596 ; Boris RUBIN, op. cit., n. 40 ad art. 31 LACI).

b. 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 (ATF 122 V 270 consid. 3 ; ATF 120 V 521; arrêts du Tribunal fédéral 8C_865/2015 du 6 juillet 2016 consid. 4.2 et 8C_1044/2008 du 13 février 2009 consid. 3.2.1 ; cf. aussi THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in Soziale Sicherheit, SBVR vol. 14, 3ème éd., 2016, n. 465 p. 2405; Boris RUBIN, op. cit., n. 41 ad art. 31 LACI). 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_865/2015 précité consid. 4.2, 8C_84/2008 du 3 mars 2009 [DTA 2009 p. 177] et 8C_1044/2008 précité 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 (structure entrepreneuriale interne ; ATF 145 V 200 consid. 4.2 ; ATF 122 V 270 consid. 3 ; Boris RUBIN, op. cit., n. 41 ad art. 31 LACI). On établira l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes (arrêt du Tribunal fédéral 8C_1044/2008 précité consid. 3.2.1 et les arrêts cités).

En d'autres termes, il y a lieu de vérifier, dans chaque cas, sur la base de la structure d'organisation de l'entreprise, de quel pouvoir de décision jouit effectivement la personne concernée. Cette vérification est parfois compliquée car l'appartenance à une instance supérieure de décision de l'entreprise ne peut pas toujours être délimitée de l'appartenance à un niveau inférieur de direction à l'aide de critères formels. On ne pourra déduire d'emblée d'une procuration ou d'autres pouvoirs conférés à une personne que celle-ci occupe une position assimilable à celle d'un employeur dans l'entreprise car ces documents ne règlent que les responsabilités de l'intéressé envers l'extérieur. De telles délégations de pouvoirs confèrent certes à leur titulaire des compétences semblables sur le plan interne, mais ne permettent pas de conclure que la personne en question exerce une influence considérable sur les décisions de l'employeur, sans se référer au statut ni au contrat de la personne et encore moins aux circonstances inhérentes à l'entreprise (Secrétariat d'Etat à l'économie [ci-après : SECO], Bulletin LACI RHT, B38).

On ne déduira pas forcément, sans tenir compte des circonstances inhérentes à l'entreprise, qu'un directeur général responsable du domaine administratif et financier, disposant d'un droit de signature individuelle sans toutefois faire partie du conseil d'administration, exerce une influence considérable sur les décisions de l'employeur. Dans une petite entreprise ayant une organisation moins structurée, cette position peut néanmoins, selon les circonstances, signifier une influence considérable sur les décisions de l'employeur, même si la personne en question ne jouit pas officiellement du droit de signature et n'est pas inscrite au registre du commerce. Il faut alors être en mesure de prouver, en l'occurrence, que l'assuré peut effectivement exercer une influence considérable sur les décisions de l'employeur (SECO, Bulletin LACI RHT, B38 ; cf. aussi notamment arrêt du Tribunal fédéral 8C_252/2011 du 14 juin 2011).

Il n'est pas nécessaire d'examiner les circonstances concrètes du cas d'espèce lorsque le pouvoir décisionnel du dirigeant ressort de la loi. Tel est le cas des membres du conseil d'administration d'une société anonyme et des associés d'une société à responsabilité limitée (cf. art. 716 à 716b CO et art. 804 ss de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse [CO, Code des obligations - RS 220]), pour qui 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 145 V 200 ; ATF 123 V 234 consid. 7a ; ATF 122 V 270 consid. 3 ; arrêts du Tribunal fédéral 8C_384/2020 du 22 décembre

2020 consid. 3.1). C'est le cas également pour les membres de la direction d'une association (arrêts du Tribunal fédéral 8C_384/2020 précité consid. 3.1, 8C_537/2019 du 22 octobre 2020 consid. 3.3.3 et 8C_515/2007 du 8 avril 2008 consid. 3).

Concernant l'association, en effet, la direction a – de manière générale – le droit et le devoir de gérer les affaires de l'association et de la représenter en conformité des statuts (art. 69 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 [CC - RS 210]). 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. À 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 les responsabilités qu'ils exercent au sein de l'association (arrêt du Tribunal fédéral 8C_515/2007 du 8 avril 2008 consid. 3.2 et la référence citée).

8. a. Pour lutter contre l'épidémie de COVID-19 qui a atteint la Suisse début 2020, le Conseil fédéral a pris une série de mesures urgentes, en se fondant sur les art. 184 al. 3 et 185 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) ainsi que sur plusieurs dispositions de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 28 septembre 2012 (Loi sur les épidémies, LEp - RS 818.101) et sur l'ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 28 février 2020 (ordonnance COVID-19 – RS 818.101.24), laquelle a été abrogée et remplacée par l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 13 mars 2020 (ordonnance 2 COVID-19), puis par l'ordonnance 3 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 19 juin 2020 (ordonnance 3 COVID-19), elle-même ensuite plusieurs fois modifiée.

   À la suite de ces mesures, il y a notamment eu des restrictions, différentes selon les périodes et les États, pour les voyageurs venant de l'étranger et souhaitant entrer en Suisse, et inversément.

   b. Parallèlement aux restrictions imposées par l'ordonnance 2 COVID-19, le Conseil fédéral a adopté plusieurs mesures en matière d'assurance-chômage.

   Le 20 mars 2020, sur la base de l'art. 185 al. 3 Cst., le Conseil fédéral a adopté l'ordonnance sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus (ordonnance COVID-19 assurance-chômage - RS 837.033), entrée en vigueur avec effet rétroactif au 17 mars 2020.

   En particulier, dès le 17 mars 2020, le cercle des bénéficiaires des indemnités RHT a été élargi. Notamment, en vertu de l'art. 2, en dérogation à l'art. 31 al. 3 let. c,

LACI, 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 avaient le droit à l'indemnité en cas de RHT; il en allait de même des conjoints ou des partenaires enregistrés de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise.

Ledit art. 2 de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage a ensuite été abrogé, au 1er juin 2020.

c. Au surplus, le législateur fédéral a prévu, à l'art. 15 al. 2 de la loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 du 25 septembre 2020 (loi COVID-19 - RS 818.102), entré en vigueur avec effet rétroactif au 17 septembre 2020 (art. 21 al. 3), qu'ont également droit à l'allocation pour perte de gain notamment les personnes qui exercent une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 12 LPGA et les personnes qui occupent une position assimilable à celle d'un employeur.

9. Le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3 ; ATF 126 V 353 consid. 5b ; ATF 125 V 193 consid. 2 et les références). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 319 consid. 5a).

10. a. En l'espèce, à teneur du registre du commerce, depuis mai 2018 à tout le moins, M. B_____ est « membre directeur » de l'association, avec signature individuelle, tandis que le « membre président trésorier » et le « membre vice-président et secrétaire » sont titulaires de la signature collective à deux.

Selon les statuts de l'association, adoptés en 2017 sous les signatures de M. B_____ comme « fondateur » ainsi que des président et vice-président, respectivement comme « trésorier » et « secrétaire », les organes de l'association sont l'assemblée générale (ci-après : AG), le comité de direction (ci-après : le comité) et l'organe de révision (art. 9). L'AG est le pouvoir suprême de l'association ; elle agit en tant que gardien des buts, du statut, des valeurs et de l'intégrité de l'association ; elle se compose de tous les membres de l'association ; les invités peuvent participer à ses séances à l'invitation du comité (art. 10 al. 1). « Les compétences non transférables de l'AG » consistent notamment en « l'élection des membres au [comité] pour une période de deux ans renouvelable par l'AG », « la mise en place d'une vision stratégique et l'approbation de la politique générale de l'Organisation, ainsi que les perspectives programmatiques et

financières à moyen et long terme conformément aux présents statuts », « l'approbation du programme de travail et du budget » (art. 10 al. 2). Chaque membre de l'AG possède un vote égal ; les décisions sont prises à la majorité absolue des membres présents ; en cas d'égalité, le membre-président aura voix prépondérante ; un membre personnellement concerné par une décision du « Conseil » ne peut pas voter sur une telle question (art. 10 al. 3). Le comité, formé de trois membres de l'association au moins, s'organise lui-même ; « élus par l'AG, [il] (sic) détient alors le droit et le devoir de gérer les affaires de l'association et de la représenter en conformité des présents statuts » ; il comprend le président, le trésorier et le secrétaire ; (…) ; un siège au comité sera attribué à M. B_____ en tant que fondateur de l'association (art. 11 al. 1). Le comité se réunit aussi régulièrement que les activités de l'association le nécessitent ; il est « compétent pour toutes les questions non du domaine des autres organes de l'association » ; les fonctions du comité comprennent l'appel et l'organisation des réunions de l'AG, « la préparation des rapports annuels, du programme de travail, du budget ainsi que d'autres documents stratégiques, programmatiques, administratifs et financiers nécessaires à l'examen du Conseil », « l'application des décisions prises par l'AG, conduite de la politique de [l'association] et la mise en œuvre effective du programme de travail », la désignation des personnes qui engagent l'association par leur signature, la mobilisation de ressources pour la mise en œuvre du programme de travail, « la nomination et le renvoi de tout employé bénévole ou payé pour occuper le poste de directeur exécutif de [l'association] qui peut exercer des pouvoirs et les fonctions délégués du Comité et qui détient le pouvoir de nommer et de licencier d'autres employés rémunérés ou de bénévoles à temps plein ou à temps partiel, de conclure d'autres contrats légaux, et de représenter [l'association] conformément aux ressources disponibles et aux directives en vigueur » ; le comité peut également effectuer toutes autres tâches jugées nécessaires par l'AG pour s'assurer du bon fonctionnement de l'association (art. 11 al. 2). « Les membres du Comité de l'association agissent bénévolement et ne peuvent prétendre qu'à l'indemnisation de leurs frais effectifs et de leurs frais de déplacement. D'éventuels jetons de présence ne peuvent excéder ceux versés pour des commissions officielles. Pour les activités qui excèdent le cadre usuel de la fonction, chaque membre du comité peut recevoir un dédommagement approprié. Les employés rémunérés de l'institution ne peuvent siéger au comité de l'association qu'avec une voix consultative » (art. 11 al. 4 in fine).

Dans le premier organigramme (avril 2020) présenté par la recourante, le « conseil d'administration », composé du président et du vice-président, était au sommet de la hiérarchie, suivi par le « conseil exécutif », avec pour seul membre, « président et secrétaire », Monsieur C_____, puis par le « personnel », en la personne de son seul membre (à Genève et à plein temps) M. B_____, « directeur », enfin les « collaborateurs externes ». Dans le second organigramme (août 2020), les organes étaient les mêmes, avec la différence, concernant le « personnel », qu'il y avait une stagiaire (à Genève et à 80 %) en plus du directeur ; la principale nouveauté

consistait en ce que les « personnes ayant pouvoir de décision déterminant pour l'association selon les statuts » étaient le « conseil d'administration » et le « conseil exécutif », et les « personnes sans pouvoir de décision déterminant pour l'association selon les statuts » étaient le « personnel » ; s'y ajoutaient les « collaborateurs externes sous contrat avec [l'association] ».

Dans son opposition et son recours, l'association fait valoir que M. B_____ n'a pas de fonction dirigeante en son sein. En effet, conformément aux statuts, le directeur ne disposerait pas de pouvoir de gestion ; étant salarié, il n'aurait qu'une voix consultative au sein du « comité exécutif » ; il n'exercerait pas le droit de vote pour toute décision le concernant lors de l'AG. En outre, il n'exercerait que les pouvoirs qui lui ont été expressément délégués par « comité exécutif ».

Dans ce sens, est invoqué le compte rendu de la réunion du « comité exécutif » de l'association du 16 avril 2020, selon lequel étaient présents M. C_____, le président et le vice-président ainsi que M. B_____ (« directeur »), et au texte suivant : « RHT COVID-19 : À cause des circonstances extraordinaires liées à la pandémie de COVID-19, [l'association] n'est plus en mesure de mettre en place l'ensemble des activités prévues pour 2020 et la durée normale de travail est réduite. Le projet […] est particulièrement touché […]. L'association demandera donc [l'indemnité en cas de RHT], étant entendu que celle-ci ne s'appliquera qu'au poste de directeur. [Les président et le vice-président] présenteront les documents nécessaires et M. B_____ est chargé de soutenir la mise en œuvre de RHT. Son travail sera autorisé par le comité, pour le moment, à être réduit à 30 %. Le comité maintiendra son attention et sa surveillance sur cette question ».

b. De l'avis de l'intimé exprimé dans la décision sur opposition querellée, dès lors que la demande de RHT a été faite pour M. B_____, fondateur de l'association, qui a une place réservée au comité au sens des statuts, qui est directeur de l'association et qui est inscrit au registre du commerce avec signature individuelle, il apparaît vraisemblable que ledit directeur influence considérablement les décisions que prend l'employeur.

c. Tout d'abord, c'est en vain que la recourante, faisant notamment valoir qu'elle « est d'utilité publique et ne poursuit aucun but lucratif » (art. 4 des statuts) et qu'elle est exonérée des impôts cantonaux et communaux (ICC) ainsi que de l'impôt fédéral direct (IFD), soutient que l'art. 31 al. 3 let. c LACI ne pourrait pas trouver application s'agissant d'un dirigeant d'une personne morale constituée sous forme d'association au sens des art. 60 ss CC, au motif qu'une association ne peut pas avoir de but économique (art. 60 al. 1 CC a contrario) et que le dirigeant, même salarié, ne pourrait pas la contrôler économiquement, contrairement au dirigeant d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée.

En effet, le Tribunal fédéral a, dans des arrêts précités, expressément et sans réserve, appliqué l'art. 31 al. 3 let. c LACI à des associations, sans que la nature de leur but importe.

Au demeurant, en tant que titulaire de la personnalité morale, l'association doit avoir des organes (cf. notamment art. 54 CC). À cet égard, l'existence d'une direction est primordiale : en application des art. 77 CC et 90 al. 1 let. a ch. 2 et let. b et c de l'ordonnance sur le registre du commerce du 17 octobre 2007 (ORC – RS 221.411), une association ne peut exister sans direction. L'existence de la direction est donc absolument nécessaire (Vincent JEANNERET/Olivier HARI, in Commentaire romand, CC I, 2010, n. 1 ad art. 69 CC). Cela implique qu'il y a des personnes qui fixent les décisions qu'elle prend ou qui peuvent les influencer considérablement, au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI.

d. Ensuite, certes, M. B_____ n'a qu'une voix consultative dans le comité, et ce dernier semble prima facie et formellement, conformément aux statuts, tenir en premier le rôle de direction de l'association au sens de l'art. 69 CC, avec des pouvoirs relativement étendus selon l'art. 11 al. 1 et 2 des statuts.

Cependant, comme prescrit par la jurisprudence citée plus haut, il convient de ne pas se fonder de façon stricte sur la position formelle de l'organe à considérer, mais bien plutôt d'établir l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes, de sorte que c'est la notion matérielle de l'organe dirigeant qui est déterminante.

En l'occurrence, il ne faut pas donner une importance trop élevée aux statuts de la recourante, desquels paraît diverger l'organigramme qui ajoute un organe non prévu par les statuts, à savoir le « conseil exécutif » dont le membre aurait un « pouvoir de décision déterminant pour l'association selon les statuts ».

Cela étant, s'il est vrai que, d'après l'art. 11 al. 2 des statuts, le directeur est nommé par le comité, il n'en demeure pas moins qu'il (le directeur) est en mesure d'exercer de larges compétences, en ce sens que, toujours selon l'art. 11 al. 2, il « détient le pouvoir de nommer et de licencier d'autres employés rémunérés ou de bénévoles à temps plein ou à temps partiel, de conclure d'autres contrats légaux, et de représenter [l'association] conformément aux ressources disponibles et aux directives en vigueur ».

Qui plus est, M. B_____ est, en sa qualité de fondateur de l'association, la seule personne bénéficiant du droit à un siège au comité (art. 11 al. 1 des statuts), alors que sont aussi fondateurs le président, le vice-président et M. C_____ (pièce 4 de la recourante), ce qui renforce sa position malgré sa voix consultative.

La règle selon laquelle un membre personnellement concerné par une décision du « Conseil » ne peut pas voter sur une telle question (art. 10 al. 3 des statuts) ne s'applique pas seulement au directeur mais aussi à tous les membres de l'AG. De surcroît, elle est conforme à l'art. 68 CC, en vertu duquel tout sociétaire est de par la loi privé de son droit de vote dans les décisions relatives à une affaire ou un procès de l'association, lorsque lui-même, son conjoint ou ses parents ou alliés en ligne directe sont parties en cause. Selon la doctrine, la restriction au pouvoir de voter concerne tout sociétaire, et s'étend à un membre de la direction ; autrement

dit, si la direction s'organise de manière collégiale, chaque membre devra s'abstenir de voter sur un sujet porté à l'ordre du jour à propos duquel il se trouverait en situation de conflit d'intérêts au sens de l'art. 68 CC, sous réserve d'une autorisation expresse votée par l'AG (Vincent JEANNERET/Olivier HARI, op. cit., n. 2 ad art. 68 CC).

Le fait que le taux d'activité du directeur serait, selon les allégations de la recourante et comme cela semble ressortir du compte rendu de la réunion du « comité exécutif » de l'association du 16 avril 2020, fixé par le comité ne signifie en soi pas que M. B_____ n'aurait pas une fonction dirigeante.

Par ailleurs, conformément au registre du commerce et contrairement aux président et vice-président (membres du comité) qui ne disposent que de la signature collective à deux, M. B_____ est titulaire de la signature individuelle, faculté qui ne lui aurait pas été octroyée s'il avait été matériellement dans une position inférieure aux autres membres du comité.

Enfin, les pouvoirs du directeur apparaissent d'autant plus importants que la recourante est une structure relativement petite en ce qui concerne ses organes.

e. Il découle de ces circonstances que le directeur de la recourante (M. B_____) se trouve dans une position similaire à celle de l'employeur, que c'est à juste titre que l'intimé l'a considéré comme une personne qui fixe les décisions que prend l'employeur – ou peut les influencer considérablement – en qualité de membre d'un organe dirigeant de l'association, au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI, et a, pour ce motif, refusé le droit à l'indemnité en cas de RHT.

11. En conséquence, la décision sur opposition querellée est conforme au droit et le recours sera rejeté, sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres conditions du droit à l'indemnité en cas de RHT.

12. La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA, applicable ratione temporis vu l'art. 83 LPGA).

******

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

**Statuant**

**À la forme :**

1. Déclare le recours recevable.

**Au fond :**

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. 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 — Le président

Sylvie CARDINAUX — Blaise PAGAN

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