RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3745/2020 **ATAS/1024/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 5 octobre 2021

2ème Chambre

En la cause

A_____, sise à GENÈVE	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_____ (« A_____, Association pour les Musiciens» ; ci-après : l'association ou la recourante), créée en 1992, est, selon ses statuts actuels (adoptés en 2009 puis modifiés, la dernière modification remontant au 31 octobre 2018), une association sans but lucratif (art. 1 al. 1), non inscrite au registre du commerce (art. 1 al. 3), avec siège à Genève (art. 2), ayant pour but de rechercher pour les musiciens adultes amateurs les moyens les plus adaptés de pratiquer la musique et d'améliorer leurs connaissances dans ce domaine en leur offrant un programme adapté de cours et d'activités (art. 3).

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 de son président Monsieur B_____ et de sa directrice Madame C_____ (ci-après : la directrice), a, par courrier motivé du 1er avril 2020 reçu le même jour, 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 " (daté de la veille), pour « toute l'entreprise », à savoir pour la seule directrice, seul membre de son personnel, pour une durée probable du 31 mars au 30 juin 2020, en raison d'une perte de travail probable de 80 %.

   Étaient annexés la liste des membres du Comité (ci-après : le comité), ainsi que le budget annuel (« budget de fonctionnement ») 2019-2020.

3. Par décision du 2 avril 2020, l'OCE, faisant « partiellement 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 du 1er avril au 30 septembre 2020.

4. Par courriel du 16 septembre 2020, l'association a adressé à l'office un nouveau " préavis de réduction de l'horaire de travail " signé par la directrice, également pour elle-même seule, avec un pourcentage prévisible de perte de travail de 75 %, pour la période prévisible du 1er septembre au 31 décembre 2020.

   Elle « [indiquait] brièvement », comme « raison […] des restrictions de fonctionnement […] à cause des mesures des autorités liées à la pandémie Covid-19 » : « Tous les projets artistiques, et manifestations publiques pour la saison 2020-2021 sont annulés car normalement abrités par le [Conservatoire populaire de musique, danse et théâtre (ci-après : CPMDT)] qui ferme ses accès aux manifestations extérieures. Le travail de la direction et du secrétariat s'en trouve fortement réduit, de surcroît, ces manifestations, annulées, nous pressentons une baisse significative des nouvelles inscriptions et cotisations qui assurent une grande partie du budget annuel ».

5. Par décision du 18 septembre 2020, l'OCE, considérant que l'octroi de l'indemnité en cas de RHT n'aurait pas pu commencer à la date requise en l'absence d'envoi de la requête au moins dix jours à l'avance, qu'il n'aurait pu être accepté que pour une période maximale de trois mois et qu'une perte de

travail n'était pas établie, a refusé la nouvelle demande d'indemnité en cas de RHT du 16 septembre 2020.

6. Par opposition du 28 septembre 2020 signée par son président, l'association a contesté le contenu de cette décision, a confirmé une diminution de l'activité de la directrice due à la pandémie et a maintenu sa demande de RHT du 16 septembre 2020, indiquant notamment que la pandémie avait conduit à l'annulation de l'ensemble de ses activités en groupe et que seuls étaient maintenus les cours individuels donnés par les professeurs sous leur responsabilité sans intervention de la directrice.

   Étaient joints le « cahier des charges du directeur de [l'association] », de même que le programme des cours 2020-2021.

7. Par courriel de son président du 7 octobre 2020, l'association a répondu aux questions posées par courriel de l'office du 30 septembre 2020 et a transmis le contrat d'engagement de la directrice signé le 1er septembre 2016, les bilans aux 30 juin 2017, 2018 et 2019 et les comptes de profits et pertes 2016-2017, 2017-2018 et 2018-2019 ainsi que les statuts et un organigramme daté du 7 octobre 2020 (ci-après : l'organigramme).

8. Par décision sur opposition rendue le 12 octobre 2020, puis corrigée, annulée et remplacée d'office par la décision sur opposition du 19 octobre 2020, l'OCE a rejeté ladite opposition et a confirmé la décision du 18 septembre 2020 précitée, se fondant sur les mêmes motifs que dans celle-ci avec en plus le motif selon lequel la directrice avait une fonction dirigeante excluant son droit à l'indemnité en cas de RHT.

9. Par acte déposé le 18 novembre 2020, l'association, alléguant notamment être financée par les cotisations des membres, des dons privés et de fondations ainsi que par la Loterie romande, 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 la décision sur opposition du 19 octobre 2020 précitée, concluant à l'annulation de celle-ci ainsi qu'à l'admission de sa demande de RHT de sa directrice pour 75 % de septembre à décembre 2020.

   Était produite la liste des participants à un « atelier projet » collectif.

10. Dans sa réponse du 15 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 permettant de revoir sa position.

11. Dans sa réplique – spontanée – du 27 avril 2021, la recourante – qui n'avait pas répliqué dans le délai imparti par la chambre de céans au 18 janvier 2021 – a persisté dans les termes et conclusions de son recours.

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 16 septembre 2020, pour la directrice.

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'une employée 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.

Notamment, le 19 juin 2020, à la suite d'une diminution du nombre de nouveaux cas, le Conseil fédéral a requalifié la situation extraordinaire – qualification qui était en vigueur depuis le 17 mars 2020 – en situation particulière et a restructuré ses mesures notamment en édictant l'ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière (ordonnance COVID-19 situation particulière – RS 818.101.26). Selon cette ordonnance, chaque personne était tenue de respecter les recommandations de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) en matière d'hygiène et de conduite face à l'épidémie de COVID 19 (art. 3). Ces recommandations comprenaient notamment le maintien des distances, le port du masque et le respect du nombre maximum de personnes. Si possible, les

personnes devaient se rencontrer à l'extérieur plutôt qu'à l'intérieur. L'ordonnance contenait également des dispositions sur les mesures visant les installations, les établissements et les manifestations accessibles au public, notamment la mise en œuvre d'un plan de protection (art. 4) et la collecte de coordonnées (art. 5). Le 19 octobre 2020, le Conseil fédéral a adopté des dispositions particulières concernant les manifestations dans le cercle de la famille ou des amis (manifestations privées), auxquelles plus de quinze et cent personnes au plus participaient sur invitation. Il était notamment prévu que l'organisateur devait collecter les coordonnées des participants et garantir le respect des mesures sanitaires (consommation en place assise et port du masque facial ; art. 6 al. 2 ; RO 2020 4159). Le 29 octobre 2020, le Conseil fédéral a interdit l'organisation de manifestations de plus de cinquante personnes (art. 6 al. 1) et limité à dix personnes les manifestations organisées dans le cercle familial et entre amis (manifestations privées) qui n'avaient pas lieu dans des installations et des établissements accessibles au public (art. 6 al. 2). Ces dispositions sont entrées en vigueur le 29 octobre 2020 (RO 2020 4503).

De son côté, pour le canton de Genève, le Conseil d'État genevois a, le 1er novembre 2020, adopté l'arrêté d'application de l'ordonnance fédérale sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière du 19 juin 2020 et sur les mesures de protection de la population (version consolidée), avec entre autres les mesures suivantes : conformément à l'art. 16 concernant les « mesures relatives aux activités dans le domaine de la culture (musique et théâtre) », les activités suivantes, y compris l'utilisation des installations et établissements nécessaires à cette fin, étaient autorisées : a. dans le domaine non professionnel : 1. les activités d'enfants et d'adolescents de moins de 16 ans; 2. les répétitions effectuées à titre individuel après 16 ans; 3. les répétitions en groupe d'au maximum quinze personnes de plus de 16 ans si les personnes concernées portent un masque facial et respectent la distance requise; elles peuvent renoncer au masque dans de grands locaux, pour autant que des règles supplémentaires en matière de distance et la limitation des capacités soient appliquées; b. dans le domaine professionnel: les répétitions d'artistes ou d'ensembles (al. 1) ; les activités de répétition exercées par des chœurs ou impliquant des chanteurs n'étaient autorisées que pour les professionnels et si des mesures de protection spécifiques sont mises en place (al. 2) ; selon l'art. 18 al. 1, les manifestations, publiques et privées, y compris dans le cercle familial, à l'intérieur comme à l'extérieur, réunissant plus de cinq participants étaient interdites, les ménages de plus de cinq personnes exceptés.

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. De surcroît, 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.

d. Enfin, le Conseil fédéral a, le 14 octobre 2020, adopté l'ordonnance sur les mesures dans le domaine de la culture prévues par la loi COVID-19 (ordonnance COVID-19 culture), qui prévoit différents types de prestations autre que l'indemnité en cas de RHT pour les entreprises culturelles, les acteurs culturels et les associations culturelles d'amateurs et qui n'est pas objet du présent litige.

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, pour ce qui est de la question de savoir si la directrice de la recourante a ou non une fonction dirigeante au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI qui exclurait le droit de celle-ci à une indemnité en cas de RHT, les statuts contiennent les règles qui suivent : l'Assemblée générale (ci-après : AG) est le pouvoir suprême de l'association (art. 12 al. 1), avec notamment pour attribution de nommer et révoquer les membres du comité (art. 13 let. b) ; la gestion de la recourante est confiée à un comité composé de cinq à dix personnes choisies parmi les membres

actifs ou sympathisants de l'association (art. 17 al. 1), entre autres la présidente ou le président et la vice-présidente ou le vice-président (art. 17 al. 2), les membres du comité étant élus pour trois ans, immédiatement rééligibles (art. 18 al. 1) ; les pouvoirs du comité et de la direction sont ceux qui leur sont conférés par la loi, les statuts et les décisions de l'AG ; le comité a la responsabilité des affaires de l'association, il veille à ses intérêts, convoque les assemblées, prépare les ordres du jour et établit les procès-verbaux, se réunissant aussi souvent que les affaires l'exigent (art. 19) ; les décisions du comité sont prises à la majorité des membres présents (art. 20 al. 1 1ère phr.) ; les personnes invitées au comité, mais n'en faisant pas partie, n'ont, en cas de vote, qu'une voix consultative (art. 20 al. 2) ; le comité a la responsabilité de la gestion des fonds de l'association (art. 22) ; il délègue l'exécution des tâches opérationnelles à une directrice ou un directeur, qu'il désigne (art. 23) ; l'association est engagée par la signature collective de deux membres du comité ou d'une ou un membre du comité et de la directrice ou du directeur (art. 24) ; la directrice ou le directeur pour le comité engage, à la prestation, par contrat, les personnes appelées à intervenir ponctuellement (art. 28).

Le cahier des charges de la directrice ou du directeur, établi en mai 2016, prévoit quant à lui ce qui suit : conformément aux statuts, sous « contenu et description générale du poste », elle ou il coordonne l'ensemble des activités musicales et administratives de l'association (art. 2.1) ; elle ou il est assisté dans ses tâches par les membres du comité, des membres de l'association et, le cas échéant, des personnes extérieures à celle-ci (art. 2.2) ; elle ou il participe, avec voix consultative, aux séances du comité et rédige les procès-verbaux (art. 2.3) ; au titre de ses « missions », notamment, elle ou il est responsable de la conduite artistique, pédagogique, administrative de la recourante avec l'aide des divers responsables (art. 3.1), et coordonne l'ensemble des activités et assume les affaires courantes, et présente un rapport d'activité pour l'AG annuelle (art. 3.2) ; pour ce qui est des « tâches particulières », sous « administration artistique et pédagogique », elle ou il, en liaison avec le comité, veille à la programmation des cours, journées, ateliers et conférences, et en établit le calendrier (art. 4.1.1), et est en outre chargé des relations avec les enseignants ou professeurs, avec notamment le devoir de veiller à ce que ceux-ci respectent les engagements prévus par leur cahier des charges et de proposer, en cas de non-respect de ce dernier, les mesures nécessaires au comité (art. 4.1.2 et 4.1.3), s'assure que le responsable de l'attribution des salles du CPMDT ait, conjointement au responsable du CPMDT, procédé à la distribution des salles selon le vœu de chaque professeur (art. 4.1.4), propose au groupe communication du comité des actions à mener (art. 4.1.5), prend, en concertation avec le comité, les mesures nécessaires pour la participation éventuelle de la recourante à la Fête de la musique (art. 4.1.6) et règle les problèmes relatifs aux droits d'auteur et d'exécution (art. 4.1.7) ; sous « administration », elle ou il est responsable de l'administration de l'association (art. 4.2.1) ; sous « finances », elle ou il collabore avec le trésorier – membre du comité selon l'art. 17 al. 2 des statuts – à la préparation du budget annuel (art. 4.3.1), et assure le suivi et le contrôle des

factures et les approuve avant leur règlement, les ordres de paiement étant soumis à une double signature (art. 4.3.2) ; sous « information et communication », notamment, elle ou il, en concertation avec le comité, coordonne l'ensemble des actions de communication (art. 4.4.1).

Selon l'organigramme, il y a, de haut en bas, les membres, l'AG, le comité, la directrice.

À teneur du contrat d'engagement de la directrice, les tâches principales de celle-ci étaient énumérées dans le cahier des charges susmentionné (art. 2 al. 2) ; elle était engagée à temps partiel (50 %), avec horaire libre, sous réserve des présences obligatoires mentionnées dans le cahier des charges (art. 3), pour un salaire mensuel brut de CHF 3'000.-, dont les charges sociales obligatoires étaient déduites (art. 5).

b. De l'avis de l'intimé exprimé dans la décision sur opposition querellée, la directrice est une personne exerçant une influence sur les décisions que prend l'employeur étant donné qu'elle a pour fonction, notamment, non seulement d'être responsable de l'administration de la recourante, mais aussi de coordonner l'ensemble des activités de celle-ci, d'en assumer les affaires courantes et d'assurer le suivi et le contrôle des factures ainsi que de les approuver avant leur règlement.

c. Certes, la directrice n'a qu'une voix consultative au sein 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 les art. 17 et 19 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, s'il est vrai que, conformément à l'art. 23 des statuts, la directrice a été désignée par le comité, il n'en demeure pas moins qu'elle est en mesure d'exercer d'importantes tâches. En effet, toujours selon ledit art. 23, elle se voit déléguer par le comité « l'exécution des tâches opérationnelles », et le cahier des charges stipule qu'elle est responsable de la conduite artistique, pédagogique, administrative de la recourante, ce avec l'aide des divers responsables, y compris les membres du comité, dont elle est assistée.

Il en ressort que c'est elle qui prend, à tout le moins en grande partie, des initiatives sur les activités essentielles de l'association et qui peut demander l'assistance des membres du comité, et non l'inverse.

Le fait que selon les allégations et griefs de la recourante, les professeurs travaillent de manière indépendante et sont rémunérés directement par les élèves, soit pour les cours individuels, soit pour les ateliers et les activités collectives, n'enlève en rien au fait que l'association a, comme un de ses objets principaux, la mission de

proposer des cours et ateliers de musique pour des adultes amateurs et que la directrice dispose de la délégation pour les tâches parmi les plus essentielles telles que celles des relations avec les professeurs et le contrôle que ceux-ci respectent leurs engagements, notamment à l'égard des élèves.

Toujours d'après les allégations de l'association, l'élaboration du programme, l'organisation des répétitions, la réservation des salles, l'élaboration des supports publicitaires et l'organisation de ces manifestations absorbaient plus du 50 % du travail de la direction. La directrice est en conséquence la principale personne responsable de ces tâches qui sont parmi les plus essentielles de la recourante. Elle peut ainsi déterminer de sa propre initiative et en grande partie l'activité de celle-ci et donc l'étendue de l'éventuelle indemnité en cas de RHT, qui en dépend pour partie.

À cet égard, selon la recourante, outre la diminution alléguée des inscriptions de nouveaux membres, la volonté de minimiser les expositions à la Covid-19 a conduit notamment à la suspension des procédures d'engagement des nouveaux professeurs ainsi que des réunions et journées de formation continue pour ceux-ci, de même qu'à l'annulation de certains projets artistiques et de manifestations publiques de grande ampleur. Or l'organisation et la mise en œuvre de ces activités étaient de la compétence de la directrice, ce qui implique qu'elle était en mesure d'avoir une influence de premier plan sur les causes de la perte de travail invoquée par la recourante.

Dans ces circonstances et contrairement à ce que soutient l'association, le fait que la directrice n'a pas la signature sur les comptes bancaires seule et qu'elle ne participe aux séances du comité qu'avec voix consultative ne contredit en rien sa position de 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.

De surcroît, la directrice a, conformément à l'art. 24 des statuts, le même droit de signature que les membres du comité (signature collective à deux), et, par ailleurs, ses pouvoirs apparaissent d'autant plus importants que la recourante est une structure relativement petite en ce qui concerne ses organes.

Enfin, l'allégation de l'association selon laquelle la directrice est salariée de l'association sous l'autorité du comité est conforme aux statuts et aux faits, mais cela n'enlève rien au fait que la directrice exerce en grande partie par délégation les tâches de direction du comité, avec une importante latitude dans l'exécution de ses tâches qui portent sur toutes les activités de l'association et lui donnent de grandes prérogatives en termes de décisions concrètes et d'initiatives, dont la réussite artistique et financière de l'association apparaît en grande partie dépendre.

d. Il découle de ces circonstances que la directrice de la recourante (Mme C_____) se trouve dans une position similaire à celle de l'employeur, que c'est à juste titre que l'intimé l'a considérée 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 déjà, 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, en particulier l'existence ou non d'une éventuelle perte de travail au sens de l'art. 31 al. 1 let. b LACI.

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