



20.406

Initiative parlementaire «Les entrepreneurs qui versent des cotisations à l'assurance-chômage doivent être assurés eux aussi contre le chômage»

Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national

du 22 février 2024

Monsieur le Président,
Mesdames, Messieurs,

Par le présent rapport, nous vous soumettons un projet de modification de la loi sur l'assurance-chômage (assurance-chômage pour les employés ayant une position assimilable à celle d'un employeur), que nous transmettons simultanément au Conseil fédéral pour avis¹.

La commission propose d'adopter le projet d'acte ci-joint.

Le 22 février 2024

Au nom de la commission:

La présidente: Barbara Gysi

¹ FF 2024 732

Condensé

Ce projet met en œuvre l'initiative parlementaire Silberschmidt 20.406 «Les entrepreneurs qui versent des cotisations à l'assurance-chômage doivent être assurés eux aussi contre le chômage». La Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national (CSSS-N) propose une adaptation de la loi sur l'assurance-chômage (LACI) qui permet un accès plus rapide aux indemnités de chômage pour les personnes ayant une position assimilable à celle d'un employeur et les conjoints travaillant dans l'entreprise, si certaines conditions sont remplies.

Contexte

La Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national (CSSS-N) est d'avis qu'à l'heure actuelle les personnes ayant une position assimilable à celle d'un employeur ainsi que les conjoints travaillant dans l'entreprise ne sont pas suffisamment protégés en cas de chômage. Selon la législation actuelle (Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants), ces personnes sont tenues de cotiser à l'assurance-chômage en tant que travailleurs salariés et ont donc droit à des indemnités de chômage en cas de chômage. Actuellement, ce droit n'est accordé que lorsque la position assimilable à celle d'un employeur est définitivement abandonnée et que la personne concernée se met pleinement à la disposition du marché du travail.

Contenu du projet

Avec le présent projet, la CSSS-N soumet deux solutions visant une meilleure protection contre le chômage des personnes ayant une position assimilable à celle d'un employeur et des conjoints travaillant dans l'entreprise. La solution de la majorité prévoit que ces personnes, si elles perdent leur emploi après avoir travaillé au moins deux ans dans l'entreprise, aient droit à des indemnités de chômage comme les autres employés, si certaines conditions sont remplies. Elle règle également le montant des indemnités journalières, les délais d'attente et les conditions de remboursement. Une minorité, dans sa solution à elle, propose d'exempter totalement de l'obligation de cotiser à l'assurance-chômage les employés ayant une position assimilable à celle d'un employeur et les conjoints travaillant dans l'entreprise.

Rapport

1 Contexte

1.1 Genèse du projet

Le 12 mars 2020, le conseiller national Andri Silberschmidt a déposé l’initiative parlementaire «Les entrepreneurs qui versent des cotisations à l’assurance-chômage doivent être assurés eux aussi contre le chômage». Celle-ci demande d’adapter la loi sur l’assurance-chômage obligatoire et l’indemnité en cas d’insolvabilité (loi sur l’assurance-chômage, LACI)² pour que les personnes qui occupent une position assimilable à celle d’un employeur et qui paient des cotisations à l’assurance-chômage aient droit à des indemnités en cas de chômage, de manière similaire aux autres employés.

L’auteur de l’initiative se plaint du fait que certains travailleurs – plus précisément les personnes qui peuvent déterminer ou influencer significativement les décisions de l’employeur en qualité d’associés, de détenteur d’une participation financière à l’entreprise ou de membres d’un organe décisionnel supérieur de l’entreprise – n’aient pas droit immédiatement à des indemnités en cas de chômage alors qu’elles paient des cotisations à l’assurance-chômage. Selon lui, cette situation est injuste et contredit le principe de l’assurance, selon lequel les cotisants ont aussi droit aux prestations.

La Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national (CSSS-N) a donné suite à l’initiative parlementaire le 5 mai 2020 par 18 voix contre 7. La Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des États (CSSS-E) a approuvé cette décision le 31 août 2021 par 7 voix contre 5. Se fondant sur l’art. 112, al. 1, de la loi sur le Parlement³, la commission a fait appel aux spécialistes du Secrétariat d’État à l’économie pour recevoir des renseignements juridiques et matériels.

La CSSS-N a débattu des axes principaux du projet sur la base des travaux préliminaires des spécialistes du Secrétariat d’État à l’économie lors de sa séance du 18 août 2022. À cette occasion, elle a notamment décidé que les travailleurs qui occupent une position assimilable à celle d’un employeur devaient avoir droit à l’indemnité de chômage mais pas à l’indemnité en cas de réduction de l’horaire de travail (RHT). Les abus éventuels doivent être, autant que possible, prévus ex ante dans la loi.

Lors de sa séance du 13 janvier 2023, la CSSS-N est entrée en matière sur l’avant-projet élaboré par l’administration sur la base des décisions du 18 août 2022, par 16 voix contre 7. Elle a décidé de suivre deux solutions possibles de mise en œuvre et a mandaté les spécialistes du Secrétariat d’État à l’économie pour qu’ils formulent les dispositions correspondantes. Concrètement, la commission a décidé d’examiner, en plus d’un élargissement du droit, une solution prévoyant la libération de l’obligation de cotiser à l’assurance-chômage des personnes occupant une position assimilable à celle d’un employeur.

² LACI; RS 837.0

³ LParl; RS 171.10

Le 27 avril 2023, la commission a confirmé une nouvelle fois sa volonté de poursuivre le projet. Elle a mené des discussions plus approfondies et prié l'administration de formuler des dispositions supplémentaires.

Lors de sa séance du 3 juillet 2023, la commission s'est prononcée en faveur de la solution de la majorité «Indemnité de chômage pour les personnes ayant une position assimilable à celle d'un employeur», par 18 voix contre 7. Une minorité propose en revanche de donner suite à la solution «Obligation de cotiser uniquement pour les personnes ayant droit aux prestations». Par 18 voix contre 6 et 1 abstention, la CSSS-N a finalement décidé de soumettre à la consultation l'avant-projet avec la solution de la majorité et de la minorité, accompagné du rapport explicatif. La procédure de consultation s'est déroulée du 18 août au 24 novembre 2023.

Le 22 février 2024, la commission a pris connaissance des résultats de la consultation. En réaction aux avis reçus, elle a décidé, par 13 voix contre 12, de compléter la solution de la majorité par une disposition prévoyant certaines exceptions pour les personnes qui exercent une profession dans laquelle les changements d'employeurs ou les contrats de travail de durée limitée sont usuels. Par ailleurs, la commission a décidé à l'unanimité d'inclure une clause d'évaluation dans le projet. Par 13 voix contre 12 également, la CSSS-N décide de maintenir la solution de la majorité issue de la consultation et la préfère à la solution «obligation de cotiser uniquement pour les personnes ayant droit aux prestations». Par 13 voix contre 12, la commission a finalement adopté son projet à l'intention du conseil et le soumet simultanément au Conseil fédéral pour avis.

1.2 Contexte – situation légale actuelle

En Suisse, le système d'assurance sociale repose sur le principe de la solidarité. Cela signifie que les différentes assurances sociales sont financées à l'avance par les personnes assurées, qui sont en général soumises à une obligation de cotisation. Il n'existe a priori pas de plein droit à des prestations d'assurance sociale; le droit ne naît que si les conditions légales en vigueur applicables à chacune des assurances sociales sont remplies. En l'occurrence, cela signifie que les personnes assurées sans position assimilable à celle d'un employeur ont eux aussi pas nécessairement le droit aux prestations (bien qu'elles aient respecté l'obligation de cotiser).

Avec l'indemnité en cas de RHT, l'assurance-chômage offre aux employeurs, dans les périodes économiquement difficiles, une alternative aux licenciements. Les dispositions relatives à l'indemnité en cas de RHT sont régies par les articles 31 et suivants de la LACI. Le recours à l'indemnité en cas de RHT vise à pallier une baisse temporaire des activités et donc à préserver les emplois. Les travailleurs conservent leur emploi et l'employeur économise les coûts engendrés par le changement de personnel (frais de formation du nouveau personnel, perte de savoir-faire de l'entreprise, etc.). Celui-ci reste par ailleurs à disposition de l'entreprise. Les travailleurs ont droit aux indemnités en cas de RHT si leurs heures de travail imputables sont réduites en raison de facteurs d'ordre économique ou si leur activité est entièrement suspendue.

Selon la LACI, les personnes n'ont pas droit à l'indemnité en cas de RHT lorsqu'elles sont employeur, qu'elles occupent une position dirigeante ou qu'elles sont liées à une

telle personne par mariage ou partenariat enregistré et qu'elles sont employées dans leur entreprise (art. 31, al. 1 et 3, let. b et c, LACI)⁴. Il en est ainsi car la perte de travail ne peut être établie que difficilement et, surtout, parce qu'elle est autodéterminée (pouvoirs de décision déterminants). Le but de ce motif d'exclusion est la prévention des abus: comme ces personnes ont une grande influence sur la marche des affaires et les décisions, notamment sur l'introduction de la RHT ou les licenciements, il existe un potentiel d'abus inhérent qui doit être contrecarré par leur exclusion (cf. ATF 123 V 234, consid. 7b). La position dirigeante évoquée ne recouvre pas le terme de dirigeant ou de direction, mais désigne les personnes qui exercent une influence considérable sur les décisions de l'employeur. C'est la raison pour laquelle, dans la pratique et dans la doctrine, la notion de «position assimilable à celle d'un employeur» a été élaborée. Une telle position existe selon la loi lorsqu'une personne est associée de l'entreprise, détient une participation financière considérable dans celle-ci ou participe à sa direction et peut de ce fait fixer les décisions que prend l'employeur ou influencer considérablement ses décisions (art. 31, al. 3, let. c, LACI; cf. ATF 123 V 234, consid. 7a).

Par analogie, le Tribunal fédéral a, dans sa jurisprudence, également appliqué cette exclusion à l'indemnité de chômage car les personnes réputées sans emploi selon l'art. 10 LACI, mais qui n'ont pas abandonné leur position assimilable à celle d'un employeur, peuvent se réembaucher et «réactiver» l'entreprise. Une entreprise qui n'est pas rentable est généralement vendue ou liquidée, raison pour laquelle la position assimilable à celle d'un employeur disparaît. En revanche, si l'entreprise n'est ni vendue ni liquidée et que la personne qui occupe une position assimilable à celle d'un employeur se réembauche ultérieurement dans cette même entreprise, l'indemnité de chômage indemniserait uniquement une perte de travail temporaire, ce qui se traduirait par un contournement des dispositions relatives à la RHT (exclusion de toute prétention pour le travailleur occupant une position assimilable à celle d'un employeur).

Dans la situation légale actuelle, les travailleurs ayant une position assimilable à celle d'un employeur ont droit à l'indemnité de chômage dès qu'ils abandonnent définitivement ladite position pour autant que toutes les autres conditions du droit à l'indemnité selon l'art. 8 LACI (durée de cotisation par ex.) sont remplies. Concrètement, ils ont, aujourd'hui déjà, droit à l'indemnité de chômage dans les situations décrites ci-après:

- Après six mois d'activité dans une entreprise tierce (sans y occuper une position assimilable à celle d'un employeur).

⁴ Ces dispositions excluent d'une part le conjoint de l'employeur, occupé dans l'entreprise de celui-ci (let. b) et d'autre part le conjoint de la personne qui fixe les décisions que prend l'employeur ou qui les influence considérablement, lorsqu'il est occupé dans l'entreprise de celle-ci (let. c). La lettre b. se rapporte au cas de la personne liée par mariage ou partenariat enregistré à une personne disposant du statut de travailleur indépendant au sens de la législation sur l'assurance-vieillesse et survivants, p. ex. un propriétaire d'une raison individuelle. La lettre c. se rapporte quant à elle au cas de la personne liée par mariage ou partenariat enregistré à un travailleur salarié, avec une position dirigeante, d'une société de capitaux (personne morale). Cette distinction se retrouve à plusieurs endroits du rapport et reste valable pour l'entier du rapport.

- Lorsque la liquidation est terminée (et qu’une réactivation de l’entreprise est donc exclue), mais que l’entreprise n’est pas encore radiée du registre du commerce.
- Lorsque la personne concernée a démissionné de son mandat d’administrateur et que l’office du registre du commerce dispose de la notification autonome correspondante à titre de preuve. Une inscription dans le journal du registre du commerce ou un extrait notarié du procès-verbal de la séance du conseil d’administration correspondante avec mention de la démission du mandat suffit. Il n’est pas nécessaire d’attendre que la mention soit radiée du registre du commerce.
- Si la position assimilable à celle d’un employeur a été définitivement abandonnée, par exemple suite à la vente de l’entreprise ou au transfert de la participation.
- Si l’entreprise fait faillite sans que la personne concernée soit nommée liquidateur.

1.3 Mesures à prendre et objectifs visés

La CSSS-N et la CSSS-E ont donné suite à l’initiative parlementaire. Elles estiment qu’il est important que les travailleurs qui occupent une position assimilable à celle d’un employeur et les conjoints travaillant dans l’entreprise aient accès aux prestations de l’assurance-chômage si elles paient des cotisations à l’assurance-chômage.

1.4 Alternatives examinées et solution choisie

La CSSS-N propose de limiter la mise en œuvre de l’initiative parlementaire à l’IC pour les travailleurs occupant une position assimilable à celle d’un employeur et les conjoints travaillant dans l’entreprise et d’adapter ainsi les conditions du droit à l’IC. Avec ce projet, la majorité de la commission préconise un accès plus rapide à l’IC pour les travailleurs ayant une position assimilable à un employeur et les conjoints travaillant dans l’entreprise. Dans le même temps, elle souhaite minimiser le risque d’abus. Comme alternative, les travailleurs ayant une position assimilable à un employeur et les conjoints travaillant dans l’entreprise devraient être exemptés de l’obligation de cotiser.

2 Procédure de consultation

2.1 Projet mis en consultation

Le projet mis en consultation comprenait une solution de la majorité et une solution de la minorité. La première a été complétée par deux propositions minoritaires (Aeschi Thomas et Meyer Mattea). La procédure de consultation s’est déroulée du 18 août au

24 novembre 2023. Au total, 61 autorités et organisations ont été invitées à participer à la consultation. 58 avis nous sont parvenus dans le délai fixé.

2.2 Résumé des résultats de la procédure de consultation

Si les partis politiques, les organisations et les associations saluent majoritairement le projet, les cantons, à quelques exceptions près, le rejettent clairement. Sur le principe, l'objectif du projet de loi, soit permettre aux chômeurs ayant une position assimilable à celle d'un employeur ainsi qu'à leurs conjoints travaillant dans l'entreprise d'accéder plus rapidement à l'IC, est accueilli favorablement. Les avis divergent quant à savoir si les mesures proposées pour lutter contre les abus ainsi que les différentes propositions des minorités atteignent leurs objectifs. Les cantons expriment des doutes quant à la mise en œuvre effective sur le plan de l'exécution, notamment en ce qui concerne le travail de contrôle des CCh, et estiment que la réglementation actuelle permet déjà de tenir suffisamment compte de la situation particulière de ce groupe cible.

S'agissant des solutions, tous les participants, à l'exception d'un parti, sont d'accord pour dire qu'en cas de mise en œuvre du projet ils préfèrent la solution de la majorité.

Les avis sur les deux solutions et sur les minorités complémentaires sont brièvement expliqués ci-après. Pour des explications plus détaillées et des remarques de nature formelle, nous renvoyons au «Rapport sur les résultats de la consultation»⁵ et les avis publiés⁶.

2.3 Solution de la majorité

Vingt-deux cantons, soit la grande majorité, rejettent la nouvelle réglementation et donc la solution de la majorité, tandis que trois cantons la soutiennent. Or ces derniers ont proposé plusieurs modifications, dont certaines sont d'une certaine importance. Un canton soutient la mise en œuvre de la solution de la majorité dans sa forme actuelle.

Trois des quatre partis qui ont pris position soutiennent les solutions de la majorité. Parmi les vingt-six autres participants, vingt-et-un y sont favorables et cinq estiment que des ajustements supplémentaires sont nécessaires. Cinq autres organisations et associations émettent un avis défavorable. A l'instar des cantons, ils préfèrent le statu quo à la nouvelle réglementation proposée.

⁵ www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2023 > Parl.

⁶ www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2023 > Parl.

2.3.1 Minorité (Aeschi Thomas)

La minorité Aeschi concernant la solution de la majorité est majoritairement rejetée, car la condition supplémentaire est considérée comme trop stricte. Dans quelques avis, certaines conditions de la minorité sont approuvées. Seul un parti se prononce en faveur d'une mise en œuvre intégrale.

Liquidation

La condition d'une liquidation achevée est jugée trop restrictive par les participants qui s'y opposent.

Une participation financière à l'entreprise

Outre le parti qui y est favorable, il y a un canton qui salue cette condition. Les autres participants justifient leur refus notamment par la problématique de la prise d'influence déterminante dans le cas de conglomérats d'entreprises.

Exclusion des membres de l'assemblée des associés d'une Sàrl

Certains participants sont favorables à l'exclusion des membres de l'assemblée des associés d'une Sàrl, en se référant à l'égalité légale avec ceux du conseil d'administration d'une SA.

Exclusion des conjoints de l'employeur qui travaillent dans l'entreprise

L'exclusion des conjoints de l'employeur qui travaillent dans l'entreprise est soutenue uniquement par les partisans de l'ensemble de la minorité.

Délai d'attente

La condition d'un délai d'attente de 120 jours est saluée par quelques rares participants, qui estiment qu'elle sert à réduire le potentiel d'abus.

Montant de l'indemnité journalière

Deux participants soutiennent la condition d'un montant des indemnités journalières de 50 % du gain assuré, tel que soutenu par la minorité.

Dans le cadre de la solution de la majorité, de nombreux cantons ainsi que d'autres participants rejettent la réduction du montant des indemnités journalières comme condition, car ils considèrent que cette limitation encore plus importante des prestations constitue une inégalité de traitement injustifiée par rapport aux autres assurés.

2.3.2 Minorité (Meyer Mattea)

Cette minorité est également rejetée par une bonne partie des participants, seuls deux partis et un autre participant approuvent sa mise en œuvre sans réserve.

Déduction des bénéfices provenant de participations financières

Plusieurs cantons ainsi que d'autres participants s'opposent à la minorité, remettant en question le fait que la réglementation serait effectivement applicable. La charge

administrative disproportionnée qui résulterait de la mise en œuvre de cette minorité est également évoquée.

Obligation de rembourser les bénéfices perçus

Cette condition est notamment rejetée en raison de la charge administrative disproportionnée et de la difficulté du contrôle.

Les participants favorables privilégient la minorité pour éviter que des personnes perçoivent à la fois des indemnités de chômage et des bénéfices provenant de participations financières dans l'entreprise.

2.4 Solution de la minorité (Aeschi Thomas)

Tous les cantons ainsi que la grande majorité des autres participants rejettent la solution de la minorité. Seul un parti soutient pleinement la solution minoritaire, un autre participant la soutient avec des réserves.

Les raisons de ce rejet très net sont multiples. Plusieurs participants, tant du côté des cantons que des autres organisations et associations, font remarquer qu'avec cette solution, les personnes qui selon le statu quo ont droit aux prestations de l'AC après l'abandon de la position assimilable à celle d'un employeur perdent également la couverture d'assurance. On invoque en outre la difficulté de définir le groupe de personnes qui ne sont plus soumises à l'obligation de cotiser, notamment parce que le statut peut changer au fil du temps. Pour ces raisons, cette solution augmente l'incertitude et le potentiel d'abus. De plus, si une part croissante de la population active ne cotise plus à l'AC, celle-ci sera privée de moyens importants.

2.5 Avis de la Commission de surveillance du fonds de compensation de l'assurance-chômage

D'après l'art. 89 LACI, la Commission de surveillance du fonds de compensation de l'assurance-chômage (CS AC) contrôle l'état et l'évolution du fonds, et examine les comptes annuels ainsi que le rapport annuel à l'intention du Conseil fédéral. Elle assiste le Conseil fédéral dans toutes les questions financières relatives à l'assurance et en matière de législation et peut formuler des propositions dans ces domaines. Elle statue sur l'allocation des subventions visant à promouvoir la recherche en matière de marché de l'emploi, est habilitée à établir, à l'intention de l'organe de compensation, des directives générales concernant la mise en œuvre des mesures relatives au marché du travail, et est compétente pour l'approbation du budget et des comptes s'agissant des frais d'administration des CCh, des cantons et de l'organe de compensation. La commission se compose de représentants des partenaires sociaux, des cantons, de la Confédération et du monde scientifique.

Sept des associations représentées au sein de la CS AC ont pris position dans le cadre de la consultation. La commission prévoit de soumettre au Conseil fédéral son évaluation du projet dès que celui-ci aura été invité par la CSSS-N à prendre position.

2.6 Évaluation des résultats de la consultation

La CSSS-N soutient le projet tel qu'il a été adopté. Celui-ci est soutenu par vingt-huit participants et représente, selon la commission, l'option la plus simple pour aider les personnes ayant une position assimilable à celle d'un employeur et leurs conjoints travaillant dans l'entreprise en cas de chômage.

En raison de plusieurs réserves exprimées par des participants concernant la condition d'avoir travaillé au moins deux ans dans l'entreprise (art. 8, al. 3, let. c), la commission a décidé d'exclure de cette disposition, ainsi que de l'obligation de remboursement (art. 95, al. 1^{quater}), les personnes qui exercent une profession dans laquelle les changements d'employeurs ou les contrats de travail de durée limitée sont usuels. De plus, la CSSS-N complète le projet par une disposition transitoire selon laquelle le Conseil fédéral doit rendre compte de la mise en œuvre et l'efficacité de la nouvelle réglementation cinq ans après son entrée en vigueur et, le cas échéant, proposer des adaptations de la loi et de l'ordonnance.

Plusieurs minorités proposent d'adapter le projet ou de donner la préférence à une autre solution de mise en œuvre. Elles souhaitent également maintenir les propositions qu'elles avaient formulées dans le projet de consultation de la commission.

3 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen

Les modifications matérielles proposées par le présent projet concernent les conditions du droit à l'IC. Le droit de la sécurité sociale de l'Union européenne ne prévoit pas d'harmonisation des systèmes de sécurité sociale nationaux. Chaque État de l'UE et de l'Association européenne de libre-échange (AELE) a ses propres réglementations et systèmes qui s'inscrivent dans des contextes nationaux spécifiques. Les États membres peuvent donc définir eux-mêmes les conditions du droit à l'indemnité de leurs systèmes. En raison de la complexité du droit du marché du travail et du droit des assurances sociales, ainsi que de la définition spécifique des «personnes ayant une position assimilable à celle d'un employeur» en Suisse, il n'est pas pertinent de comparer directement les adaptations prévues de la LACI dans le cadre de l'initiative parlementaire 20.406 avec les réglementations des États de l'Espace économique européen.

4 Grandes lignes du projet

4.1 La nouvelle règle proposée

Pour la CSSS-N, il est important que les travailleurs qui occupent une position assimilable à celle d'un employeur puissent avoir un accès plus rapide à l'indemnité de chômage, tout en réduisant le risque d'abus (solution majoritaire). Alternativement, ils doivent être libérés de l'obligation de cotiser (solution minoritaire).

La solution majoritaire vise à ouvrir le droit à l'indemnité de chômage malgré le maintien de la position assimilable à un employeur. Afin de réduire le risque d'abus, plusieurs conditions sont prévues et mentionnées dans le projet de loi. Une des deux propositions de la minorité par rapport à la solution majoritaire prévoit des conditions plus poussées pour lutter contre les abus. Contrairement à la solution minoritaire, le risque d'abus concerne les prestations de l'assurance-chômage et pas l'obligation de cotiser des personnes assurées (voir chap. 4).

La solution majoritaire requiert que la personne n'exerce plus d'activité lucrative dans l'entreprise dans laquelle elle a une position assimilable à celle d'un employeur. Cette personne doit donc être totalement sans emploi dans cette entreprise. Selon la majorité de la commission, elle doit en outre avoir travaillé dans l'entreprise pendant deux ans au moins; condition dont sont exclues les personnes qui exercent une profession dans laquelle les changements d'employeurs ou les contrats de travail de durée limitée sont usuels. De même, une réembauche dans cette entreprise pendant en principe cinq ans (délai-cadre d'indemnisation plus trois ans) est exclu; condition qui, selon la majorité, ne vise pas non plus les personnes qui exercent une profession dans laquelle les changements d'employeurs ou les contrats de travail de durée limitée sont usuels. En outre, les personnes concernées ne peuvent pas être membre du conseil d'administration. Un délai d'attente de 20 jours est également prévu (120 jours pour la proposition de la minorité, comme le prévoit la jurisprudence du Tribunal fédéral: après avoir travaillé six mois dans l'entreprise tierce, la causalité de la perte d'emploi dans une position assimilable à celle d'un employeur disparaît; voir TFA C 171/03 du 31.03.2004). De plus, elle prévoit une réduction du montant des indemnités journalières au sens d'une limitation des prestations (70 % du gain assuré, ou 50 % du gain assuré dans la proposition de la minorité). Ces conditions sont nécessaires pour réduire le risque d'abus et vérifier l'aptitude au placement de fait. Comme complément à la solution majoritaire, une autre minorité propose que les gains issus de participations financières dans l'entreprise qui sont versés aux personnes visées à l'art. 8, al. 3 soient déduits de l'indemnité de chômage. Ceci afin que ces personnes ne puissent toucher simultanément des indemnités de chômage et des gains issus de participations financières.

La solution majoritaire, dans sa version minoritaire, doit permettre de diminuer davantage le risque d'abus grâce aux conditions supplémentaires de la liquidation, de l'exclusion *ex lege* des associés, de la participation maximale de 5 % au capital et de l'exclusion du conjoint de l'employeur travaillant dans la même entreprise.

Un droit à l'indemnité de chômage est admis si les conditions précédentes sont remplies. Dans le même temps – et conformément au but de l'assurance-chômage –, les personnes concernées doivent être réintégrées sur le marché du travail, raison pour laquelle l'exigence de l'aptitude au placement (art. 8, al. 1, let. f, LACI) revêt une importance capitale.

Selon l'art. 15, al. 1, LACI, la personne assurée en recherche d'emploi est réputée apte à être placée si elle est disposée à accepter un travail convenable et à participer à des mesures d'intégration (mesures relatives au marché du travail, MMT), si elle est en mesure et en droit de le faire. En l'occurrence, l'assignation à une MMT ne servirait en outre pas seulement à améliorer l'aptitude au placement et à favoriser les qualifications professionnelles conformément aux besoins du marché du travail, mais con-

tribuerait également à réduire le risque d'abus (la personne qui doit participer à une MMT ne dispose pas de suffisamment de temps pour réintégrer son ancienne entreprise ou pour s'occuper de la liquidation).

Ces grandes lignes s'appliquent aussi aux conjoints des personnes ayant une position assimilable qui sont occupés dans l'entreprise de celles-ci et en principe également au conjoint de l'employeur, également occupé dans l'entreprise de celui-ci.

S'agissant des abus relatifs à l'indemnité de chômage, reste enfin à mentionner le fait que les dispositions pénales précisées à l'art. 105 LACI et à l'art. 148a CP (fraude à l'assurance) – selon lesquelles celui qui, par des indications fausses ou incomplètes ou de toute autre manière, aura obtenu, pour lui-même ou pour autrui, des prestations de l'assurance auxquelles il n'avait pas droit, sera puni d'une peine d'emprisonnement ou d'une peine pécuniaire – conservent leur pleine applicabilité, y compris en l'espèce.

La solution minoritaire libère de l'obligation de cotiser les collaborateurs dont la participation financière à l'entreprise est supérieure à 5 %, les membres du conseil d'administration d'une société anonyme, les associés d'une société à responsabilité limitée ainsi que les collaborateurs qui déterminent les décisions de l'employeur ou peuvent les influencer de manière déterminante. En parallèle, ces personnes sont exclues du droit aux prestations de l'assurance-chômage. Il en va de même des conjoints de ces personnes ou des conjoints de l'employeur qui travaillent dans la même entreprise. A noter que l'employeur est ici indépendant au sens de la législation sur l'assurance-vieillesse et survivants.

Les personnes qui occupent une position assimilable à celle d'un employeur sont considérées comme des employés par la législation sur l'assurance vieillesse et survivants (AVS). Il incombe à l'employeur de déduire les cotisations du salaire de ses employés et de les verser à la caisse de compensation AVS. Cette nouvelle catégorie particulière de cotisants entraînerait de nouvelles tâches et défis pour les caisses de compensation AVS et les caisses de chômage, et rendrait la perception des cotisations à l'assurance-chômage plus coûteuse. Le fonds de l'assurance-chômage devra rembourser ces coûts aux caisses de compensation.

La caisse de compensation AVS détermine l'année suivante le montant des cotisations définitives qui sont dues, en se basant sur les salaires communiqués par l'employeur. Si une partie des travailleurs est libérée du paiement des cotisations à l'assurance-chômage, l'employeur doit distinguer, lorsqu'il communique les salaires, entre ceux qui sont soumis à la cotisation à l'assurance-chômage et ceux qui ne le sont pas.

Concrètement, l'employeur pourrait déterminer lui-même le cercle des cotisants à l'assurance-chômage dans une certaine mesure. En cas de demande explicite, l'assurance-chômage est tenue, au cas par cas et sur la base de l'obligation de renseigner de l'art. 27 de la loi sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)⁷, de soutenir, conseiller et corriger les entreprises lorsqu'elles déterminent la position assimilable à celle d'un employeur. La caisse de compensation ne pourrait pas vérifier systématiquement la distinction faite par l'employeur dans chaque cas et devrait la reprendre telle quelle – sauf s'il y a erreur manifeste. La plupart du temps, les données

⁷ RS 830.1

ne pourraient être vérifiées que plusieurs années plus tard dans le cadre de contrôles des employeurs et, si nécessaire, corrigées rétroactivement.

Dans les cas de «fausses» déclarations, deux situations sont possibles:

- Un assuré paie des cotisations malgré qu'il occupe une position assimilable à celle d'un employeur et qu'il serait donc libéré de l'obligation de cotiser. Il n'a toutefois pas droit à l'indemnité de chômage et aurait donc droit dans certains délais au remboursement de ses cotisations d'après l'art. 16, al. 3, LAVS, en relation avec l'art. 41 RAVS.
- A contrario, un assuré qui n'a pas cotisé (et aurait dû le faire) aurait droit à des prestations et devrait remplir son devoir de cotiser *a posteriori*.

De plus, le projet prévoit une disposition transitoire selon laquelle le Conseil fédéral doit rendre compte de la mise en œuvre et l'efficacité de la nouvelle réglementation cinq ans après son entrée en vigueur et, le cas échéant, proposer des adaptations de la loi et de l'ordonnance.

4.2 Adéquation des tâches et du financement

La modification n'a pas de conséquences, ni sur le plan des finances ni sur celui des tâches, pour la Confédération. En revanche, le projet a des conséquences directes sur le fonds de compensation de l'AC (la solution majoritaire et la solution minoritaire) et sur les caisses de compensation (la solution minoritaire).

Le projet (solution de la majorité) augmenterait les dépenses annuelles pour l'IC d'environ 6,4 % (estimation). La solution de la minorité, quant à elle, réduirait les recettes (cotisations des assurés) de l'AC d'environ 6,4 % (estimation). Des explications plus détaillées se trouvent au chapitre 6.1.

Le projet (solution de la majorité et solution de la minorité) a des conséquences financières et personnelles directes sur les organes d'exécution cantonaux de l'assurance-chômage, qui sont expliquées au chapitre 6.2. La solution de la minorité entraîne pour les caisses de compensation de l'AVS une charge supplémentaire importante qui ne peut pas encore être chiffrée.

4.3 Questions de mise en œuvre

À l'échelon fédéral, la mise en œuvre de l'AC relève de l'organe de compensation du fonds de l'AC (géré par le SECO) et, à l'échelon cantonal, des autorités cantonales respectives.

Les modifications sont mises en œuvre au niveau fédéral, car les systèmes d'information concernés sont mis à la disposition des cantons de manière centralisée. En général, l'exécution cantonale est accompagnée, soutenue et évaluée par l'organe de compensation. En qualité d'autorité de surveillance, l'organe de compensation veille à une application uniforme du droit. Il donne des directives aux organes d'exécution.

5 Commentaires des nouveaux articles

5.1 Solution majoritaire

Art. 8, al. 3 (complété par la proposition de la minorité Aeschi Thomas)

La périphrase «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, ainsi que les conjoints de ces personnes qui sont occupés dans l'entreprise» correspond à l'art. 31, al. 3, let. c, LACI. Le Tribunal fédéral a introduit la notion de «position assimilable à celle d'un employeur» il y a plus de 20 ans, car ces personnes ont le statut de salarié selon la LAVS. Cette définition de «position assimilable à celle d'un employeur» ressort par conséquent de la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la pratique. Il n'est pas facile de formuler une définition plus étroite et plus précise de la notion de «position assimilable à celle d'un employeur» dans une règle de droit qui doit être générale et abstraite, car dans chaque cas d'espèce, c'est toujours le pouvoir de décision déterminant effectif au sein de l'entreprise, tel qu'il est «vécu» dans la vie professionnelle de tous les jours, qui est décisif. Comme les situations peuvent être très diverses, chaque cas concret doit être examiné individuellement par la caisse de chômage sous l'angle des possibilités d'exercer une influence.

Les conditions essentielles définies à l'art. 8, al. 1, LACI doivent de toute façon être remplies pour que le droit aux prestations puisse naître selon les nouvelles conditions supplémentaires.

La réglementation en vigueur actuellement prévoit un droit à l'indemnité de chômage pour les personnes occupant une position assimilable à celle d'un employeur en principe seulement si l'entreprise est liquidée et que le processus de liquidation est terminé. Dans ce cas, le droit de ces personnes à une indemnité de chômage est en principe refusé tant que la procédure de liquidation n'est pas terminée, car une réactivation de l'activité commerciale avant la radiation du registre du commerce n'est pas exclue pendant cette procédure.

Avec la solution majoritaire, le critère de la liquidation n'est plus exigé. Le droit à l'indemnité de chômage peut être accordé même si l'entreprise n'est pas en liquidation, mais que la personne a été licenciée, par exemple en raison d'un changement de stratégie de la direction.

En revanche, le critère de la liquidation est conservé dans la proposition de la minorité. L'accès à l'indemnité de chômage n'est toutefois pas exclu, mais est accordé ou accélééré pour autant que l'entreprise soit en liquidation et dès que la position assimilable à celle d'un employeur est présumée abandonnée. La condition de la liquidation, qui est un élément essentiel de lutte *ex-ante* contre les abus, sert à empêcher les situations dans lesquelles les personnes concernées n'ont absolument pas l'intention de se tenir en permanence à disposition du marché du travail à l'avenir, n'abandonnent pas leur position assimilable à celle d'un employeur et peuvent se réembaucher ultérieurement, autrement dit «réactiver» l'entreprise. C'est la raison pour laquelle ces personnes, pendant les activités de liquidation, doivent impérativement rester aptes à être placées

selon l'art. 15 LACI – autrement dit, être disposées à accepter un emploi durable, et être en mesure et en droit de le faire.

L'expression «qualité d'associé» se réfère aux formes de sociétés qui ne sont pas exclues *ex lege* du droit à l'indemnité de chômage (cf. explications relatives à l'art. 8, al. 3, let. c, ci-dessous). En font par exemple partie la société simple (art. 530 CO), la société en nom collectif (art. 552 CO) et la société en commandite (art. 594 CO). L'associé de la société à responsabilité limitée est également inclu dans l'interprétation de cette expression dans la solution majoritaire.

Art. 8, al. 3, let. a

La condition du chômage total de la personne concernée dans sa propre entreprise sert à éviter autant que possible que les travailleurs occupant une position assimilable à celle d'un employeur ne contournent l'exclusion du droit à l'indemnité en cas de RHT (art. 31, al. 1 et 3, let. c, LACI). Si le chômage partiel était autorisé, il y aurait un risque d'abus. En effet, en cas de perte de travail temporaire, les travailleurs occupant une position assimilable à celle d'un employeur pourraient se déclarer comme étant au chômage partiel et contourner ainsi l'exclusion du droit à l'indemnité en cas de RHT. Cela concerne uniquement la part du temps de travail dans l'entreprise en question. Une éventuelle autre activité à temps partiel exercée dans une entreprise tierce qui ne détient pas de participation financière dans la première n'est pas concernée ici.

Art. 8, al. 3, let. abis (proposition de la minorité Aeschi Thomas)

En cas de chômage, une participation financière de 5% au maximum constitue une condition nouvellement définie pour accorder le droit à l'indemnité de chômage à un cercle de personnes déterminé. Il faut entendre par «directement» la participation financière détenue dans l'entreprise personnellement et sans intermédiaire, et par «indirectement» la participation détenue par des membres de la famille ou par une autre entreprise dans laquelle la même personne possède également une participation (conglomérat d'entreprises). La concrétisation de ces deux termes devrait être effectuée au niveau de l'ordonnance.

Cela présuppose une publication intégrale des participations financières effectives afin de pouvoir déterminer qui participe réellement au capital de l'entreprise concernée et dans quelle mesure. En outre, les participations détenues dans d'autres entreprises par la personne occupant une position assimilable à celle d'un employeur devraient également être communiquées car la participation via un conglomérat d'entreprises doit elle aussi rester exclue. La possibilité d'exercer une influence considérable en participant au capital de l'entreprise initiale par l'intermédiaire d'une autre entreprise qui appartient également à la personne concernée doit impérativement être exclue. L'obligation de coopérer et de fournir des renseignements englobe la transmission de toutes les informations nécessaires même lorsque celles-ci concernent des tiers. Si ces informations ne sont pas fournies, cela peut d'emblée entraîner le refus du droit aux prestations pour cause de dossier incomplet et d'impossibilité de vérifier le droit.

La participation au capital n'est pas déterminante à elle seule pour juger de l'existence ou non d'une position assimilable à celle d'un employeur, car ce sont les pouvoirs de

décision effectifs au sein de l'entreprise qui sont décisifs et que les participations au capital peuvent être transférées assez simplement. Dans le même temps, les pouvoirs de décision peuvent fort bien être conservés par les personnes intéressées (par ex. en transférant la participation à un homme de paille ou à un membre de la famille).

Art. 8, al. 3, let. b

Les personnes qui sont membres du conseil d'administration d'une société anonyme et qui, de par la loi (Code des obligations), sont forcément investies d'une compétence de décision, sont exclues *ex lege* du droit à l'IC.

Art. 8, al. 3, let. b (proposition de la minorité Aeschi Thomas)

Conformément à la volonté du législateur, l'influence considérable de l'associé (occupant ou non une fonction dirigeante) d'une société à responsabilité limitée ressort de l'organisation de la société en tant que telle. Conformément à l'art. 811, al. 1, CO, les associés d'une société à responsabilité limitée ont, en règle générale, non seulement le droit, mais également le devoir de participer à la gestion des affaires de la société. Cela est confirmé par la pratique établie par la jurisprudence du Tribunal fédéral. A cet égard, les associés réunis en assemblée occupent une position comparable à celle du conseil d'administration d'une société anonyme.

Pour ces raisons, les mandats tels que celui d'administrateur d'une société anonyme, d'associé ou de gérant d'une société à responsabilité limitée qui, de par la loi (CO), sont forcément assortis d'une compétence de décision, sont exclus *ex lege* du droit à l'IC.

Art. 8, al. 3, let. c

Les personnes visées à l'art. 8, al. 3, P-LACI doivent avoir travaillé pendant au moins deux ans dans l'entreprise.

Cette condition ne s'applique pas aux personnes qui exercent une profession dans laquelle les changements d'employeurs ou les contrats de travail de durée limitée sont usuels.

Chez les travailleurs des professions visées à l'art. 8, al. 1, OACI, tels que les musiciens, les acteurs, les artistes, les collaborateurs artistiques, les techniciens du film ou les journalistes, les changements de place ou les engagements de durée limitée sont fréquents. La condition d'avoir travaillé deux ans dans l'entreprise constitue un obstacle majeur pour les personnes occupant une position assimilable à celle d'un employeur dans ces professions. La présente dérogation vise à faciliter l'accès à l'IC également à ces personnes.

Art. 8, al. 3, let. c (proposition de la minorité Gutjahr)

Les personnes visées à l'art. 8, al. 3, P-LACI doivent avoir travaillé au moins deux ans dans l'entreprise, sans exception.

Art. 8, al. 4

Ce projet vise d'une part à accélérer l'accès à l'indemnité de chômage pour les personnes occupant une position assimilable à celle d'un employeur, ainsi que pour leurs conjoints occupés dans l'entreprise, et d'autre part pour les conjoints des employeurs occupés dans l'entreprise de celui-ci. Ces derniers ont également un droit à l'indemnité de chômage aux conditions de l'al. 3.

Art. 8, al. 4 (proposition de la minorité Aeschi Thomas)

L'art. 8, al. 4 a été formulé sur la base de la différenciation effectuée entre le conjoint de la personne occupant une position assimilable à celle d'un employeur selon l'art. 8, al. 3, et le conjoint de l'employeur (ce dernier étant considéré comme une personne indépendante au sens de l'AVS). Selon cet article, les conjoints des personnes indépendantes qui sont employés dans la même entreprise que celles-ci sont exclus du droit à l'indemnité de chômage. Ce projet, selon l'interprétation de la proposition minoritaire, vise uniquement à accélérer l'accès à l'indemnité de chômage pour les personnes occupant une position assimilable à celle d'un employeur ainsi que pour leurs conjoints occupés dans l'entreprise. Par analogie avec la réglementation légale de l'indemnité en cas de RHT qui, à l'art. 31, al. 3, let. b, LACI, refuse explicitement le droit à l'indemnité au conjoint de l'employeur, occupé dans l'entreprise de celui-ci, le droit à l'indemnité de chômage est lui aussi explicitement refusé au conjoint de l'employeur occupé dans l'entreprise de celui-ci.

Art. 18, al. 1^{er} (complété par la proposition de la minorité Aeschi Thomas)

Le délai d'attente (particulier) de 20 jours (ou 120 jours selon la proposition de la minorité) sert à vérifier qu'il y a une réelle volonté de prendre un nouvel emploi durable en tant que travailleur et constitue une condition préalable à la lutte *ex-ante* contre les abus. Les 120 jours d'attente découlent de la jurisprudence du Tribunal fédéral, selon laquelle, après six mois de travail dans une entreprise tierce, l'ancienne position assimilable à celle d'un employeur est considérée comme n'étant plus causale en cas de perte d'emploi.

S'il est établi que la personne concernée perd définitivement la qualité visée à l'art. 8, al. 3 et 4 P-LACI pendant le délai d'attente, les délais d'attente «normaux» selon l'art. 18 LACI s'appliquent avec effet immédiat.

Art. 18d (proposition minoritaire Meyer Mattea complétant la solution majoritaire)

Conformément à la proposition minoritaire complétant la solution majoritaire, les versements de gains issus de participations financières des personnes qui occupent une position assimilable à celle d'un employeur et entrent dans le champ d'application de l'art. 8, al. 3 et 4 doivent être déduits des indemnités de chômage perçues.

La caisse de chômage ne peut prendre en compte, autrement dit ne déduire, que les gains qui ont été versés pour la période pendant laquelle la personne perçoit l'indemnité de chômage. Dans ces conditions, les gains ayant été réalisés avant la perception de l'indemnité de chômage et versés pendant la période de perception de l'indemnité

de chômage ne sont pas pris en compte par la caisse de chômage. Les gains qui résultent de la vente d'actions ne sont pas concernés par l'art. 18d.

Etant donné que les gains issus de la participation financière sont généralement versés l'année suivante, la déduction est effectuée avec effet rétroactif, ce qui donne lieu à une correction de l'indemnité de chômage et, par conséquent, à des remboursements, sur la base de l'art. 95, al. 1^{quinquies}, P-LACI. C'est la personne assurée qui doit informer la caisse de chômage de la distribution de bénéfiques, dans le cadre de son obligation de coopérer. Or, cela présente un risque que la personne assurée ne se conforme plus à cette obligation si elle n'est plus inscrite à l'assurance-chômage. Dans ce cas, la caisse de chômage devrait engager les recherches nécessaires, auprès des autorités fiscales par exemple, afin d'obtenir les informations nécessaires dans les cas particuliers (au moyen d'une demande écrite motivée).

La solution majoritaire, selon son interprétation minoritaire, prévoit la condition de la liquidation. Des gains issus de participations financières sont donc exclus: l'entreprise ne génère en effet pas de bénéfiques ensuite distribués, par exemple sous forme de dividende, lorsqu'elle se trouve en liquidation selon l'inscription au registre du commerce. La déduction de gains issus d'une participation financière n'est donc pas prévue dans cette version.

Art. 22, al. 2^{bis} (complété par la proposition de la minorité Aeschi Thomas)

Le droit à l'indemnité de chômage est élargi aux travailleurs occupant une position assimilable à celle d'un employeur. Afin de prévenir les abus, la prestation est limitée (70% du salaire assuré ou 50% selon la proposition de la minorité), ce qui amoindrit certes la couverture d'assurance, mais réduit aussi l'incitation aux abus. Le supplément correspondant à l'allocation pour enfant et à l'allocation de formation professionnelle reste soumis aux mêmes conditions qu'à l'art. 22, al. 1, LACI.

Si la qualité visée à l'art. 8, al. 3 et 4, P-LACI disparaît, les règles générales définies à l'art. 22, al. 1 ou al. 2, LACI s'appliquent de nouveau (soit 70 ou 80 % du gain assuré).

Art. 95, al. 1^{quater}

Pendant le délai-cadre d'indemnisation et les trois années qui suivent, il ne doit pas y avoir de réengagement dans la même entreprise, sinon, les conditions du droit à l'indemnité ne sont plus du tout remplies avec effet rétroactif à la date de l'inscription. Cela signifie que toutes les prestations auraient été payées à tort (contraire au droit), raison pour laquelle l'intégralité des prestations perçues doivent par la suite être entièrement restituées avec effet immédiat.

Dans le cadre de l'assistance administrative (art. 32 LPGA), les caisses de chômage compétentes peuvent demander aux caisses de compensation AVS de leur communiquer des données spécifiques (extrait de compte individuel, par ex.). Sur la base de l'extrait de compte individuel reçu à intervalles réguliers de la part des caisses de compensation AVS, les caisses de chômage peuvent vérifier si des cotisations ont été versées pour des personnes ayant une position assimilable à celle d'un employeur ainsi que pour leurs conjoints et le conjoint de l'employeur, qui sont occupés dans l'entre-

prise de ceux-ci, et donc si ces personnes travaillent à nouveau dans la même entreprise.

Etant donné que les prestations doivent dans certains cas être restituées six ou sept ans après l'inscription à la caisse de chômage, cela nécessite un délai de péremption absolu plus long que le délai de cinq ans prévu à l'art. 25, al. 2, LPGA. La possibilité de demander la libération de l'obligation de restituer est exclue.

Les personnes ayant une position assimilable à celle d'un employeur qui exercent une profession dans laquelle les changements d'employeurs ou les contrats de travail de durée limitée sont usuels sont exemptées de cette obligation de remboursement.

Art. 95, al. 1^{quater} (proposition minoritaire Gutjahr)

Contrairement à la majorité, la proposition de la minorité ne prévoit pas d'exception à l'art. 95, al. 1^{quater}, P-LACI en faveur des personnes ayant une position assimilable à celle d'un employeur qui exercent une profession dans laquelle les changements d'employeurs ou les contrats de travail de durée limitée sont usuels.

Art. 95, al. 1^{quinquies} (proposition minoritaire Meyer Mattea complétant la solution majoritaire)

Les personnes visées à l'art. 8, al. 3 et 4, P-LACI qui reçoivent des gains issus de participations financières dans l'entreprise pour laquelle elles ont travaillé et qui sont déduits de l'indemnité de chômage sur la base de l'article 18d sont soumises à l'obligation de restitution dans la mesure des gains ou recettes perçus. En fonction du montant de ces gains et recettes, l'obligation de restitution des prestations peut, dans certains cas, concerner l'intégralité de l'indemnité de chômage. Ici aussi, un délai de péremption absolu plus long que le délai de cinq ans de l'art. 25, al. 2, LPGA est prévu. La possibilité de demander la libération de l'obligation de restituer est également exclue dans ce cas.

5.2 Solution minoritaire (Aeschi Thomas)

Art. 2, al. 2, let. g, ch. 1

Les personnes qui détiennent une participation financière de plus de 5% dans l'entreprise pour laquelle elles travaillent sont dispensées de payer des cotisations, ce qui implique également que la couverture d'assurance de l'assurance-chômage disparaît. Il faut entendre par «directement» la participation financière détenue dans l'entreprise personnellement et sans intermédiaire, et par «indirectement» la participation détenue par des membres de la famille ou par une autre entreprise dans laquelle la personne concernée possède également une participation (conglomérat d'entreprises). La concrétisation de ces deux termes devrait être effectuée au niveau de l'ordonnance.

Cela présuppose une communication intégrale des participations financières effectives afin de pouvoir déterminer qui participe réellement au capital de l'entreprise concernée et dans quelle mesure. En outre, les participations détenues dans d'autres

entreprises par la personne occupant une position assimilable à celle d'un employeur devraient également être communiquées.

Art. 2, al. 2, let. g, ch. 2

Conformément à la volonté du législateur, l'influence considérable de l'associé (occupant ou non une fonction dirigeante) d'une société à responsabilité limitée ressort de l'organisation de la société en tant que telle. Selon l'art. 811, al. 1, CO, les associés d'une société à responsabilité limitée ont non seulement le droit, mais également le devoir de participer à la gestion des affaires de la société. Cela est confirmé par la pratique établie par la jurisprudence du Tribunal fédéral. A cet égard, les associés réunis en assemblée occupent une position comparable à celle du conseil d'administration d'une société anonyme.

Pour ces raisons, les mandats tels que celui d'administrateur d'une société anonyme, d'associé ou de gérant d'une société à responsabilité limitée qui, de par la loi (Code des obligations), sont forcément assortis d'une compétence de décision, sont libérés *ex lege* de l'obligation de cotiser.

Art. 2, al. 2, let. g, ch. 3

La formule «fixent les décisions que prend l'employeur ou peuvent les influencer considérablement ainsi que les conjoints de ces personnes qui sont occupés dans l'entreprise» a dû être reprise de l'art. 31, al. 3, let. c, LACI, qui est la définition de «position assimilable à celle d'un employeur», expression en fait issue de la jurisprudence du Tribunal fédéral et ne figurant pas dans la LACI. Il n'est pas facile de formuler une définition plus étroite et plus précise de la notion de «position assimilable à celle d'un employeur» dans une règle de droit qui doit être générale et abstraite, car dans chaque cas d'espèce, c'est toujours le pouvoir de décision déterminant effectif au sein de l'entreprise, tel qu'il est «vécu» dans la vie professionnelle de tous les jours, qui est décisif. Les clarifications préalables concernant l'obligation de cotiser ou l'exonération des cotisations incombent à l'employeur.

En cas de demande explicite, l'assurance-chômage doit, en vertu de l'obligation d'informer et de renseigner prévue à l'art. 27 LPGA, impérativement soutenir, conseiller et corriger les entreprises au cas par cas dans la détermination de la position assimilable à celle d'un employeur.

Art. 2, al. 2, let. h

Les conjoints des personnes mentionnées à la let. g, qui sont occupés dans l'entreprise de celles-ci, sont dispensés de payer des cotisations.

Art. 2, al. 2, let. i

Les conjoints des employeurs occupés dans l'entreprise de ceux-ci sont dispensés de payer des cotisations.

Art. 31, al. 3, let. b et c

L'art. 31, al. 3, let. b et c est abrogé. La libération de l'obligation de cotiser pour les personnes qui occupent une position assimilable à celle d'un employeur ainsi que pour les conjoints de ces personnes et le conjoint de l'employeur (indépendant) les exclut du droit à l'ensemble des prestations de l'assurance-chômage, y compris le droit à l'indemnité en cas de RHT. Selon l'art. 31, al. 1, let. a, LACI, l'obligation de cotiser à l'assurance est une condition dont dépend le droit à l'indemnité en cas de RHT (il en va de même pour l'IC, à l'art. 8, al. 1, let. e, LACI). Cela signifie que l'art. 31, al. 3, let. b (conjoint de l'employeur occupé dans l'entreprise de celui-ci) et let. c (personnes qui occupent une position assimilable à celle d'un employeur ainsi que les conjoints de ces personnes occupés dans l'entreprise) ne sont plus nécessaire et doivent donc être abrogés.

5.3 Dispositions transitoires

Le Conseil fédéral rend compte au Parlement cinq ans après l'entrée en vigueur de cette modification de sa mise en œuvre, de son efficacité ainsi que des conséquences financières dans un rapport. Au même moment, il propose des adaptations au niveau de la loi et des ordonnances découlant des expériences faites et du besoin d'agir que le rapport aura constaté.

6 Conséquences

6.1 Conséquences pour la Confédération

6.1.1 Conséquences financières

La présente révision de loi n'a pas de conséquences financières directes pour la Confédération. Elle a toutefois des conséquences directes sur le fonds de compensation de l'assurance-chômage (solutions majoritaires et minoritaires) et sur les caisses de compensation (solution minoritaire).

Conséquences directes sur les recettes du fonds de compensation de l'AC

Les recettes ordinaires du fonds de compensation de l'assurance-chômage proviennent à environ 90% des cotisations salariales des salariés et des employeurs et à environ 10% des contributions de la Confédération et des cantons. Le montant de ces contributions est également déterminé par un pourcentage de la masse salariale soumise à cotisation et est fixé par la loi (art. 90a, al. 1, 90, let. b, et 92, al. 7^{bis}, LACI). La solution majoritaire n'a donc aucune conséquence financière directe sur les recettes du fonds de compensation de l'assurance-chômage puisque les travailleurs ayant une position assimilable à celle d'un employeur sont, aujourd'hui déjà, soumis à l'obligation de cotiser.

Conséquences directes sur les coûts du fonds de compensation de l'assurance-chômage

Les autorités cantonales sont indemnisées par le fonds de compensation de l'assurance-chômage (art. 92, al. 7, LACI) pour l'exécution de la LACI et du service public de l'emploi (SPE) selon la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE). Les autorités cantonales disposent pour l'ensemble de leurs frais à prendre en considération d'un montant plafonné fixé en fonction du taux et du nombre de demandeurs d'emploi dans leur canton. Les cantons sont indemnisés jusqu'à hauteur de ce plafond pour leurs frais d'exécution effectifs.

Comme il n'existe pas de statistiques sur les travailleurs ayant une position assimilable à celle d'un employeur, l'estimation des conséquences financières est soumise à une grande incertitude. En se basant sur les données recueillies dans le cadre de l'Enquête suisse sur la population active (ESPA), on estime à environ 6,4% la part des travailleurs ayant une position assimilable à celle d'un employeur⁸. Par conséquent, l'accroissement des dépenses annuelles de l'indemnité de chômage résultant de cette nouvelle réglementation (solution majoritaire) est estimé à environ 6,4%. La solution minoritaire conduirait à une réduction des recettes de l'assurance-chômage (cotisations des assurés) d'environ 6,4 %⁹.

6.1.2 Conséquences sur l'état du personnel

La présente révision de loi n'a pas de conséquences directes sur le personnel.

6.2 Conséquences sur les cantons et les communes, ainsi que les centres urbains, les agglomérations et les régions de montagne

6.2.1 Conséquences financières

La présente modification de loi a des conséquences financières directes pour les organes d'exécution cantonaux de l'assurance-chômage. Les frais seront néanmoins remboursés par le fonds de compensation de l'assurance-chômage. Les conséquences sur les tâches des organes d'exécution cantonaux de l'assurance-chômage et les frais

⁸ Cette estimation repose sur l'ESPA de 2021. Le nombre de travailleurs possédant leur propre entreprise est utilisé comme valeur approximative pour estimer le nombre de travailleurs occupant une position assimilable à celle d'un employeur.

⁹ Hypothèse: les coûts moyens de l'IC, resp. la somme des cotisations par travailleur ayant une position assimilable à celle d'un employeur sont aussi élevés que les coûts moyens de l'IC, resp. la somme moyenne des cotisations par chômeur inscrit. D'une part, cette proportion pourrait être plus élevée car la définition des travailleurs ayant une position assimilable à celle d'un employeur utilisée ici n'inclut pas les conjoint(e)s, partenaires et autres membres de la famille susceptibles d'occuper une position assimilable à celle d'un employeur. D'autre part, cette proportion pourrait être plus basse car une partie des personnes ayant une position assimilable à celle d'un employeur ont déjà droit à une IC aujourd'hui dans la mesure où elles abandonnent cette position. Cette estimation est donc soumise à une grande incertitude.

administratifs, qui leur seront restitués par l'intermédiaire du fonds de compensation de l'assurance-chômage, sont esquissées ci-après.

La solution majoritaire entraînera pour les organes d'exécution des tâches supplémentaires. Outre la vérification, parfois longue et complexe, de l'existence d'une position assimilable à celle d'un employeur de la personne assurée, les caisses de chômage devront nouvellement vérifier, en cas de position dirigeante, si les conditions de l'art. 8, al. 3 sont remplies. En outre, l'autorité cantonale devra continuellement vérifier minutieusement l'aptitude au placement, qui atteste que la personne est disposée, en droit et en mesure d'occuper un poste permanent en qualité d'employé auprès d'un nouvel employeur. Cela peut se faire notamment par le biais d'assignation à des mesures du marché du travail. Les autorités cantonales doivent ainsi être attentives à la fonction dirigeante maintenue et l'accomplissement des tâches associées à cette fonction afin de s'assurer que la personne soit apte au placement pendant son indemnisation.

Avec l'art. 95, al. 1^{quater}, les caisses de chômage devront par ailleurs encore contrôler que la personne ne retravaille pas dans l'entreprise pendant la durée du délai-cadre d'indemnisation et les trois années qui suivent. Pour ce faire, elles devront faire usage de l'entraide administrative pour obtenir des informations de la part des caisses de compensation AVS.

Enfin, les caisses de chômage devront éventuellement effectuer des contrôles supplémentaires en lien avec la proposition de la minorité prévoyant que les versements de gains issus de participations financières des personnes qui occupent une position analogue à celle d'un employeur soient déduits des indemnités de chômage. En effet, les caisses de chômage devront vérifier, avec effet rétroactif, sur la base d'une déclaration spontanée ou par exemple par échange d'informations avec les autorités fiscales si la personne a perçu des gains issus de participations financières. En cas de versement de gains, les caisses de chômage devront corriger rétroactivement les décomptes passés et rendre une décision de restitution.

La solution minoritaire implique un changement de système qui entraînera une détermination de la position assimilable à celle d'un employeur par les entreprises elles-mêmes. La pratique des organes d'exécution et la jurisprudence ont cependant montré que l'évaluation du pouvoir de décision effectif est souvent compliquée dans les cas concrets et pourra donc entraîner des erreurs d'appréciation de la part de l'employeur lui-même ou de l'entreprise si elle devait à l'avenir déterminer elles-mêmes la position assimilable à celle d'un employeur. Il n'est donc pas exclu que les entreprises doivent se renseigner, auprès des caisses de chômage, pour pouvoir déterminer quels employés ont une position assimilable à celle d'un employeur et par conséquent qui devront être libérés de l'obligation de cotiser à l'assurance-chômage. Les caisses de chômage devront potentiellement faire face à une augmentation des demandes de soutien de la part des entreprises, surtout lors du changement de système.

La solution de la minorité entraîne une charge de travail supplémentaire importante, qu'on ne peut pas encore chiffrer, pour les caisses de compensation AVS chargées de la perception des cotisations (art. 86 LACI). Ces charges supplémentaires doivent être remboursées aux caisses de compensation AVS par le fonds de compensation de l'AC

(art. 92 LACI). La solution de la minorité entraîne également un surcroît de travail pour les organes d'exécution de l'AC.

6.2.2 Conséquences sur l'état du personnel

Etant donné l'augmentation des tâches décrites dans le chapitre 5.2.1, la présente révision de loi pourrait avoir des conséquences directes sur l'état du personnel.

6.3 Conséquences économiques et sociétales

En Suisse comme ailleurs, les rapports et les formes de travail sont de plus en plus variés, raison pour laquelle le nombre de travailleurs occupant une position assimilable à celle d'un employeur pourrait probablement augmenter à l'avenir. Un élargissement du droit à l'indemnité de chômage aux travailleurs occupant une position assimilable à celle d'un employeur tiendrait compte de cette évolution et aurait tendance à renforcer le rôle de stabilisateur automatique de la conjoncture joué par l'assurance-chômage. Dans le même temps, le risque d'abus augmenterait. En outre, avec la présente modification de loi, l'assurance-chômage supporterait une partie du risque d'entreprise en facilitant l'accès à l'indemnité de chômage pendant la procédure de liquidation.

6.4 Conséquences sur d'autres normes légales

Une modification de la loi dans le sens des solutions présentées ci-dessus ne nécessite aucune adaptation d'autres normes légales.

6.5 Conséquences environnementales

La présente révision de loi n'a pas de conséquences directes sur l'environnement.

6.6 Autres conséquences

Aucune autre conséquence n'est attendue.

7 Aspects juridiques

7.1 Constitutionnalité

7.1.1 Conformité avec l'art. 8 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst)

L'art. 8 Cst. fixe le principe universel de l'égalité de traitement. Ce principe s'applique donc aussi à la définition différente des personnes occupant une position assimilable à celle d'un employeur pour l'octroi de l'indemnité de chômage, d'une part, et pour l'octroi de l'indemnité en cas de RHT, d'autre part. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le principe de l'égalité de traitement est respecté lorsque ce qui est semblable est traité de manière identique et ce qui est dissemblable l'est de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. Le législateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre de ces principes.

Les personnes qui occupent une position assimilable à celle d'un employeur n'ont, comme jusqu'à présent, pas droit à des prestations au titre de l'indemnité en cas de RHT. Avec la nouvelle réglementation (solution majoritaire), ces (mêmes) personnes occupant une position assimilable à celle d'un employeur ont en revanche droit à l'indemnité de chômage si leur perte de travail est définitive et durable. Ainsi, ces situations différentes sont conformes à la jurisprudence du Tribunal fédéral mentionnée plus haut.

Si ces personnes sont à nouveau employées dans la même entreprise pendant le délai-cadre et trois ans après et que la perte de travail est donc temporaire, cela reviendrait à la même situation que pour l'indemnité en cas de RHT. La restitution de la totalité de l'indemnité de chômage garantit l'égalité de traitement par rapport à la RHT. Vu que la nouvelle réglementation de l'art. 95, al. 1^{quater}, P-LACI exige la fin complète et durable de l'activité au sein de l'entreprise dans laquelle la personne concernée a une position assimilable à celle d'un employeur, le principe de l'égalité de traitement fixé à l'art. 8 Cst. est respecté.

La nouvelle réglementation (solution minoritaire) libère de l'obligation de cotiser toutes les personnes qui occupent une position assimilable à celle d'un employeur. L'égalité de traitement (pour la RHT et l'indemnité de chômage) d'après l'art. 8 Cst. est donc garantie.

7.1.2 Compatibilité avec l'art. 114 Cst.

La réglementation prévue (solution majoritaire) est compatible avec l'art. 114 Cst. Selon l'al. 2, let. a et b, l'assurance, qui est obligatoire pour les personnes salariées, doit garantir une compensation appropriée de la perte du revenu.

La libération de l'obligation de cotiser accordée aux personnes qui occupent une position assimilable à celle d'un employeur (solution minoritaire) est compatible avec l'art. 114, al. 2, let. b, Cst., lequel indique expressément que la loi peut prévoir des exceptions. Cela étant, seules sont autorisées les exceptions qui ne contreviennent pas au principe de l'égalité de traitement.

reste inchangée dans le cadre du présent projet de loi. Les principes de subsidiarité et d'équivalence fiscale ne sont pas affectés.

7.6 Conformité à la loi sur les subventions

Ce projet n'est pas concerné par la législation sur les subventions.

7.7 Délégation de pouvoirs juridiques

Le projet ne prévoit pas de nouvelles délégations de compétences au Conseil fédéral.

7.8 Protection des données

Le projet n'aura de conséquences ni sur la loi sur la protection des données, ni sur d'autres actes législatifs spécifiques.

