

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 15 mars 2011

Présidence de M. DIND
Juges : M. Pittet et Mme Férolles, assesseurs
Greffier : M. Simon

Cause pendante entre :

R. _____, à Lully, recourant, représenté par Me Julien Gafner, avocat à Lausanne,

et

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, à Lausanne, intimée.

Art. 8 al. 1, 11a et 31 al. 3 let. c LACI

E n f a i t :

A. R._____ (ci-après: l'assuré) travaillait depuis le 1^{er} juillet 2006 en qualité de président de la société F._____ GmbH, à Glasgow, succursale de Morges, membre du groupe Y._____. Par courrier du 17 juin 2009, l'employeur a résilié les rapports de travail pour le 30 septembre 2009.

Dans une convention du 1^{er} juillet 2009, l'assuré et l'employeur ont convenu de mettre un terme à leur rapport de travail, avec effet au 30 septembre 2009. Il a notamment été prévu que l'assuré recevrait un montant de 551'392 fr. versé à titre d'indemnité pour résiliation abusive selon l'art. 336a CO (code des obligations du 30 mars 1911, RS 220) et de 735'189 fr. versé à titre d'indemnité pour longs rapports de travail au sens de l'art. 339b CO, puis qu'il s'engagerait à mettre un terme à ses engagements au sein des sociétés du groupe Y._____.

L'assuré s'est inscrit à l'assurance-chômage et a sollicité l'octroi d'indemnités à compter du 1^{er} octobre 2009.

Par courriers des 29 et 30 septembre 2009, l'intéressé a démissionné de ses fonctions de manager de la société O._____, Glasgow, succursale de Morges, respectivement des sociétés I._____, Glasgow, succursale de Morges, et V._____, Glasgow, succursale de Morges, toutes trois membres du groupe Y._____.

Le 27 octobre 2009, la Caisse cantonale de chômage (ci-après: la caisse) a rendu une décision niant à l'assuré le droit à des prestations de chômage dès le 1^{er} octobre 2009. Se référant notamment à l'art. 31 al. 3 let. c LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.0), elle a retenu que l'intéressé, inscrit au registre du commerce en qualité de gérant avec signature collective à deux de la société E._____, Glasgow, succursale

de Morges, membre du groupe Y._____, avait un pouvoir décisionnel dans cette entreprise.

L'intéressé a formé opposition en date du 23 novembre 2009, expliquant en particulier que, suite à des démarches avec son ancien employeur, il n'était plus administrateur de F._____ GmbH depuis le 24 septembre 2009.

Par décision sur opposition du 29 janvier 2010, la caisse a confirmé sa position, se référant aux art. 8 al. 1, 11a et 31 al. 3 let. c LACI ainsi qu'à la jurisprudence en matière de droit au chômage d'une personne assimilée à un employeur. Selon extrait au registre du commerce, elle a indiqué que l'intéressé avait été gérant et président de F._____ GmbH jusqu'au 24 septembre 2009 mais qu'il était toujours inscrit en qualité de gérant de I._____ et O._____ et disposait d'une procuration collective auprès de V._____, sociétés ayant un but semblable et situées à la même adresse que son employeur, de sorte que l'intéressé, bien que formellement licencié par ce dernier, pouvait exercer une activité du même type dans l'une de ces trois sociétés.

La caisse a ajouté que l'intéressé, à la résiliation de son contrat de travail, avait reçu de son employeur une somme de 1'286'581 fr. composée de 551'392 fr. versé à titre d'indemnité pour résiliation abusive et de 735'189 fr. versé à titre d'indemnité pour longs rapports de travail, montants qui en l'absence de résiliation anticipée devaient être considérés comme des prestations volontaires de l'employeur. Compte tenu du montant de 1'286'581 fr. versé par l'employeur et d'un salaire mensuel de 40'370 fr., reportant le délai-cadre d'indemnisation, la caisse a relevé que l'ouverture du droit de l'assuré à des indemnités de chômage devait être repoussée de 31 mois et 18 jours ouvrables, soit jusqu'au 26 mai 2012.

Dans une déclaration du 23 février 2010, la société F._____ GmbH a confirmé que R._____ avait démissionné avec effet au 30 septembre 2009 de toutes ses fonctions au sein du groupe Y._____, et

en particulier de ses fonctions de gérant des sociétés I._____, V._____
et O._____. Il a été précisé que l'intéressé était encore inscrit au registre
du commerce en qualité de gérant pour ces succursales mais qu'il n'avait
eu aucune activité en relation avec celles-ci.

B. Par acte du 26 février 2010 de son mandataire, R._____ fait
recours au Tribunal cantonal et conclut à la réforme de la décision sur
opposition du 29 janvier 2010 de la caisse en ce sens qu'il a droit à
l'indemnité de chômage à compter du 27 juillet 2010, subsidiairement à
partir d'une date à dire de justice. A titre subsidiaire, il conclut à
l'annulation de cette décision et au renvoi du dossier à la caisse pour
nouvelle décision au sens des considérants.

Il allègue qu'il n'exerce plus aucune activité pour le groupe
Y._____ depuis la résiliation de son contrat de travail le 30 septembre
2009 et que son inscription au registre du commerce en qualité de
dirigeant des sociétés I._____, O._____ et V._____ ne correspond
pas à la situation effective et résulte d'un retard administratif imputable à
l'employeur, qui ne saurait lui causer préjudice s'agissant de son droit à
des indemnités de chômage. Sur cette base, il soutient que l'art. 31 al. 3
let. c LACI n'est pas applicable. En outre, il conteste la durée de la perte
de travail devant être prise en considération, expliquant que son salaire
effectif est supérieur à celui de 40'370 fr. retenu par la caisse et que des
déductions de prévoyance professionnelle ont été omises, de sorte que la
perte de travail est de 9 mois et 18 jours ouvrables depuis le 30
septembre 2009 et que le droit à l'indemnité de chômage existe depuis le
27 juillet 2010.

Dans sa réponse du 7 avril 2010, la caisse conclut au rejet du
recours. Elle se réfère à ses précédents arguments, relevant que l'assuré
n'a pas droit aux prestations de chômage dès lors qu'il a une position
assimilable à un employeur, puis ajoute que ce dernier est en outre
administrateur de la société B._____ SA, à Orbe. Procédant à un
nouveau calcul, la caisse retient que la durée de la perte de travail non
prise en considération est de 13 mois et 2 jours ouvrables, de sorte que

l'ouverture du droit aux prestations devrait être repoussé au 3 novembre 2010.

C. Dans un mémoire complémentaire du 1^{er} juin 2010, le recourant confirme ses conclusions. Il allègue avoir été radié du registre du commerce s'agissant des sociétés membres du groupe Y. _____ puis réitère ne plus exercer d'activité pour le compte de son ancien employeur. Il explique que la société B. _____ SA, dont il est devenu l'un des actionnaires, est distincte de celles du groupe Y. _____ et ne poursuit pas le même but. Contestant à nouveau le calcul de la durée de la perte de travail, il soutient qu'il a droit à l'indemnité de chômage à compter du 27 juillet 2010. Il dépose notamment les documents suivants:

- Un extrait internet du registre du commerce, attestant de la radiation de l'intéressé au 18 novembre 2009 (date de l'inscription au journal) de la fonction de gérant avec signature collective à 2 de E. _____.

- Un extrait de la feuille des avis officiels du 21 mai 2010 attestant de la radiation de l'intéressé de ses fonctions auprès des sociétés I. _____, V. _____ (avec effet au 3 mai 2010) et O. _____ (avec effet au 4 mai 2010).

- Un extrait internet du registre du commerce, attestant de l'inscription de l'intéressé au 23 février 2010 (date de l'inscription au journal) à la fonction d'administrateur de B. _____ SA.

D. Le 28 juin 2010, sans formuler de nouvelles observations, l'intimée maintient ses conclusions.

E n d r o i t :

1. **a)** Les dispositions de la LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1)

s'appliquent à l'assurance-chômage (art. 1 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.0]). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours (art. 56 al. 1 LPGA) auprès du tribunal des assurances compétent (art. 58 LPGA). Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA).

En l'espèce, interjeté dans le délai légal, le recours est recevable.

b) La LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD). La cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer (art. 93 al. 1 let. c LPA-VD).

2. En l'espèce, est litigieux le droit du recourant à l'indemnité de chômage à compter du 1^{er} octobre 2009, prestation que lui refuse l'intimée en raison d'une position de l'assuré assimilée à un employeur.

a) Selon l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage, notamment, s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a) et s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (let. b).

b) Les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail lorsqu'ils remplissent les conditions décrites aux lettres a à d de l'art. 31 al. 1 LACI. Une réduction de l'horaire de travail peut consister non seulement en une réduction de la durée quotidienne, hebdomadaire ou mensuelle du travail, mais aussi en une cessation d'activité pour une certaine période, sans résiliation des rapports de travail (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb p. 237; TF 8C_204/2009 du 27 août 2009 consid. 3.1). N'ont pas droit à l'indemnité en question les travailleurs

dont la réduction de l'horaire de travail ne peut pas être déterminée ou dont l'horaire n'est pas suffisamment contrôlable (art. 31 al. 3 let. a LACI), de même que 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 de l'entreprise; il en va de même des conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise (art. 31 al. 3 let. b et c LACI) (TF 8C_204/2009 du 27 août 2009 consid. 3.1).

La jurisprudence considère, par ailleurs, qu'un travailleur qui jouit d'une situation comparable à celle d'un employeur – ou son conjoint – n'a pas droit à l'indemnité de chômage (art. 8 ss LACI) lorsque, bien que licencié formellement par une entreprise, il continue à fixer les décisions de l'employeur ou à influencer celles-ci de manière déterminante; dans le cas contraire, en effet, on détournerait par le biais des dispositions sur l'indemnité de chômage la réglementation en matière d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, en particulier l'art. 31 al. 3 let. c LACI; dans ce sens, il existe un étroit parallélisme entre le droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail et le droit à l'indemnité journalière de chômage (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb; TF 8C_415/2008 du 23 janvier 2009 consid. 2.2; TF 8C_515/2007 du 8 avril 2008 consid. 2.2; TF C 211/06 du 29 août 2007 consid. 2.1; voir aussi DTA 2004 p. 259, C 65/04 consid. 2; SVR 2001 ALV n° 14 p. 41 s., TFA C 279/00 consid. 2a et DTA 2000 n° 14 p. 70, C 208/99 consid. 2).

La situation est en revanche différente quand le salarié qui se trouve dans une position assimilable à celle d'un employeur quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci, car il n'y a alors pas de risque que les conditions posées par l'art. 31 al. 3 let. c LACI soient contournées; il en va de même si l'entreprise continue d'exister, mais que l'assuré rompt définitivement tout lien avec elle après la résiliation des rapports de travail; dans un cas comme dans l'autre, il peut en principe prétendre des indemnités journalières de chômage (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb; TF 8C_415/2008 du 23 janvier 2009 consid. 3.2; TF 8C_515/2007 du 8 avril 2008 consid. 2.2; TF C 211/06 du 29 août 2007

consid. 2.1; voir aussi DTA 2004 p. 259, TFA C 65/04 consid. 2; SVR 2001 ALV n° 14 p. 41 s., TFA C 279/00 consid. 2a et DTA 2000 n° 14 p. 70, TFA C 208/99 consid. 2).

c) Selon le Tribunal fédéral, le fait de subordonner, pour un travailleur jouissant d'une position analogue à celle d'un employeur, le versement des indemnités de chômage à la rupture de tout lien avec la société qui l'employait peut paraître rigoureux selon les circonstances du cas d'espèce. Il ne faut néanmoins pas perdre de vue les motifs qui ont présidé à cette exigence. Il s'est agi avant tout de permettre le contrôle de la perte de travail du demandeur d'emploi, qui est l'une des conditions mises au droit à l'indemnité de chômage (cf. art. 8 al. 1 let. b LACI). Or, si un tel contrôle est facilement exécutable s'agissant d'un employé qui perd son travail ne serait-ce que partiellement, il n'en va pas de même des personnes occupant une fonction dirigeante qui, bien que formellement licenciées, poursuivent une activité pour le compte des sociétés dans lesquelles elles travaillaient. De par leur position particulière, ces personnes peuvent en effet exercer une influence sur la perte de travail qu'elles subissent, ce qui rend justement leur chômage difficilement contrôlable (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb p. 239; TF C 292/06 du 29 août 2007 consid. 4.2; TFA C 192/05 du 17 novembre 2006 consid. 2).

Dans un tel cas de figure, il est donc impossible de déterminer si les conditions légales sont réunies sauf à procéder à un examen a posteriori de l'ensemble de la situation de l'intéressé, ce qui est contraire au principe selon lequel cet examen a lieu au moment où il est statué sur les droits de l'assuré ; au demeurant, ce n'est pas l'abus avéré comme tel que la loi et la jurisprudence entendent sanctionner ici, mais le risque d'abus que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur (TF C 157/06 du 22 janvier 2007 consid. 3.2 ; TFA C 163/04 du 29 août 2005 consid. 2.2; TFA C 141/03 du 9 décembre 2003 consid. 4 ; TFA C 92/02 du 14 avril 2003, in DTA 2003 n° 22 p. 242 consid. 4).

d) 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; on établira l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes (TF 8C_515/2007 du 8 avril 2008 consid. 2.2; DTA 1996/1997 n° 41 p. 227 s. consid. 1b et 2; SVR 1997 ALV n° 101 p. 311 consid. 5c). La seule exception à ce principe concerne les membres des conseils d'administration, car ils disposent ex lege (art. 716 à 716b CO [code des obligations du 30 mars 1911, RS 220]) d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI (DTA 1996/1997 n° 41 p. 226 consid. 1b et les références citées); pour les membres du conseil d'administration, le droit aux prestations peut dès lors être exclu sans qu'il ne soit nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'ils exercent au sein de la société (ATF 122 V 270 consid. 3 p. 273; TF 8C_515/2007 du 8 avril 2008 consid. 2.2; DTA 2004 n° 21 p. 196 consid. 3.2). Il en va de même, dans une société à responsabilité limitée, des associés, respectivement des associés gérants lorsqu'il en a été désigné, lesquels occupent collectivement une position comparable à celle du conseil d'administration d'une société anonyme (TF 8C_515/2007 du 8 avril 2008 consid. 2.2 ; TFA C 37/02 du 22 novembre 2002 consid. 4; TFA C 71/01 du 30 août 2001).

Lorsqu'il s'agit d'un membre d'un conseil d'administration ou d'un associé d'une société à responsabilité limitée, l'inscription au registre du commerce constitue en règle générale le critère de délimitation décisif (ATF 122 V 270 consid. 3 p. 273; DTA 2004 n° 21 p. 198 consid. 3.2). La radiation de l'inscription permet d'admettre sans équivoque que l'assuré a quitté la société (TF C 157/06 du 22 janvier 2007 consid. 3.2; TFA C 175/04 du 29 novembre 2005).

3. a) Dans le cas présent, le recourant soutient qu'il n'exerce plus d'activité pour le groupe Y._____, auquel appartient son employeur, depuis la résiliation de ses rapports de travail au 30 septembre 2009. Selon la convention du 1^{er} juillet 2009, il s'est engagé envers la société F._____ GmbH à mettre un terme à ses engagements au sein des

sociétés dudit groupe. Par courriers des 29 et 30 septembre 2009, l'intéressé a fait part de son intention de démissionner de ses fonctions de manager des sociétés O._____, I._____ et V._____. La société F._____ GmbH a confirmé, dans une déclaration du 23 février 2010, que l'intéressé avait démissionné avec effet au 30 septembre 2009 de toutes ses fonctions au sein du groupe Y._____.

Cela étant, conformément à la jurisprudence précitée (TF 8C_515/2007 du 8 avril 2008 consid. 2.2), seul compte le statut d'administrateur, d'associé ou de gérant de la société en question pour savoir si un assuré dispose d'une situation comparable à un employeur au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI. On se fondera dès lors sur les renseignements du registre du commerce figurant au dossier, dont il ressort que l'intéressé, selon dates d'inscription au journal, a été radié le 18 novembre 2009 de la fonction de gérant avec signature collective à 2 de E._____, le 3 mai 2010 de ses fonctions auprès de I._____ (gérant) et V._____ (au bénéfice d'une procuration) puis le 4 mai 2010 des fonction au sein de O._____ (gérant). Ces sociétés appartenant au groupe Y._____, l'assuré pouvait dès lors à tout le moins considérablement influencer les décisions de son employeur pendant la période lors de laquelle il réclame l'indemnité de chômage, soit depuis le 1^{er} octobre 2009.

b) Les indications au registre du commerce constituent le critère décisif, de sorte qu'un prétendu retard de l'employeur à procéder aux démarches visant à la radiation des inscriptions y figurant, comme s'en prévaut le recourant, n'est pas déterminant s'agissant du droit aux indemnités du chômage. Il est au demeurant sans pertinence que l'intéressé n'ait, comme il l'allègue, plus exercé concrètement d'activité au sein des sociétés membres du groupe Y._____ à compter de la résiliation de ses rapports de travail au 30 septembre 2009, dès lors qu'il conservait ex lege un pouvoir au sein de celles-ci jusqu'en mai 2010. Il sied en outre de rappeler que ce n'est pas l'abus avéré comme tel que la loi et la jurisprudence entendent sanctionner, mais le risque d'abus que

représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur (cf. consid. 2c supra).

Par ailleurs, on ne voit pas en quoi l'étendue des relations de l'intéressé avec la société B._____ SA servirait les intérêts du recourant, quand bien même celle-ci poursuit des buts différents des sociétés membres du groupe Y._____. Seuls sont pertinents, dans le présent litige, les liens du recourant avec les sociétés dudit groupe, auquel fait partie son employeur.

c) Au moment de la décision attaquée (datée du 29 janvier 2010), le recourant gardait ainsi des fonctions dirigeantes au sein du groupe Y._____, qu'il a conservées jusqu'en mai 2010. Il disposait donc d'une position privilégiée assimilée à un employeur au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI, de sorte qu'il n'a pas droit à l'indemnité de chômage à compter du 1^{er} octobre 2009.

4. Les parties se prononcent également sur la durée de la perte de travail devant être prise en considération. Dans leurs dernières écritures, le recourant soutient qu'il a droit à l'indemnité de chômage à compter du 27 juillet 2010, alors que l'intimée estime que ce droit doit être repoussé au 3 novembre 2010.

Aux termes de l'art. 11a LACI (relatif aux prestations volontaires de l'employeur en cas de résiliation des rapports de travail), la perte de travail n'est pas prise en considération tant que des prestations volontaires versées par l'employeur couvrent la perte de revenu résultant de la résiliation des rapports de travail (al. 1). Les prestations volontaires de l'employeur ne sont prises en compte que pour la part qui dépasse le montant maximum visé à l'art. 3, al. 2 (al. 2). Le Conseil fédéral règle les exceptions lorsque les prestations volontaires sont affectées à la prévoyance professionnelle (al. 3).

Selon la convention du 1^{er} juillet 2009, l'assuré a droit de la part de son ancien employeur à un montant de 551'392 fr. pour résiliation

abusive et de 735'189 fr. pour longs rapports de travail, soit à 1'286'581 fr. Dès lors, il semble que cette somme constitue une prestation volontaire de l'employeur au sens de l'art. 11a LACI. Cela étant, il n'y a pas lieu de répondre à cette question ni d'examiner en détail le calcul de la perte de travail devant être prise en considération, dès lors que n'est litigieux, conformément à la décision attaquée, que le droit à l'indemnité de chômage à compter du 1^{er} octobre 2009.

En outre, la question de la durée de la perte de travail devant être prise en considération ne se pose que si l'on admettait que l'intéressé ne correspond pas aux catégories de personnes mentionnées à l'art. 31 al. 3 LACI. Or, comme on l'a vu ci-dessus, le recourant n'a pas droit aux indemnités litigieuses de par sa position assimilée à celle d'un employeur au sens de cette disposition.

5. Il résulte de ce qui précède que le recours, mal fondé, doit être rejeté, ce qui entraîne la confirmation de la décision attaquée. Il n'y a pas lieu de percevoir de frais de justice, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer de dépens, le recourant n'obtenant pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
p r o n o n c e :**

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision sur opposition rendue le 29 janvier 2010 par la Caisse cantonale de chômage est confirmée.
- III.** Il n'est pas perçu de frais de justice ni alloué de dépens.

Le président :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Julien Gafner, avocat à Lausanne (pour R. _____)
- Caisse cantonale de chômage
- Secrétariat d'état à l'économie

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :