

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 5 juillet 2019

Composition : Mme DESSAUX, juge unique
Greffière : Mme Guardia

Cause pendante entre :

V. _____, à [...], recourant, représenté par Me Patricia Michellod, avocate
à Nyon,

et

F. _____, à [...], intimée.

Art. 8 et 31 al. 3 let. c LACI

E n f a i t :

A. V. _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], a été engagé à compter du 1^{er} septembre 2007 par E. _____ SA en qualité de conseiller financier, puis, dès le mois de janvier 2015, comme responsable de la distribution.

Du 23 septembre 2014 au 10 octobre 2018, l'assuré a été inscrit au Registre du commerce du canton de [...] en qualité de vice-président du conseil d'administration d'E. _____ SA, avec signature collective à deux.

Par courrier du 20 avril 2018, E. _____ SA a résilié le contrat de travail de l'assuré pour le 31 juillet 2018. Elle l'a également libéré de son obligation de travailler et a requis que, le jour même, il libère sa place de travail et restitue l'ensemble des objets qui lui avaient été confiés dans le cadre de son activité. Dans une lettre du 1^{er} juin 2018 relative au déroulement de la fin des rapports de travail, l'employeur a prolongé au 5 juin 2018 le délai imparti à l'assuré pour remettre les objets réclamés et libérer son poste de travail.

Le 2 juillet 2018, l'assuré s'est inscrit à l'Office régional de placement (ci-après : ORP) de [...] et a sollicité l'octroi d'indemnités de chômage à partir du 1^{er} août 2018.

Il a été engagé dès le 1^{er} septembre 2018 par [...] en qualité de directeur.

Par décision du 31 octobre 2018, la Caisse cantonale de chômage, [...] a refusé de donner suite à la demande d'indemnité déposée par l'assuré. Elle a considéré qu'étant inscrit au registre du commerce en qualité de vice-président du conseil d'administration de son employeur, ce dernier disposait jusqu'au 10 octobre 2018 d'un pouvoir décisionnel dans cette entreprise et qu'il n'était dès lors pas en droit de bénéficier des

prestations de l'assurance-chômage pendant la période entre le 1^{er} et le 31 août 2018.

L'assuré s'est opposé à cette décision le 10 novembre 2018. Il a indiqué que, bien qu'il n'ait été radié du registre du commerce qu'en octobre 2018, il avait démissionné du conseil d'administration avec effet immédiat en juin 2018 déjà. Il a ajouté que le retard pris à faire enregistrer sa radiation devait être reproché à son ancien employeur, seul compétent pour demander l'enregistrement de ce changement. Il a joint à son opposition sa lettre de démission du 20 juin 2018.

Par décision sur opposition du 14 décembre 2018, la F. _____ (ci-après : la Caisse ou l'intimée) a rejeté l'opposition et confirmé la décision du 31 octobre 2018. Dans sa motivation, elle a considéré que même si l'assuré n'avait jamais été en mesure d'engager l'entreprise par sa seule signature, il avait disposé, tant qu'il était inscrit en qualité d'administrateur, d'un pouvoir déterminant au sein d'E. _____ SA et qu'il avait dès lors occupé une position comparable à l'employeur.

B. Par acte de son mandataire du 30 janvier 2019, V. _____ a recouru contre cette décision auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant à sa réforme en ce sens qu'il soit mis au bénéfice d'un droit à l'indemnité de chômage à compter du 1^{er} août 2018. Il a invoqué avoir démissionné du conseil d'administration d'E. _____ SA le 20 juin 2018. Il a encore relevé que ses revenus d'administrateur étaient inclus dans son salaire et que, dès lors que son contrat de travail était arrivé à échéance le 31 juillet 2018, il n'aurait eu aucun intérêt à continuer à siéger comme administrateur de la société après cette date. Il a ainsi exposé avoir cessé d'occuper une position assimilable à celle de l'employeur à compter du 20 juin 2018 et que le retard pris à ce que la radiation soit opérée au registre du commerce incombait aux seuls manquements d'E. _____ SA.

Dans sa réponse du 13 mars 2019, la Caisse a conclu au rejet du recours.

E n d r o i t :

1. a) La LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) est, sauf dérogation expresse, applicable en matière d'assurance-chômage (art. 1 al. 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 peuvent faire l'objet d'un recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 56 al. 1 LPGA, 100 al. 3 LACI, 128 al. 1 et 119 al. 1 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]), dans les trente jours suivant leur notification (art. 60 al. 1 LPGA).

b) En l'occurrence, déposé en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

c) Vu la valeur litigieuse inférieure à 30'000 fr., la cause est de la compétence du juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

2. Le litige porte sur le droit du recourant à des indemnités journalières de l'assurance-chômage pour la période entre le 1^{er} et le 31 août 2018, plus particulièrement sur la question de savoir s'il occupait, à ces dates, une fonction comparable à celle d'un employeur au sein de la société E. _____ SA.

3. a) Aux termes de l'art. 8 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il remplit, de manière cumulative, les conditions fixées à l'alinéa 1 de cette disposition. La jurisprudence considère qu'un travailleur qui jouit d'une situation comparable à celle d'un employeur 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. Selon cette disposition, n'ont pas droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail les personnes qui fixent les décisions que prend l'employeur - ou peuvent les influencer considérablement - en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise ; cela vaut aussi pour les conjoints de ces personnes qui sont occupés dans l'entreprise. 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 142 V 263 consid. 4.1 ; 123 V 234 consid. 7b/bb ; TF 8C_511/2014 du 19 août 2015 consid. 5.1 ; TF 8C_1016/2012 du 19 août 2013 consid. 4.2).

La jurisprudence en cause a pour but d'écartier un risque d'abus consistant notamment, de la part d'un assuré jouissant d'une situation comparable à un employeur, à décider à la fois - pour lui-même ou son conjoint - de son licenciement et de son réengagement, ou à fixer le salaire déterminant le gain assuré. On précisera que la jurisprudence se fonde sur l'unique critère du risque d'abus et non sur celui de l'abus avéré, le risque suffisant donc à ce que le droit à l'indemnité soit nié d'emblée (Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n° 21 ad art. 10).

b) Pour 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. La seule exception à ce principe concerne les membres des conseils d'administration d'une société anonyme, car ils disposent *ex lege* d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI (art. 716 à 716b CO). En ce qui concerne 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). 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_171/2012 du 11 avril 2013 consid. 6.1 et références citées).

c) La situation est en revanche différente quand l'assuré, par suite de la résiliation de son contrat, rompt définitivement tout lien avec la société et n'est donc plus en mesure d'influencer les décisions de l'employeur. Dans ce cas, il peut en principe prétendre au versement d'indemnités journalières de chômage (ATF 123 V 234; TF 8C_511/2014 précité consid. 3.2 ; 8C_1016/2012 précité consid. 4.3 ; TF 8C_481/2010 du 15 février 2011 consid. 4.2).

Pour les membres du conseil d'administration, la simple résiliation du contrat de travail est insuffisante. En effet, dans une telle situation, l'intéressé qui a été licencié est toujours en mesure de fixer les décisions de l'employeur ou, du moins, de les influencer de manière déterminante en sa qualité de membre du conseil d'administration (TF 8C_140/2010 du 12 octobre 2010 consid. 4.3.2). A cet égard, c'est la sortie du conseil d'administration qui est déterminante et qui fixe la rupture définitive des liens avec la société employeuse (ATF 122 V 270 consid. 3). Pour déterminer le moment de la sortie du conseil d'administration d'une société anonyme, il y a lieu de prendre en considération, par analogie avec la jurisprudence concernant l'art. 52 LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.10), non pas la date de la radiation de l'inscription au registre du commerce ou celle de la publication dans la Feuille officielle suisse du commerce, mais le moment de la démission effective du conseil d'administration (ATF 126 V 134 consid. 5b ; TF 8C_140/2010 précité consid. 4.4.2 ; TF 8C_820/2009 du 28 octobre 2009 consid. 5.2 ; TF 8C_245/2007 du 22 février 2008, consid. 3.2 ; TF C 426/00 du 7 août 2001 consid. 3). La démission est une

déclaration de volonté unilatérale sujette à réception (Peter Bockli, Schweizer Aktienrecht, 4ème éd., Zurich 2009, p. 1562 n. 57a). Il s'agit d'un acte formateur revêtant un caractère univoque, inconditionnel et irrévocable (ATF 128 III 129 consid. 2a).

4. Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 139 V 176 consid. 5.3 et les références citées). Il n'existe aucun principe juridique dictant à l'administration ou au juge de statuer en faveur de l'assuré en cas de doute (ATF 135 V 39 consid. 6.1 et les références citées).

5. En l'espèce, le recourant s'est vu nier le droit à l'indemnité de chômage entre le 1^{er} et le 31 août 2018. L'intimée a en effet considéré que, durant cette période, il était inscrit au registre du commerce en qualité de vice-président du conseil d'administration de la société qui l'a licencié et qu'il jouissait dès lors d'une position comparable à celle d'un employeur.

Il est constant que le recourant a été inscrit au Registre du commerce du canton de [...] en qualité de vice-président du conseil d'administration d'E. _____ SA jusqu'au 10 octobre 2018. Il ne disposait toutefois que d'une signature collective à deux de sorte qu'il ne lui était pas possible d'influer seul le processus de décision de l'entreprise. En outre, il ressort des pièces au dossier qu'en date du 20 juin 2018, le recourant a démissionné de sa fonction au conseil d'administration avec effet immédiat. C'est ainsi à ce moment qu'il a quitté cet organe (cf. consid. 3c *supra*). Le fait que sa radiation du registre du commerce soit

intervenue bien plus tard découle d'un manquement de l'employeur, manquement qui ne peut être reproché au recourant.

Le recourant avait donc rompu tout lien avec E. _____ SA au 31 juillet 2018. Au demeurant, à deux reprises, les 20 avril et 1^{er} juin 2018, l'employeur a intimé au recourant de libérer son poste de travail et de restituer l'ensemble des objets propriété de l'entreprise qui lui avaient été remis. Une telle attitude démontre bien qu'E. _____ SA n'entendait pas réengager le recourant ni qu'il fut encore en mesure de prendre des décisions au sein du conseil d'administration.

Il découle de ce qui précède que le recourant ne jouissait pas, pendant la période litigieuse, d'une situation comparable à celle d'un employeur.

6. a) Le recours est partiellement admis en ce sens qu'il est reconnu que le recourant ne se trouvait pas, entre le 1^{er} et le 30 août 2018, dans une situation comparable à celle d'un employeur. Il appartient à l'intimée de reprendre l'instruction du dossier avant de statuer sur les autres conditions du droit à l'indemnité de chômage.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA).

Obtenant gain de cause avec l'assistance d'un mandataire qualifié, le recourant a droit à une indemnité de dépens à titre de participation aux honoraires de son conseil (art. 61 let. g LPGA), qu'il convient d'arrêter à 1'500 fr., débours et TVA compris (art. 10 et 11 TFJDA [tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative ; BLV 173.36.5.1]), et de mettre à la charge de l'intimée qui succombe.

**Par ces motifs,
la juge unique**

prononce :

- I. Le recours est partiellement admis.
- II. La décision sur opposition rendue le 14 décembre 2018 par la F._____, est annulée, la cause lui étant renvoyée pour instruction complémentaire dans le sens des considérants.
- III. Il n'est pas perçu de frais.
- IV. La F._____, versera à V._____ la somme de 1'500 fr. (mille cinq cents francs) à titre de dépens.

La juge unique :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- Me Patricia Michellod (pour V._____),
- F._____,
- Secrétariat d'Etat 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).

La greffière :