

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 30 novembre 2020

Composition : Mme PASCHE, juge unique
Greffière : Mme Chapuisat

Cause pendante entre :

Q._____, à [...], recourant, représenté par Me Andres Perez, avocat à Nyon,

et

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, DIVISION JURIDIQUE, à [...], intimée.

Art. 31 al. 3 let. c LACI

E n f a i t :

A. **a)** Q. _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant) travaillait en qualité de directeur adjoint (*Associate director*), depuis le 1^{er} juin 2017, pour le compte de B. _____ SA (ci-après : la société ou l'employeur), dont le siège est à N. _____ et qui a pour but [...].

L'assuré a été inscrit au Registre du commerce en qualité d'administrateur au bénéfice de la signature collective à deux du 16 avril 2018 au 2 octobre 2019.

Depuis le 16 avril 2018, T. _____ est administrateur président de la société, avec la signature collective à deux ; auparavant, soit depuis le 13 juin 2016, il exerçait la fonction d'administrateur.

Le 26 juin 2019, l'assuré a été licencié avec effet au 31 août 2019, pour cause de restructuration interne, et a été libéré de l'obligation de travailler.

Le 26 juin 2019 également, l'assuré a remis à la société sa lettre de démission immédiate de sa fonction d'administrateur (« *I, Q. _____, hereby give notice of my resignation as a Director of the Company with effect from 26th June 2019, without compensation for loss of office* »).

b) Le 30 août 2019, l'assuré a sollicité auprès de la Caisse cantonale de chômage, Agence de [...] (ci-après : l'Agence) l'octroi d'indemnités de chômage dès le 2 septembre 2019.

Par décision du 9 octobre 2019, l'Agence a refusé de donner suite à la demande d'indemnisation de l'assuré pour la période du 2 septembre au 2 octobre 2019, considérant que du fait de son inscription au registre du commerce jusqu'au 2 octobre 2019, il bénéficiait toujours d'un pouvoir décisionnel au sein de la société.

Le 7 novembre 2019, l'assuré a formé opposition contre cette décision. Il a indiqué ne plus avoir eu aucun pouvoir décisionnel sur la société depuis son licenciement en juin 2019, malgré le fait que sa radiation n'ait finalement été inscrite au registre du commerce que le 2 octobre 2019. Il a également précisé n'avoir jamais été en mesure d'exercer un pouvoir décisionnel absolu sur la société, dès lors qu'il ne bénéficiait que de la signature collective à deux. Il a joint une attestation du 6 novembre 2019 de T._____, dont on extrait ce qui suit (sic) :

« Par la présente, je confirme que Q._____ a été notifié de son licenciement de son poste de Client Service Director au sein de B._____ SA le 26 juin 2019, avec un début de période de préavis commençant le 01 juillet 2019 et se terminant le 31 août 2019. Dès le 01 septembre 2019, Q._____ n'était donc nullement employé de ni par B._____ SA.

Dès la notification de la fin de son contrat de travail le 26 juin 2019, Q._____ a été libéré de son obligation de se rendre sur son lieu de travail et ce jusqu'à extinction des ses rapports contractuels avec B._____ SA le 31 août 2019. Par ailleurs, Q._____ était au bénéfice d'une signature collective à deux lors de son emploi et non pas en signature individuelle.

Dès lors, Q._____ n'a pu, d'aucune manière que ce soit, avoir de pouvoir décisionnel au sein de ladite société et ce dès le 26 juin 2019.

La radiation de Q._____ du registre du commerce de N._____ a pris un certain temps du fait d'une part de l'absence de signataires de l'actionnaire de B._____ SA et d'autre part d'un certain retard pris par le Registre du commerce de N._____ du fait de la période estivale. Aussi, le Registre du commerce avait égaré certains documents liés à la radiation de Q._____. Cependant, le rôle de Q._____ s'est éteint en faits le 26 juin 2019 et contractuellement le 31 août 2019 ».

Par courriel du 13 janvier 2020, l'assuré a été informé du fait que l'Agence l'avait mis au bénéfice d'un délai-cadre d'indemnisation dès le 3 octobre 2019 ; on lui a demandé s'il maintenait son opposition.

Le 17 janvier 2020, l'assuré a indiqué qu'il maintenait son opposition, qui n'était pas devenue sans objet, car il n'avait pas reçu d'indemnisation pour la période entre le 2 septembre et le 2 octobre 2019.

Par décision sur opposition du 24 janvier 2020, la Caisse cantonale de chômage, Division juridique (ci-après : la Caisse ou l'intimée) a rejeté l'opposition de l'assuré et a confirmé la décision de l'Agence du 9 octobre 2019.

B. Par acte du 24 février 2020, Q._____, représenté par Me Andres Perez, a recouru contre la décision sur opposition précitée auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, en concluant principalement à son annulation et à l'octroi d'indemnités de chômage à compter du 2 septembre 2019, subsidiairement au renvoi de la cause à l'intimée pour nouvelle décision. Sur le fond, il a réitéré ne plus avoir eu de pouvoir de décision sur la société depuis son licenciement.

Dans sa réponse du 30 juillet 2020, l'intimée a proposé le rejet du recours. Elle a relevé que le recourant, qui invoquait une lenteur administrative, n'avait pas été en mesure de prouver la date à laquelle la réquisition de radiation avait été demandée au registre du commerce. Elle s'étonnait en outre qu'aucun procès-verbal de l'assemblée générale n'ait été produit.

Répliquant le 2 septembre 2020, le recourant a confirmé ses conclusions. Il a produit les pièces suivantes :

- un courriel du 13 août 2020 de T._____, selon lequel l'assemblée générale de la société s'était tenue le 26 juin 2019 ;
- une copie de la réquisition de radiation signée le 11 septembre 2019 et reçue par le Registre du commerce de N._____ le 16 septembre 2019.

L'intimée ne s'est pas déterminée dans le délai imparti.

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 l'indemnité journalière de chômage pour la période du 2 septembre au 2 octobre 2019. Il s'agit plus particulièrement de déterminer s'il a occupé une position assimilable à celle d'un employeur durant cette période.

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 – 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. Selon cette disposition, n'ont pas droit à l'indemnité 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. 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_448/2018 du 30 septembre 2019 consid. 3).

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 celle d'un employeur, à décider à la fois 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 (TF 8C_448/2018 précité consid. 3).

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 (art. 716 à 716b CO) d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI. 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 145 V 200 consid. 4.2 ; ATF 122 V 270 consid. 3 ; TF 8C_171/2012 du 11 avril 2013 consid. 6.1 et les références).

c) 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, 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 un cas comme dans l'autre, il peut en principe prétendre au versement d'indemnités journalières de chômage (ATF 123 V 234 ; TF 8C_511/2014 du 19 août 2015 consid. 3.2 et les références).

Lorsque le salarié est membre d'un conseil d'administration ou 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). Autrement, en effet, la possibilité demeure que celui-ci réactive l'entreprise et se fasse réengager. En fait, il suffit qu'une continuité des activités soit possible pour que le droit doive être nié en raison d'un risque de contournement de la loi. Cependant, si malgré le maintien de l'inscription au registre du commerce, l'assuré prouve qu'il ne possède effectivement plus ce pouvoir, il n'y a pas détournement de la loi (TF 8C_1016/2012 du 19 août 2013 consid. 4.3 et les références). C'est le moment de la démission effective du conseil d'administration qui est déterminant s'agissant de l'effectivité de la sortie du cercle des personnes ayant une influence considérable sur la marche de l'entreprise et non, en cas de contradiction, la date de la radiation de l'inscription au registre du commerce ou celle de la publication dans la feuille officielle suisse du commerce (ATF 126 V 134 consid. 5b).

4. En l'espèce, l'intimée a considéré que le recourant avait conservé un pouvoir décisionnel dans la société jusqu'au 2 octobre 2019, date de sa radiation du registre du commerce. Il apparaît donc que l'intimée se réfère uniquement au critère de l'inscription du registre du commerce. Certes, les directives du Secrétariat d'Etat à l'économie (Bulletin LACI IC, chiffre B28) admettent que cette inscription est un indice important du fait que l'assuré continue à influencer la marche de l'entreprise de manière déterminante. Elles précisent toutefois que si les faits contredisent manifestement l'inscription au registre du commerce, la Caisse doit alors s'appuyer sur ceux-ci.

Le recourant a établi par pièce avoir été licencié le 26 juin 2019 avec effet au 31 août 2019 et avoir été libéré de son obligation de travailler durant le délai de congé. Il a également établi avoir formellement démissionné de ses fonctions au sein du conseil d'administration de la société le 26 juin 2019, date à laquelle l'assemblée générale de la société s'est tenue. Par ailleurs, T. _____, alors président du conseil d'administration de la société, a confirmé à l'intimée que le recourant n'avait plus de pouvoir décisionnel au sein de la société depuis le 26 juin 2019. Le recourant a en outre apporté la preuve que la société avait requis formellement la radiation de son inscription au registre du commerce le 11 septembre 2019, alors qu'il avait lui-même requis de la société qu'elle entreprenne les démarches auprès de cette autorité en vue de sa radiation le jour où il a été licencié, soit le 26 juin 2019. Il ne saurait être reproché au recourant, contrairement à ce que sous-entend l'intimée, de ne pas avoir requis personnellement sa radiation directement auprès du registre du commerce. A l'aune des éléments précités, il convient par conséquent de retenir la date du retrait définitif du conseil d'administration, soit le 26 juin 2019.

En outre, le fait que le recourant ait été au bénéfice d'un pouvoir de signature collective à deux est également un indice supplémentaire, sans qu'il soit à lui seul déterminant au vu des autres preuves au dossier, qu'il n'avait pas le pouvoir d'influencer la société.

Dans ces conditions, il y a lieu d'admettre que l'inscription du recourant au registre du commerce ne correspondait plus à la réalité depuis le 26 juin 2019 déjà, date de son licenciement, de la libération de son obligation de travailler durant le délai de congé, de l'assemblée générale et de sa démission de ses fonctions d'administrateur. Il ne participait plus depuis cette date à la formation de la volonté sociale. Ainsi, lorsqu'il a sollicité les indemnités de chômage dès le 2 septembre 2019, le recourant n'occupait plus une position assimilable à celle d'un employeur.

5. a) En définitive, le recours doit être admis et la décision sur opposition réformée en ce sens que le recourant a droit à des indemnités de l'assurance-chômage dès le 2 septembre 2019.

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

c) 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 admis.

II. La décision sur opposition rendue le 24 janvier 2020 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est réformée en ce sens que Q._____ a droit à des indemnités de chômage dès le 2 septembre 2019.

III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

IV. La Caisse cantonale de chômage, Division juridique, versera à Q._____ une indemnité 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 Andres Perez (pour Q._____),
- Caisse cantonale de chômage, Division juridique,
- 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 :