

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 2 décembre 2021

Composition : M. MÉTRAL, président
Mmes Berberat, juges, et Férolles, assesseure
Greffière : Mme Neurohr

Cause pendante entre :

H._____, à [...], recourant, représenté par Me Eric Muster, avocat à Lausanne,

et

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, DIVISION JURIDIQUE, à Lausanne, intimée.

Art. 31 al. 3 let. c LACI.

E n f a i t :

A. H._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant) a été inscrit au registre du commerce en qualité d'administrateur président de la société K._____ SA, avec signature individuelle, de la création de la société en 2001 au 10 juillet 2020, puis en qualité d'administrateur, toujours au bénéfice de la signature individuelle. Il a également été administrateur, avec signature individuelle, de la société C._____ SA depuis sa fondation, le 17 novembre 2003.

Le 5 janvier 2021, l'assuré s'est annoncé comme demandeur d'emploi auprès de l'Office régional de placement de [...] (ci-après : ORP). Il a sollicité l'octroi de prestations de l'assurance-chômage de la part de la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la Caisse ou l'intimée), dès le 1^{er} janvier 2021. Dans le formulaire de demande d'indemnité, il a fait valoir qu'il avait été licencié au 31 décembre 2020 par K._____ SA pour des « motifs économiques, article 725 CO ».

Par décision du 7 janvier 2021, la Caisse a refusé de donner suite à la demande d'indemnisation présentée par l'assuré, au motif qu'il était toujours inscrit au registre du commerce en qualité d'administrateur de K._____ SA avec signature individuelle et qu'il en détenait l'entier du capital-actions. Il disposait donc toujours d'un pouvoir décisionnel dans l'entreprise et n'avait dès lors pas le droit de bénéficier des prestations de l'assurance-chômage dès le 1^{er} janvier 2021.

Par courrier du 18 janvier 2021, l'assuré a formé opposition contre cette décision. Il a exposé que la société K._____ SA avait définitivement cessé ses activités au 31 décembre 2020, qu'elle avait déposé un avis de surendettement au juge conformément à l'art. 725 al. 1 CO (Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse ; Livre cinquième : Droit des obligations ; RS 220) et qu'une audience devant le Président du Tribunal d'arrondissement de [...] était agendée au 15 février 2021. Lors de cette audience, le juge déclarerait la faillite ou l'ajournerait en vue d'un assainissement ou d'un concordat extra-judiciaire. Une reprise

de l'activité était exclue. L'assuré estimait n'avoir plus aucune influence sur les activités et la gestion de la société depuis son licenciement, la procédure de surendettement ne lui permettant plus de prendre des décisions pour le compte de la société en dépit de son statut d'administrateur.

Par décision sur opposition du 16 février 2021, adressée le 1^{er} mars 2021, la Caisse a rejeté l'opposition et maintenu le refus de prester. Elle a considéré que l'assuré était toujours inscrit au registre du commerce pour le compte de K._____ SA et qu'il détenait la qualité d'organe de cette société, qui n'était au demeurant pas encore en liquidation. Il conservait ainsi une influence décisive sur cette société.

Le 25 février 2021, l'assuré a adressé à la Caisse une copie de la décision rendue le 15 février précédent par le Président du Tribunal d'arrondissement de [...] dans laquelle il ordonnait un sursis concordataire, désignait la Fiduciaire [...] en qualité de commissaire provisoire au sursis, subordonnait la validité de toutes les décisions de la société à l'approbation formelle et préalable du commissaire et renonçait à rendre public le sursis provisoire. L'assuré a fait valoir qu'il ne pouvait désormais plus exercer d'influence ou prendre des décisions pour la société K._____ SA en sa qualité d'actionnaire et d'administrateur. Il a sollicité qu'une nouvelle décision soit rendue s'agissant de son droit à l'indemnité de chômage.

Le 12 mars 2021, la Caisse a fait savoir à l'assuré que l'extrait du registre du commerce consulté le jour même le désignait toujours comme seul administrateur de la société, avec signature individuelle, sans mentionner de commissaire. Elle ne pouvait donc pas donner suite à sa requête.

B. Par acte du 1^{er} avril 2021 (date du timbre postal), H._____ a interjeté un recours devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal à l'encontre de la décision sur opposition du 16 février 2021, concluant en substance à son annulation et à ce qu'il soit mis au bénéfice

d'indemnités journalières de chômage à compter du 1^{er} janvier 2021, subsidiairement à compter du 15 février 2021. Le recourant a réitéré ses arguments, ajoutant qu'il était erroné de retenir qu'il disposait d'un pouvoir de décision au sein de K._____ SA au motif que l'extrait du registre du commerce ne mentionnait pas la présence du commissaire, dès lors que l'autorité avait expressément renoncé à rendre public le sursis concordataire.

Le 11 mai 2021, le recourant a transmis à la Cour de céans le procès-verbal de l'assemblée extraordinaire de K._____ SA qui s'était tenue le 6 mai 2021, faisant état de la démission du recourant de son poste d'administrateur et de la nomination de P._____ en cette qualité, avec signature individuelle. Le recourant a encore communiqué une copie de la réquisition du même jour adressée au registre du commerce pour demander sa radiation en qualité d'administrateur.

Par réponse du 25 mai 2021, l'intimée a conclu au rejet du recours. Elle a relevé que le droit de signature du recourant auprès de K._____ SA avait été radié le 11 mai 2021 mais qu'il demeurait administrateur de la société C._____ SA. Dans la mesure où la décision litigieuse datait du 16 février 2021, l'intimée ne pouvait prendre en considération un fait survenu postérieurement à cette date.

Le recourant s'est encore déterminé les 31 mai et 14 octobre 2021. Dans cette dernière écriture, il a, sous la plume de son conseil, informé la Cour de céans que son droit au chômage avait été reconnu par l'intimée à partir du 27 mai 2021, de sorte que la période qui demeurait litigieuse s'étendait du 1^{er} janvier au 26 mai 2021.

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.

2. a) En procédure juridictionnelle administrative, ne peuvent être examinés et jugés que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée préalablement d'une manière qui la lie, sous la forme d'une décision. La décision détermine ainsi l'objet de la contestation qui peut être déféré en justice par voie de recours. Si aucune décision n'a été rendue, la contestation n'a pas d'objet et un jugement sur le fond ne peut pas être prononcé. Dans le même sens, les conclusions qui vont au-delà de l'objet de la contestation, tel que défini par la décision litigieuse, sont en principe irrecevables (ATF 144 II 359 consid. 4.3; 142 I 155 consid. 4.4.2 ; 134 V 418 consid. 5.2.1).

b) Le juge apprécie la légalité des décisions attaquées d'après l'état de fait existant au moment où la décision litigieuse a été rendue. Les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits, étant précisé que le juge n'a pas à prendre en considération les modifications du droit ou de l'état de fait postérieures à la date déterminante de la décision litigieuse (ATF 144 V 210 consid. 4.3.1).

c) Le litige porte sur le droit du recourant à des indemnités journalières de chômage pour la période courant dès le 1^{er} janvier 2021. Il

s'agit plus particulièrement de déterminer si le recourant subissait une perte de travail à prendre en considération. Dans ce contexte, on précisera que la Cour de céans tiendra compte des faits tels qu'ils se sont déroulés jusqu'à la date de la décision sur opposition litigieuse, à savoir jusqu'au 16 février 2021. L'évolution des faits postérieure à cette date n'est pas comprise dans l'objet du présent litige.

3. a) 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 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. 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).

b) 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).

La jurisprudence est toutefois stricte. Elle exclut de considérer qu'un assuré a définitivement quitté son ancienne entreprise en raison de la fermeture de celle-ci tant qu'elle n'est pas entrée en liquidation (TF 8C_511/2014 du 19 août 2015 consid. 5.1 ; TF 8C_172/2013 du 23 janvier 2014 consid. 3.2), voire, selon les circonstances, pendant la durée de la procédure de liquidation. Parmi les circonstances dans lesquelles il faut exclure qu'un assuré a quitté définitivement son ancienne entreprise même pendant la durée de la procédure de liquidation de la société, il y a lieu de mentionner le cas de l'assuré qui exerce la fonction de liquidateur (TF 8C_738/2015 du 14 septembre 2016 consid. 3.1), celui qui est titulaire d'une large part du capital social et dont le conjoint est inscrit au registre du commerce (TF C 180/06 du 16 avril 2007 consid. 3.4) et celui du conjoint d'une associée-gérante d'une Sàrl qui a cessé d'exploiter l'entreprise mais qui n'est pas inscrite « en liquidation » au registre du commerce (TF 8C_492/2008 du 21 janvier 2009 consid. 3). En revanche, en cas de suspension de la faillite faute d'actifs, il ne reste la plupart du temps plus rien à liquider, partant, il n'y a aucun risque d'abus. Une reprise d'une activité de la société et le réengagement de l'intéressé peuvent alors être exclus. C'est pourquoi le fait d'avoir occupé durablement une position assimilable à celle d'un employeur ne constitue pas un motif valable pour dénier à l'assuré concerné le droit à l'indemnité de chômage (TF 8C_511/2014 du 19 août 2015 consid. 5.1 ; TF 8C_481/2010 du 15 février 2011 consid. 3.2). La situation est différente pour le débiteur en sursis concordataire, dès lors que celui-ci ne perd pas son pouvoir de décision sur les biens de son entreprise, le pouvoir en question étant seulement restreint en raison de la surveillance du commissaire au sursis. Le sursis concordataire laisse en effet une possibilité de réactiver l'entreprise, ce qui justifie la négation du droit à l'indemnité de chômage (Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Zurich 2014, n° 31 ad art. 10 LACI ; DTA 2004 p. 193 ; Bulletin LACI IC, janvier 2021, B 26).

c) 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 soit nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'ils exercent au sein de la société (ATF 145 V 200 consid. 4.2 ; 122 V 270 consid. 3 ; TF 8C_171/2012 du 11 avril 2013 consid. 6.1 et les références citées).

Lorsque le salarié - ou son conjoint - 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'occurrence, durant toute la période litigieuse du 1^{er} janvier au 16 février 2021, bien que le recourant ait été licencié par la société K._____ SA en sa qualité d'employé, avec effet au 31 décembre 2020, il demeurerait actionnaire unique et administrateur de cette société, au

bénéfice de la signature individuelle. Conformément à la jurisprudence citée ci-avant (cf. consid. 3b et 3c), en sa qualité de membre du conseil d'administration d'une société anonyme, il occupait une position assimilable à celle d'un employeur, y compris après la décision du Président du Tribunal d'arrondissement de [...] accordant un sursis concordataire, désignant un commissaire au sursis et limitant son pouvoir décisionnel. Le recourant disposait en effet encore d'un pouvoir sur les biens de son entreprise, certes restreint en raison de la surveillance du commissaire au sursis, mais suffisant pour décider d'une reprise d'activité de la société. S'il est vrai que le recourant a par la suite effectivement démissionné de ses fonctions d'administrateur de K._____ SA, lors de l'assemblée générale extraordinaire du 6 mai 2021, comme de C._____ SA quelques semaines plus tard, cette démission est intervenue postérieurement à la décision sur opposition litigieuse et ne peut être prise en considération dans le présent arrêt.

En définitive, c'est à bon droit que l'intimée a nié au recourant le droit à l'indemnité de chômage lors de son inscription en qualité de demandeur d'emploi, au motif qu'il occupait une position assimilable à celle d'un employeur.

5. a) Vu ce qui précède, le recours doit être rejeté et la décision sur opposition litigieuse confirmée.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. f bis LPGA), ni d'allouer de dépens à la partie recourante, qui n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
prononce :**

- I.** Le recours est rejeté.

- II.** La décision sur opposition rendue le 16 février 2021 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est confirmée.

- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens.

Le président :

La greffière :

Du

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

- Me Eric Muster (pour H. _____),
- 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 :