

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 30 août 2022

---

Composition : M. NEU, juge unique  
Greffier : M. Favez

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

**K.** \_\_\_\_\_, à [...], recourant,

et

**CAISSE DE CHÔMAGE F.** \_\_\_\_\_, à [...], intimée.

---

**Art. 31 al. 3 let. c LACI**

**E n f a i t :**

**A.** K.\_\_\_\_\_ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en 198[...], domicilié à [...] (VD), était inscrit depuis le 16 décembre 2018 en qualité de membre du conseil de fondation de Fondation S.\_\_\_\_\_, à M.\_\_\_\_\_, avec signature individuelle. Au bénéfice d'un contrat de travail dès le 1<sup>er</sup> février 2020, il a œuvré pour cette fondation comme directeur. Le salaire contractuel était de 7'xxx fr. par mois (ch. 2 du contrat de travail du 15 janvier 2020).

Le 30 octobre 2020, Fondation S.\_\_\_\_\_ a mis fin aux rapports de travail avec K.\_\_\_\_\_ avec effet au 31 janvier 2021.

Selon le certificat de salaire annuel pour l'année 2020 destiné à l'autorité fiscale, K.\_\_\_\_\_ a perçu un salaire annuel brut de 95'xxx francs.

Le 3 janvier 2022, K.\_\_\_\_\_ s'est inscrit à l'Office régional de placement [...] (ci-après : l'ORP) en tant que demandeur d'emploi et a sollicité l'octroi d'indemnités de chômage dès cette date auprès de la Caisse de chômage F.\_\_\_\_\_ (ci-après : la Caisse ou l'intimée).

Par décision du 20 janvier 2022, la Caisse a nié le droit de K.\_\_\_\_\_ à l'indemnité de chômage, considérant que celui-ci, en tant que membre du conseil de fondation avec signature individuelle de Fondation S.\_\_\_\_\_, conservait un pouvoir décisionnel au sein de la fondation.

K.\_\_\_\_\_ s'est opposé à cette décision en date du 27 janvier 2022. Il a fait valoir que la décision de mettre fin à son contrat de travail avait été prise par l'ensemble du conseil de fondation et qu'il n'avait pas le pouvoir de s'y opposer en tant que personne individuelle. Il a décidé de rester membre du conseil et indiqué que cette fonction l'occupait quelques heures par mois.

Par courrier du 27 janvier 2022 adressé à Fondation S.\_\_\_\_\_, K.\_\_\_\_\_ a présenté sa démission du conseil de fondation avec effet immédiat. Par un second courrier du même jour, il a adressé à la fondation un formulaire pour les mutations au registre du commerce, demandant sa radiation. L'Office du registre du commerce du Canton de M.\_\_\_\_\_ a procédé à la radiation le 8 février 2022.

Par décision sur opposition du 14 mars 2022, la Caisse a rejeté l'opposition de K.\_\_\_\_\_ en tant qu'elle portait sur la période allant jusqu'au 27 janvier 2022 et renvoyé la cause à son agence pour examiner les conditions du droit à l'indemnité de chômage dès le 28 février 2022. Sur la base des éléments au dossier, elle a retenu qu'en dépit de la résiliation des rapports de travail, l'assuré demeurait inscrit au Registre du commerce en qualité de membre du conseil de fondation, qu'il avait effectivement œuvré en cette qualité à raison de quelques heures par mois après son licenciement, et qu'il n'avait déposé une demande de radiation du registre du commerce que le 27 janvier 2022. Elle en a déduit que l'intéressé occupait toujours une position assimilable à celle d'un employeur au sein de la fondation du 3 au 27 janvier 2022, quand bien même il n'exerçait plus la fonction de directeur. Dans ces conditions, le droit de K.\_\_\_\_\_ à l'indemnité de chômage devait être nié pour la période allant du 3 au 27 janvier 2022.

**B.**           **a)** Par acte du 24 mars 2022, K.\_\_\_\_\_ a recouru contre la décision sur opposition du 14 mars 2022, concluant à sa réforme et à l'octroi de l'indemnité de chômage dès le 3 janvier 2022. En substance, il nie le risque d'abus dans l'octroi des prestations de chômage.

**b)** Dans sa réponse du 19 mai 2022, la Caisse a conclu au rejet du recourt, se référant aux motifs de la décision sur opposition attaquée.

### **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 manifestement inférieure à 30'000 fr. (indemnité de chômage pour la seule période du 3 au 27 janvier 2022, cf. consid. 2b ci-dessous ; voir aussi le ch. 2 du contrat de travail du 15 janvier 2020 et le certificat de salaire annuel pour l'année 2020 destiné à l'autorité fiscale), la cause est de la compétence du juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD)

**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 litige a pour objet le droit du recourant à l'indemnité de chômage du 3 au 27 janvier 2022, plus particulièrement la question de savoir s'il occupait durant cette période une position assimilable à celle d'un employeur au sein de Fondation S.\_\_\_\_\_. En revanche, la période débutant le 28 janvier 2022 n'est pas litigieuse dans la mesure où l'intimée a renvoyé le dossier à son agence pour qu'elle examine les autres conditions du droit à l'indemnité de chômage dès cette date (ch. III du dispositif de la décision attaquée).

**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\_384/2020 du 22 décembre 2020 consid. 3.1 ; 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\_587/2012 du

19 septembre 2012 consid. 3.2 ; également BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 21 ad art. 10 LACI).

**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 soit nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'ils exercent au sein de la société. 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 (ATF 145 V 200 consid. 4.2 ; 122 V 270 consid. 3 ; TF 8C\_34/2021 du 8 juillet 2021 consid. 3.3 ; 8C\_811/2019 du 12 novembre 2020 consid. 3.1.3 ; 8C\_433/2019 du 20 décembre 2019 consid. 4.2 ; 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). La radiation de l'inscription permet d'admettre sans équivoque que l'assuré a quitté la société. Autrement, en effet, la possibilité demeure que celui-ci réactive l'entreprise et se fasse réengager (TF 8C\_738/2015 du 14 septembre 2016 consid. 3.2 ; 8C\_1016/2012 du 19 août 2013 consid. 4.3 ; 8C\_134/2007 du 25 février 2008 consid. 1 ; C 247/06 du 27 décembre 2007 consid. 2 ; C 157/06 du 22 janvier 2007 consid. 2 ; TFA C 17/06 du 1<sup>er</sup> mars 2007 consid. 3 ; C 353/05 du 4 octobre 2006 consid. 2 ; C 175/04 du 29 novembre 2005 consid. 3.2 ; DTA 2002 p. 185 consid. 2b et c [TFA C 373/00 du 19 mars 2002]). 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.

**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 ; 8C\_1016/2012 précité consid. 4.3 ; 8C\_481/2010 du 15 février 2011 consid. 4.2).

**d)** Ces principes, énoncés pour les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée, s'appliquent *mutatis mutandis* à la fondation au sens des art. 80 ss CC pour laquelle les mêmes risques existent (décider d'un licenciement et d'un réengagement ; fixer le salaire déterminant pour le gain assuré). Le Code civil ne règle ni la composition, ni le mode de fonctionnement de l'organe supérieur de la fondation, appelé communément « conseil de fondation » (HAROLD GRÜNINGER, Basler Kommentar ZGB I, 6<sup>e</sup> éd., 2018, n. 4 ad art. 83 CC ; PARISIMA VEZ, Commentaire romand CC I, 2010, n. 6 ad art. 83 CC). Il convient de préciser que le rapport contractuel entre la fondation et un membre de son conseil relève du mandat ou du contrat de travail, en fonction des circonstances du cas concret. Quelle que soit la qualification du contrat, le membre du conseil de fondation est en principe tenu d'exécuter personnellement ses attributions (cf. art. 321 et 398 al. 3 CO ; GRÜNINGER, op. cit., n. 5a ad art. 83 CC ; VEZ, op. cit., n. 9 ad art. 83 CC). L'art. 95 al. 1 let. i et j ORC précise que l'inscription au registre du commerce d'une fondation mentionne tous les membres de l'organe suprême et les personnes habilitées à représenter la fondation.

**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 144 V 427 consid. 3.2 ; 139 V 176 consid. 5.3 et les références citées).

**5.** En l'espèce, la fondation a résilié le contrat de travail de directeur du recourant le 30 octobre 2020 avec effet au 31 janvier 2021. Le recourant est cependant demeuré inscrit au registre du commerce en qualité de membre du conseil de fondation de Fondation S. \_\_\_\_\_ avec signature individuelle. Il exerçait toujours son mandat le 3 janvier 2022, date à laquelle il a sollicité l'octroi de l'indemnité de chômage auprès de l'ORP. Il disposait en conséquence d'un pouvoir déterminant sur les décisions de son ancien employeur aussi longtemps qu'il demeurait inscrit en cette qualité et qu'il bénéficiait d'une signature individuelle.

De plus, le recourant admet avoir effectivement exercé ses prérogatives au sein du conseil de fondation pour lequel il a œuvré, selon ses propres déclarations, à raison de quelques heures par mois.

Du seul fait de l'inscription au Registre du commerce comme membre du conseil de fondation avec signature individuelle, le recourant disposait d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI et pouvait se voir nier le droit à l'indemnité de chômage sans qu'il ait été nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'il exerçait au sein de la fondation, les relations entre les décideurs, les majorités au sein du conseil ou les risques d'un éventuel abus (cf. consid. 3b supra).

Cette situation a prévalu en tous les cas jusqu'au 27 janvier 2022, date à laquelle le recourant a démissionné et adressé à son employeur le formulaire *ad hoc* en vue de sa radiation du registre du commerce, résiliant de fait le mandat qui le liait à la fondation. Dès le 28 janvier 2022, on peut ainsi estimer que le recourant n'exerçait plus de pouvoir déterminant sur les décisions de son ancien employeur dès lors qu'il n'existe aucun indice que le mandat au conseil de fondation ne pouvait pas être révoqué en tout temps (cf. art. 404 al. 1 CO) et que Fondation S.\_\_\_\_\_ a procédé à la radiation de l'intéressé avec célérité.

**6. a)** En définitive, le recours, mal fondé, doit être rejeté, ce qui entraîne la confirmation de la décision sur opposition litigieuse.

**b)** Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. f<sup>bis</sup> LPGA), ni d'allouer de dépens au recourant, qui n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA).

**Par ces motifs,  
le juge unique  
prononce :**

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision sur opposition rendue le 14 mars 2022 par la Caisse de chômage F.\_\_\_\_\_ est confirmée.
- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens.

Le juge unique :

Le greffier :

**Du**

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

- K. \_\_\_\_\_ (recourant),
- Caisse de chômage F. \_\_\_\_\_ (intimée),
- 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).

Le greffier :