

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 20 février 2023

Composition : Mme RÖTHENBACHER, juge unique
Greffière : Mme Vulliamy

Cause pendante entre :

M. _____, à [...], recourant, représenté par M. Julien Greub, agent d'affaires breveté à Lausanne,

et

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

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

E n f a i t :

A. M. _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant) a travaillé depuis 1995 auprès de R. _____, puis en est devenu le responsable opérations et achats dès le 1^{er} janvier 2017 (après son rachat par le Groupe Z. _____) et le directeur dès le 1^{er} janvier 2021.

Depuis le 15 février 2017, l'assuré a été inscrit au Registre du commerce d'abord avec procuration collective à deux, puis avec signature collective à deux avec en plus la qualité de directeur du 19 mars 2019 au 24 janvier 2022.

Par courrier du 11 octobre 2021, l'assuré a résilié de façon immédiate son contrat de travail pour le 15 octobre 2021, renonçant à son préavis contractuel.

Le 20 octobre 2021, l'assuré s'est inscrit à l'Office régional de placement de [...] et a, par demande d'indemnité de chômage signée le 1^{er} novembre 2021, sollicité l'octroi d'indemnités de chômage auprès de la Caisse cantonale de chômage, Agence de [...] (ci-après : l'Agence), dès cette date. Il y a précisé ne pas être actionnaire de son ancien employeur.

Par courrier du 5 novembre 2021, l'Agence a demandé à l'assuré de produire, dans un délai de dix jours, un certain nombre de documents, dont notamment la décision de l'Assemblée générale avec la demande de radiation au Registre du commerce.

Par courriel du 8 novembre 2021, l'assuré a informé son ancien employeur qu'il lui manquait certains des documents demandés par l'Agence et qu'il avait dix jours pour les transmettre.

Par courrier du 12 novembre 2021 adressé à l'Agence, l'assuré a transmis certains des documents demandés par courrier du 5 novembre 2021 et a expliqué que la demande relative à la radiation de sa signature

au Registre du commerce avait été faite à son ancien employeur et qu'il était en attente de son retour.

Par courriels des 12 novembre et 6 décembre 2021 adressés respectivement au responsable RH de R._____, puis au CEO et à la directrice des ressources humaines du Groupe Z._____, l'assuré a demandé de recevoir les documents encore manquants, dont notamment une copie de la radiation de sa signature au Registre du commerce.

Par courriel du 28 décembre 2021, l'Agence a imparti un délai de dix jours à l'assuré pour produire une copie de la décision de l'Assemblée générale avec la demande de radiation au Registre du commerce.

Par courriels du 30 décembre 2021, l'assuré a demandé aux responsables du Groupe Z._____ de recevoir la demande de radiation de sa signature au Registre du commerce d'ici au 5 janvier 2022 et a ensuite informé l'Agence qu'il n'était pas possible d'obtenir ce document avant le retour de vacances de l'entreprise, soit à partir du 10 janvier 2022.

Après avoir informé l'Agence par courriel du 10 janvier 2022 qu'il n'avait pas encore pu transmettre à l'assuré le document relatif à la radiation de sa signature au Registre du commerce au vu d'une surcharge de travail administratif en fin d'année, l'ancien employeur de ce dernier a transmis à l'Agence, par courriel du 13 janvier 2022, la réquisition de radiation de la signature de l'assuré datée du 12 janvier 2022.

Par décision du 26 janvier 2022, l'Agence a refusé de donner suite à la demande d'indemnisation de l'assuré pour la période du 20 octobre 2021 au 11 janvier 2022, considérant que du fait de son inscription au Registre du commerce jusqu'au 12 janvier 2022, il bénéficiait toujours d'un pouvoir décisionnel au sein de la société.

L'assuré a été engagé dès le 1^{er} février 2022 par [...] en qualité de conducteur de travaux et assistant de direction.

Par décision du 8 février 2022, l'Agence a suspendu l'assuré dans son droit à l'indemnité de chômage pendant trente-deux jours à compter du 12 janvier 2022, au motif qu'il portait une responsabilité dans la perte de son travail et qu'il avait de plus démissionné en ne respectant pas le délai de congé légal ou contractuel. Cette décision n'a pas été contestée.

Le 21 février 2022, l'assuré a, par l'intermédiaire de son représentant, formé opposition contre la décision rendue le 26 janvier 2022. Il a indiqué que c'était à cause des tergiversations de son ancien employeur que la déclaration de radiation auprès du Registre du commerce n'avait été établie que le 12 janvier 2022. Il a joint une attestation du 4 février 2022 de R. _____ selon laquelle il n'avait jamais été actionnaire de cette société, qu'il ne jouissait plus d'aucun pouvoir décisionnel à compter du 15 octobre 2021 et que la radiation n'avait été adressée que le 12 janvier 2022 en raison d'un retard administratif interne à la société.

Par décision sur opposition du 12 mai 2022, 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 26 janvier 2022. Dans sa motivation, elle a considéré que l'assuré aurait dû essayer de contacter le Registre du commerce afin de se renseigner sur les démarches nécessaires pour la radiation de son inscription et qu'il avait accepté, pendant la période d'octobre 2021 à janvier 2022, de porter officiellement un rôle de représentation de son ancien employeur, notamment sur LinkedIn. Selon elle, il y avait lieu d'appliquer la jurisprudence relative aux personnes occupant une fonction dirigeante même si la fonction de l'assuré ne ressortait pas directement de la loi.

B. Par acte du 10 juin 2022, M. _____, sous la plume de son mandataire, a recouru contre cette décision auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant implicitement à son annulation et explicitement à ce que le droit à l'indemnité chômage lui soit

octroyé pour la période du 15 octobre 2021 au 31 janvier 2022, le dossier étant renvoyé à la Caisse pour la fixation du montant de l'indemnité, subsidiairement que l'indemnité journalière soit fixée au montant du plafond de 387 fr. 10. Il a également conclu à ce que le montant de l'indemnité lui soit versé immédiatement augmenté d'un intérêt moratoire fixé à 5 % l'an selon l'échéance moyenne. Il a fait valoir, d'une part, qu'il n'avait accepté aucun rôle de représentation de son ancien employeur, notamment au vu des nombreuses relances orales et écrites pour obtenir la radiation de sa signature au Registre du commerce et, d'autre part, que le retard dans la demande de radiation au Registre du commerce était du fait de ce dernier et qu'elle aurait dû intervenir le 15 octobre 2021. Il a également expliqué qu'il était établi qu'il n'avait jamais été actionnaire de son ancien employeur et que si les faits contredisaient manifestement l'inscription au Registre du commerce, la Caisse devait alors s'écarter de la simple inscription.

Dans sa réponse du 4 août 2022, l'intimée a maintenu sa position et proposé le rejet du recours sans suite de frais et dépens.

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 dès le 20 octobre 2021, soit dès la date où il en a demandé l'octroi (cf. demande signée le 1^{er} novembre 2021) et non dès le 15 octobre 2021 comme mentionné dans les conclusions. Il s'agit plus particulièrement de déterminer s'il a occupé une position assimilable à celle d'un employeur au sein de l'entreprise R._____.

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 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).

La jurisprudence en cause a pour but d'écarter un risque d'abus consistant notamment, de la part de la personne 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. Le risque d'abus suffit à ce que le droit à l'indemnité soit nié d'emblée ; il n'est pas nécessaire que l'abus soit avéré (TF 8C_384/2020 précité consid. 3.1 et TF 8C_811/2019 du 12 novembre 2020 consid. 3.1.1).

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 [code des obligations du 30 mars 1911 ; RS 220]) 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_384/2020 consid. 3.1 et 8C_811/2019 consid. 3.1.3 précités et les références).

c) La situation est en revanche différente quand la personne salariée 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 la personne assurée, 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_384/2020 consid. 3.1 et 8C_811/2019 consid. 3.1.2 précités).

Lorsque la personne salariée 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 celle-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, la personne assurée prouve qu'elle ne possède effectivement plus ce pouvoir, il n'y a pas détournement de la loi. 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 ; TF 8C_102/2018 du 21 mars 2018 consid. 6.3 ; TF 8C_1016/2012 du 19 août 2013 consid. 4.3 et les références).

4. a) Dans le domaine des assurances sociales, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par l'assureur, qui prend les mesures d'instruction nécessaires et recueille les renseignements dont il a besoin (art. 43 al. 1 LPGA). Le devoir d'instruction s'étend jusqu'à ce que les faits nécessaires à l'examen des prétentions en cause soient suffisamment élucidés (TF 9C_88/2013 du 4 septembre 2013 consid. 4.1.2 ; 9C_414/2014 du 31 juillet 2014 consid. 3.1.3). Si elle estime que l'état de fait déterminant n'est pas suffisamment établi, ou qu'il existe des doutes sérieux quant à la valeur probante des éléments recueillis, l'administration doit mettre en œuvre les mesures nécessaires au complément de l'instruction (ATF 132 V 93 consid. 6.4 ; TF U 316/06 du 6 juillet 2007 consid. 3.1.1).

b) 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, l'intimée a considéré que le recourant avait conservé un pouvoir décisionnel dans la société jusqu'au 12 janvier 2022, date de la réquisition de radiation de sa signature au Registre du commerce. Ainsi, elle se réfère uniquement au critère de l'inscription au Registre du commerce alors que la jurisprudence, comme d'ailleurs 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, mais que si l'instruction démontre qu'elle ne correspond plus à la réalité, il faut prendre en considération la perte de travail.

Le recourant a établi par pièce avoir résilié son contrat de travail avec effet au 15 octobre 2021. Il a également établi avoir demandé à plusieurs reprises à son ancien employeur une copie de la radiation de sa signature au Registre du commerce (cf. courriels des 8 et 12 novembre, 6 et 30 décembre 2021). Par ailleurs, R. _____ a attesté que le recourant n'avait jamais été actionnaire de la société, comme l'avait d'ailleurs déclaré le recourant lui-même dans sa demande d'indemnités de chômage, qu'il ne jouissait plus d'aucun pouvoir décisionnel depuis le 15 octobre 2021 et que le retard dans la demande de radiation de sa signature était due à un retard administratif interne à la société. Il a précisé que la radiation aurait dû être effective le 15 octobre 2021 et non le 12 janvier 2022. Aussi, le fait que la radiation du Registre du commerce soit intervenue bien plus tard découle d'un manquement de l'employeur qui ne peut être reproché au recourant. De plus, il ne saurait aussi lui être

reproché, contrairement à ce que sous-entend l'intimée, de ne pas avoir requis personnellement sa radiation directement auprès du Registre du commerce. En outre, il faut relever que le recourant ne disposait que d'une signature collective à deux de sorte qu'il ne lui était pas possible d'influer seul sur le processus de décision de l'entreprise. Enfin, l'argument de l'intimée selon lequel le recourant aurait accepté un rôle de représentation après sa démission n'est corroboré par aucune pièce du dossier et ne saurait être suivi. A l'aune des éléments précités, il faut admettre que l'inscription du recourant au Registre du commerce ne correspondait plus à la réalité depuis le 15 octobre 2021 déjà, date de la fin de ses rapports de travail. Ainsi, lorsqu'il a sollicité les indemnités de chômage dès le 20 octobre 2021, le recourant n'occupait plus une position assimilable à celle d'un employeur.

6. a) Au vu de ce qui précède, le recours doit être admis et la décision entreprise annulée, le dossier étant renvoyé à l'intimée afin qu'elle examine si les autres conditions dont dépend le droit à l'indemnité de chômage sont réalisées. En effet, c'est à elle qu'il appartient au premier chef d'instruire, conformément au principe inquisitoire, selon l'art. 43 al. 1 LPGA (consid. 4a *supra*).

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. ^fbis 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 2'000 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 intégralement 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 12 mai 2022 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est annulée, la cause lui étant renvoyée pour instruction complémentaire dans le sens des considérants.
- III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires.
- IV. La Caisse cantonale de chômage, Division juridique, versera à M._____ une indemnité de 2'000 fr. (deux mille francs) à titre de dépens.

La juge unique :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- M. Julien Greub (pour M._____),
- 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 :