

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 22 novembre 2022

Composition : Mme PASCHE, présidente
MM. Neu et Piguet, juges
Greffière : Mme Jeanneret

Cause pendante entre :

U. _____ **SA**, à [...], recourante,

et

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, PÔLE JURIDIQUE ET QUALITÉ, à
Lausanne, intimée.

Art. 25 al. 1, 53 al. 2 LPGA ; 31 al. 1, 31 al. 3 let. c ; 95 al. 1 LACI

E n f a i t :

A. U._____ SA (ci-après : la Société ou la recourante), inscrite au registre du commerce le 14 juillet 2003, a pour but statutaire l'exploitation d'établissements publics, principalement dans le domaine de la restauration, la gestion, le management, les conseils en entreprise, ainsi que l'organisation d'événements publics ou privés. Son capital-actions de 100'000 fr., entièrement libéré, est formé de 200 actions nominatives de 500 fr. avec restrictions quant à la transmission. Depuis la création de la Société, B.C._____ et A.C._____ en sont respectivement l'administratrice présidente et l'administrateur secrétaire, chacun avec signature individuelle. La société exploite le [...], à [...].

Le 1^{er} avril 2020, la Société a déposé une première demande d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (RHT), en lien avec la pandémie de Covid-19, en déclarant avoir deux employés salariés, Q._____ et C.C._____. Des indemnités RHT lui ont été octroyées par la Caisse cantonale de chômage, Secteur prestations (ci-après : la Caisse), dès le 20 mars 2020, sur préavis favorable du Service de l'emploi, Instance juridique chômage. La Société a par la suite régulièrement renouvelé ses demandes d'indemnisation pour les salaires de Q._____ et C.C._____, en lien avec les restrictions touchant le domaine de la restauration en raison de la situation sanitaire.

Le 9 avril 2021, Q._____ et C.C._____ ont été inscrits au registre du commerce en tant qu'administrateurs de la Société avec signature collective à deux.

Par décision du 16 avril 2021, le Service de l'emploi a autorisé la Caisse à verser l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail à la Société, pour autant que les autres conditions du droit soient remplies, pour la période du 20 avril au 19 octobre 2021.

Dans un courriel du 17 novembre 2021, sur le constat que Q._____ et C.C._____ faisaient partie du conseil d'administration de la

Société, la Caisse a informé A.C._____ du fait que les membres du conseil d'administration étaient considérés comme des fonctions dirigeantes n'ayant pas le droit à l'indemnité RHT. Avisant qu'une décision de restitution serait prochainement rendue, elle a requis la production des pièces permettant de déterminer quand avait eu lieu l'élection des deux nouveaux administrateurs et a ainsi obtenu le procès-verbal de l'assemblée extraordinaire des actionnaires du 1^{er} avril 2021, durant laquelle Q._____ et C.C._____ ont été élus en qualité d'administrateurs de la société.

L'inscription de Q._____ et C.C._____ en tant qu'administrateurs de la Société a été radiée le 30 novembre 2021.

Par décision du 6 décembre 2021, la Caisse a décidé que les heures perdues pour cause de réduction de l'horaire de travail de Q._____ et C.C._____ n'étaient pas indemnisables dès la période d'avril 2021, l'inscription de ces deux personnes au registre du commerce en qualité d'administrateurs de la société depuis le 1^{er} avril 2021 excluant le droit aux indemnités. Dans une décision séparée du même jour, la Caisse a demandé la restitution de la somme de 13'775 fr. 75, correspondant aux indemnités RHT versées à tort pour les périodes d'avril à septembre 2021.

B.C._____, agissant pour la Société, a déclaré s'opposer à la décision de restitution précitée le 22 décembre 2021. Elle a expliqué que les deux employés avaient été inscrits au registre du commerce à la demande de l'établissement bancaire, l'objectif étant de leur donner « une certaine indépendance sur leur place de travail » dès lors qu'elle-même, propriétaire de l'entreprise, avait pris sa retraite depuis quatre ans et vivait « de plus en plus » dans sa résidence en montagne. Cependant, elle n'avait pas mesuré à l'époque les conséquences que cela entraînerait s'agissant de l'octroi de l'indemnité RHT. La restitution réclamée risquait de mettre à mal l'existence de la Société, qui avait pourtant toujours agi dans les règles. Une réduction du personnel n'entraînait pas en ligne de compte, car déjà limité à deux personnes. Il s'agissait de ses enfants, qui

n'étaient pas rémunérés pour le statut d'administrateur et risquaient ainsi de perdre leur place de travail.

Par décision sur opposition du 27 mai 2022, la Caisse cantonale de chômage, Pôle juridique et qualité (ci-après également : l'intimée), a rejeté l'opposition et confirmé la décision litigieuse. Elle a relevé que les membres du conseil d'administration d'une société anonyme disposaient, par la loi, d'un pouvoir de décision déterminant, de sorte que Q._____ et C.C._____ n'avaient pas droit à l'indemnité RHT qui avait été accordée pour la période du 20 avril au 19 octobre 2021. La Société ne pouvait se prévaloir d'un manquement à l'obligation de renseigner incombant à l'administration, car le formulaire de demande et décompte d'indemnité rempli par la Société comportait des informations utiles à propos de l'exclusion du droit à l'indemnité RHT concernant les personnes ayant une influence sur les décisions que prend l'employeur, tandis que la Société n'avait pas informé la Caisse du fait que ses employés avaient été inscrits au registre du commerce le 9 avril 2021. Par ailleurs, les conditions de la restitution étaient réalisées car la décision de verser l'indemnité était manifestement contraire aux prescriptions légales et la restitution avait été demandée dans les délais légaux.

B. U._____ SA, sous la plume de A.C._____, a recouru contre la décision sur opposition précitée auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal le 15 juin 2022. Concluant implicitement à son annulation, la recourante a fait valoir qu'elle s'opposait à cette décision pour des raisons économiques. Les sommes reçues avaient servi à dédommager le personnel de la société durant les restrictions d'exploitations dues au Covid-19 et les bénéfices obtenus depuis la reprise ne permettaient pas de verser le montant réclamé. La recourante a joint diverses pièces comptables.

Répondant le 15 août 2022, l'intimée a proposé le rejet du recours pour les raisons invoquées dans sa décision sur opposition.

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. Le présent recours porte sur la question de savoir si c'est à bon droit que l'intimée a nié le droit de la recourante à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail à compter du 1^{er} avril 2021 et, corollairement, si elle était fondée à réclamer la restitution des prestations versées d'avril au septembre 2021.

3. a) Selon l'art. 31 al. 1 LACI, les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail lorsque :

- a. ils sont tenus de cotiser à l'assurance ou qu'ils n'ont pas encore atteint l'âge minimum de l'assujettissement aux cotisations AVS ;
- b. la perte de travail doit être prise en considération (art. 32) ;
- c. le congé n'a pas été donné ;

d. la réduction de l'horaire de travail est vraisemblablement temporaire, et si l'on peut admettre qu'elle permettra de maintenir les emplois en question.

b) L'art. 31 al. 3 LACI précise que n'ont pas droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail :

- a. les travailleurs dont la réduction de l'horaire de travail ne peut être déterminée ou dont l'horaire de travail n'est pas suffisamment contrôlable ;
- b. le conjoint de l'employeur, occupé dans l'entreprise de celui-ci ;
- c. 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 ; il en va de même des conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise.

Selon la jurisprudence relative à l'art. 31 al. 3 let. c LACI, il n'est pas admissible de refuser, de façon générale, le droit aux prestations aux employés au seul motif qu'ils peuvent engager l'entreprise par leur signature et qu'ils sont inscrits au registre du commerce. L'autorité ne doit pas se fonder de façon stricte sur la position formelle de l'organe à considérer, mais bien plutôt établir l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes. En particulier, lorsqu'il s'agit de 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 en cause (TFA C 45/04 du 27 janvier 2005 consid. 3.1 et les références). La seule exception à ce principe retenue par la jurisprudence concerne les personnes dont le pouvoir de décision résulte de la loi (art. 716 à 716b CO). Ainsi, les membres du conseil d'administration d'une société anonyme ou les associés gérants d'une société à responsabilité limitée sont réputés disposer d'un pouvoir déterminant, sans qu'il soit nécessaire de procéder à l'examen concret des responsabilités matérielles qu'ils exercent au sein de

la société, fût-ce en ne disposant que d'une signature collective (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).

c) L'art. 2 de l'ordonnance du 20 mars 2020 sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus (Ordonnance COVID-19 assurance-chômage ; RS 837.033) a instauré une dérogation temporaire à la règle fixée par l'art. 31 al. 3 let. c LACI en ce sens que, du 1^{er} mars au 31 mai 2020, 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, ainsi que leurs conjoints et leur partenaire enregistrés, ont droit l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail.

4. a) En l'espèce, la recourante est une société anonyme, de sorte que, selon la jurisprudence précitée, ses administrateurs font partie des personnes dont le pouvoir de décision découle de la loi et qui sont réputées disposer d'une influence déterminante dans la gestion de l'entreprise. Or C.C._____ et Q._____ ont tous deux été nommés administrateurs de la société avec droit de signature collective à deux par décision prise le 1^{er} avril 2021 par l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires. La recourante a d'ailleurs admis, dans son opposition, que cette inscription avait été faite alors que les administrateurs initiaux, parents des administrateurs nouvellement nommés, avaient pris leur retraite et souhaitaient donner une plus grande autonomie à leurs enfants dans la gestion de l'entreprise.

Une fois désignés organes formels de la recourante, Q._____ et C.C._____ ne pouvaient plus prétendre au versement d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail en application de l'art. 31 al. 3 let. c LACI, le régime exceptionnel instauré par l'art. 2 de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage n'ayant pas été reconduit au-delà du 31 mai 2020. Toutefois, compte tenu des circonstances particulières liées à la pandémie de Covid-19, l'intimée a procédé au paiement de l'indemnité sur la base

d'un examen sommaire du dossier, chaque versement constituant une décision d'octroi de prestation au sens de l'art. 51 LPGA. Elle a agi en vertu de l'autorisation délivrée le 16 avril 2021 par le Service de l'emploi, laquelle était fondée sur le préavis de réduction de l'horaire de travail déposé par la recourante le 23 mars 2021. La nomination de Q._____ et C.C._____ en qualité d'administrateurs est intervenue entre-temps, ce dont l'intimée n'a pris conscience qu'en novembre 2021 en procédant à une vérification ponctuelle du dossier. Il s'agit par conséquent d'un fait nouveau important, justifiant une révision procédurale au sens de l'art. 53 al. 1 LPGA.

Aussi, c'est à juste titre que l'intimée a rendu une décision de révision procédurale niant le droit de la recourante à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour la période du 20 avril au 19 octobre 2021.

b) Au stade du recours, la recourante ne soulève pas d'élément en faveur de l'admission d'un droit aux prestations sollicitées. En procédure d'opposition, elle a principalement fait valoir qu'elle avait été mal conseillée et qu'elle n'avait ainsi pas pu se rendre compte des conséquences dommageables qui résulteraient de l'inscription de ses employés au registre du commerce en tant qu'administrateurs. L'intimée a réfuté ce grief en expliquant qu'aucune violation de son obligation de renseigner ne pouvait lui être reprochée. L'argumentation de l'intimée, exposée de manière claire et juridiquement étayée, ne prête pas le flanc à la critique et ne soulève du reste pas de commentaire de la part de la recourante.

c) Au vu de ce qui précède, il y a lieu de constater que la décision de révision procédurale niant le droit aux indemnités pour la période d'avril à octobre 2021 était fondée.

5. Il convient encore d'examiner si la restitution du montant de 13'775 fr. 75, correspondant aux indemnités de RHT allouées pour les mois d'avril à septembre 2021, pouvait être réclamé à la recourante.

a) Selon l'art. 95 al. 1 LACI, la demande de restitution est régie par l'art. 25 LPGA, à l'exception des cas relevant des art. 55 et 59c bis al. 4 LACI, lesquels ne sont toutefois pas applicables en l'espèce.

Aux termes de l'art. 25 al. 1, 1^{re} phrase, LPGA, les prestations indûment touchées doivent être restituées. Les prestations allouées sur la base d'une décision formellement passée en force et sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée sous l'angle matériel ne peuvent toutefois être répétées que lorsque les conditions d'une reconsidération (art. 53 al. 2 LPGA) ou d'une révision procédurale (art. 53 al. 1 LPGA) sont remplies (ATF 142 V 259 consid. 3.2).

Ce principe s'applique également lorsque les prestations à restituer n'ont pas été allouées par une décision formelle, mais par une décision traitée selon la procédure simplifiée prévue par l'art. 51 LPGA. Après un laps de temps correspondant au délai d'opposition contre une décision formelle, l'administration ne peut demander la restitution des prestations allouées par une décision selon l'art. 51 LPGA et non contestée, qu'aux conditions de la reconsidération ou de la révision procédurale (ATF 129 V 110 consid. 1.1 ; voir à cet égard TF 8C_375/2020 du 2 février 2021 consid. 4.3).

b) Les décisions et les décisions sur opposition formellement passées en force sont soumises à révision si l'assuré ou l'assureur découvre subséquemment des faits nouveaux importants ou trouve des nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient être produits auparavant (révision procédurale ; art. 53 al. 1 LPGA). L'assureur peut également revenir sur de telles décisions, indépendamment des conditions mentionnées ci-avant, lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable (reconsidération ; art. 53 al. 2 LPGA).

c) En règle générale, la restitution des prestations indûment touchées (art. 25 al. 1, première phrase, LPGA) et la remise de l'obligation

de restituer (art. 25 al. 1, deuxième phrase, LPGA) doivent faire l'objet de décisions séparées rendues en deux étapes distinctes (art. 3 et 4 OPGA [ordonnance du 11 septembre 2001 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.11] ; TF 9C_496/2014 du 22 octobre 2014 consid. 2 ; voir également TF 9C_747/2018 du 12 mars 2019 consid. 1.2 et TFA P 62/04 du 6 juin 2005 consid. 1.2).

Le destinataire d'une décision de restitution qui entend la contester dispose en réalité de deux moyens qu'il convient de distinguer de façon claire : s'il prétend qu'il avait droit aux prestations en question ou conteste que les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale sont réunies, il doit s'opposer à la décision de restitution dans un délai de trente jours. En revanche, s'il admet avoir perçu indûment les prestations, mais qu'il invoque sa bonne foi et les difficultés économiques qu'il rencontrerait en cas de remboursement, il doit présenter une demande de remise au sens des art. 3 à 5 OPGA (ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.11). L'art. 4 al. 4 OPGA prévoit que la demande de remise doit être présentée par écrit. Elle doit être motivée, accompagnée des pièces nécessaires et déposée au plus tard trente jours à compter de l'entrée en force de la décision de restitution.

6. En l'occurrence, se fondant sur sa décision de révision procédurale par laquelle elle constatait que la recourante n'avait pas droit aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail à compter du mois d'avril 2021 pour Q._____ et C.C._____, l'intimée a considéré que les prestations versées d'avril à septembre 2021 l'avaient été à tort et qu'elles devaient être remboursées. Cette décision de révision procédurale pouvant être confirmée (cf. consid. 4 supra), les conditions d'une restitution des prestations touchées indûment sont réunies.

La recourante n'a pas opposé d'argument quant au principe de la restitution, ni sur le montant réclamé. Elle a uniquement fait valoir que les sommes perçues avaient été utilisées pour continuer de verser un salaire aux personnes concernées et qu'elle ne disposait pas de fonds

suffisants pour procéder au remboursement réclamé. Une telle argumentation relève des conséquences de la décision de restitution sur la situation économique de la recourante, ce qui ne peut pas être pris en compte dans l'examen du bien-fondé de la demande de restitution. Cette problématique pourra en revanche faire l'objet d'une demande de remise de l'obligation de restituer (art. 3 à 5 OPGA) pour autant que la recourante en fasse la demande auprès de l'intimée dans le délai légal.

7. a) En définitive, 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 et a procédé sans mandataire qualifié (art. 61 let. g LPGA ; ATF 127 V 205 consid. 4b).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
p r o n o n c e :**

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision sur opposition rendue le 27 mai 2022 par la Caisse cantonale de chômage, Pôle juridique et qualité, est confirmée.
- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens.

La présidente :

La greffière :

Du

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

- U. _____ SA,
- Caisse cantonale de chômage, Pôle juridique et qualité,
- 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 :