

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 7 avril 2021

Composition : Mme BRÉLAZ BRAILLARD, présidente
MM. Neu et Métral, juges
Greffier : M. Germond

Cause pendante entre :

F. _____, à [...], recourant,

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. F._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], a travaillé pour le compte de la société T._____ SA à [...], du 1^{er} août 2009 au 31 mars 2020, en qualité d'« Associate Partner ». Il était inscrit au registre du commerce en qualité d'administrateur avec signature collective à deux, du 5 octobre 2011 au 19 mars 2021.

A la suite de son licenciement signifié par l'employeur le 20 décembre 2019 pour le 31 mars 2020, l'assuré a été libéré sur le champ de son obligation de travailler. Il était tenu de restituer les outils de travail de l'entreprise en sa possession (à savoir, tous documents, équipement électronique, téléphone portable, clés ou cartes de crédit) au plus tard le 31 décembre 2019 (lettre de licenciement du 20 décembre 2019 de la société T._____ SA).

L'assuré s'est inscrit en tant que demandeur d'emploi auprès de l'Office régional de placement (ORP) de [...] le 17 mars 2020, et a sollicité des indemnités journalières de l'assurance-chômage depuis le 1^{er} avril 2020.

Le 16 avril 2020, dans le cadre du litige l'opposant à son ex-employeur en lien avec son licenciement, l'assuré a déposé plainte pénale pour contrainte et gestion déloyale devant le Ministère public de l'arrondissement de [...] contre H._____ et J._____, en leur qualité d'administrateurs de T._____ SA, ainsi que subsidiairement contre la société elle-même.

Le même jour, il a encore déposé une requête de conciliation en matière de litige de travail par devant la Chambre patrimoniale cantonale de [...] pour un montant total de 790'680 francs.

Le 28 avril 2020, l'assuré, par l'intermédiaire de son conseil Me Gautier, a également déposé auprès de l'Office des poursuites du district de [...] une réquisition de poursuite pour un montant de 1'425'478 fr. 40

contre « T._____ Sàrl c/o Z._____ Place [...] [...] », à laquelle il a été fait opposition totale le 30 avril 2020.

Par décision du 4 mai 2020, la Caisse cantonale de chômage, agence de [...], a refusé à l'assuré l'octroi d'indemnités de chômage depuis le 1^{er} avril 2020, au motif qu'en sa qualité d'administrateur avec droit de signature collective à deux il disposait d'un pouvoir décisionnel sur la société.

Par ordonnance du 22 mai 2020, le Ministère public de l'arrondissement de [...] a refusé d'entrer en matière sur la plainte dirigée contre H._____ et J._____ pour gestion déloyale et tentative de contrainte, considérant que le litige entre les parties présentait un caractère exclusivement civil.

Dans une décision sur opposition du 20 octobre 2020, la Caisse cantonale de chômage, Division juridique (ci-après : la caisse ou l'intimée) a confirmé le refus du droit de l'assuré à des indemnités de chômage dès le 1^{er} avril 2020, au motif que les membres du conseil d'administration d'une société anonyme et les associés gérants d'une société à responsabilité limitée qui disposent *ex lege* d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0) doivent se voir nier le droit à l'indemnité sans autre forme de vérification.

B. Par acte du 16 novembre 2020, F._____ a recouru contre cette décision devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal. Il a conclu à l'annulation de la décision attaquée et demande à ce que son droit aux indemnités de chômage soit admis dès le 1^{er} avril 2020. A l'appui de son recours, il allègue un « conflit latent » avec son ex-employeur à la suite de son refus de renoncer à l'exercice de ses droits d'actionnaire minoritaire (20 %) et invoque un licenciement abusif. En lien avec le refus des prestations de l'assurance-chômage, il prétend que malgré qu'il soit encore inscrit en qualité d'administrateur au registre du

commerce, il n'est plus en mesure de fixer - ni même d'influencer - les décisions de la société ; il ne participe plus à aucun conseil d'administration. Il ajoute que cela est d'autant plus évident qu'il est en procès contre son ancien employeur ; pour cette raison l'accès aux comptes de la société lui est catégoriquement refusé, malgré ses nombreuses demandes. Il précise également avoir dû restituer la totalité du matériel, les accès informatiques fournis ainsi que les clés des locaux, auxquels il n'a plus accès depuis le 20 décembre 2019, date de libération de son obligation de travailler. Au vu des circonstances, il conteste pouvoir reprendre ses activités au sein de l'entreprise, dont il est encore actionnaire minoritaire, ce qui renverse, selon lui, la présomption que fait naître son inscription au registre du commerce. Il soutient encore que son absence de démission du conseil d'administration de la société « vise uniquement à préserver [son] droit [...] à demander des informations sur la marche de la société dont la valeur réelle de [ses] 20 actions dépen[d] ».

Dans sa réponse du 14 décembre 2020, la caisse intimée a conclu au rejet du recours en maintenant la position adoptée dans sa décision attaquée.

Le 6 janvier 2021, le recourant a répliqué. Il a indiqué que la société T._____ SA avait finalement accepté de racheter ses vingt actions le 24 décembre 2020, de sorte qu'il avait démissionné du conseil d'administration le même jour et n'avait désormais plus aucun lien avec son ancien employeur. Pour le surplus, il réitère son argumentation relative à son absence d'influence sur les décisions de la société entre le 20 décembre 2019 et le 24 décembre 2020. Il ajoute que son maintien au sein du conseil d'administration de la société avait été fictif durant cette période.

Dans sa duplique du 4 février 2021, l'intimée a admis qu'à partir du lendemain de sa démission avec effet immédiat du conseil d'administration et la vente de ses actions le 24 décembre 2020, le recourant n'occupait plus une position assimilable à celle d'un employeur.

Elle maintient en revanche sa position pour la période antérieure courant du 1^{er} avril 2020 au 24 décembre 2020.

De son côté, le recourant s'est encore déterminé le 19 février 2021. Pour la période précédant sa démission du conseil d'administration, il réfute tout risque de contournement de la loi (réduction de l'horaire de travail ou réengagement) pour tenter d'obtenir des indemnités chômage. Il rappelle que, durant la période en question, la société ne l'a pas rémunéré et qu'il n'y a eu aucun conseil d'administration, de sorte que *de facto* un risque d'abus était inexistant. Il prétend en outre que le litige l'opposant à son ancien employeur est « le seul responsable du délai de [sa] démission du conseil d'administration ». Dans ces circonstances, il maintient avoir droit aux indemnités litigieuses depuis le 1^{er} avril 2020.

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 litige porte sur le droit du recourant à des indemnités chômage du 1^{er} avril 2020 au 24 décembre 2020. Il s'agit plus particulièrement de savoir si durant cette période, pendant laquelle il a été inscrit au registre du commerce comme administrateur avec signature collective à deux, il a occupé une position dirigeante au sein de la société.

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 premier 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 s. 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 ; ATF 123 V 234 consid. 7b/bb ; TF 8C_448/2018 du 30 septembre 2019 consid. 3).

b) 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. 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 qui disposent *ex lege*

(art. 716 à 716b CO [loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse ; RS 220]) et de façon contraignante d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI. Pour 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 122 V 270 consid. 3). 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 et 4.5 ; TF 8C_171/2012 du 11 avril 2013 consid. 6.1 et les références).

Ainsi, 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). 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. 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 ; BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n. 41 *ad* art. 31 LACI).

c) Le Tribunal fédéral se montre particulièrement rigoureux, considérant qu'aussi longtemps qu'une personne ayant occupé une fonction dirigeante maintient des liens avec sa société, la perte de travail qu'elle subit est réputée incontrôlable et la possibilité subsiste d'en poursuivre le but social. Ainsi, ce n'est pas seulement l'abus avéré que la loi et la jurisprudence entendent sanctionner, mais déjà le risque d'abus que représente le versement d'indemnités à des personnes pouvant

conserver une influence sur la perte de travail qu'elles subissent (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb ; TF 8C_1004/2010 du 29 juin 2011 consid. 5.2).

4. En l'occurrence, si le recourant a été licencié le 20 décembre 2019 pour le 31 mars 2020, il a en revanche conservé sa qualité de membre du conseil d'administration de la société T. _____ SA jusqu'au 24 décembre 2020. Ce n'est en effet qu'à cette date qu'il a démissionné de cette fonction avec effet immédiat. Qu'il ait été en litige avec son ancien employeur ou même qu'il ait déposé plainte pénale à l'encontre de deux coadministrateurs, certes majoritaires, ne change rien au fait que l'intéressé gardait la possibilité d'influencer le fonctionnement de l'entreprise (cf. consid. 3b supra). Au demeurant, le fait qu'il prétende justement ne pas avoir démissionné immédiatement du conseil d'administration de la société uniquement pour garder la possibilité d'accéder aux comptes de la société lui permettant d'obtenir les informations relatives à la valeur réelle de ses actions, démontre au contraire qu'il conservait potentiellement un pouvoir sur la marche de la société. Ce lien que le recourant a ainsi laissé subsister jusqu'en décembre 2020, lui permettait, au demeurant de garder une potentielle influence sur le processus de décision de la société. Dès lors, le risque d'abus que représente le versement d'indemnités chômage au recourant qui gardait une position dirigeante en refusant de démissionner du conseil d'administration, suffit en soi, d'après la jurisprudence rappelée ci-avant (cf. consid. 3c supra), à exclure son droit à l'indemnité chômage pour toute la période requise.

Dans ces circonstances, il n'est au demeurant pas relevant qu'aucun réengagement ne se soit produit jusqu'à la démission du recourant du conseil d'administration. En effet, la situation doit être examinée telle qu'elle se présentait au moment où la décision a été rendue. Or à ce moment-là, un risque d'abus existait et le recourant ne réunissait donc pas toutes les conditions dont dépend le droit à l'indemnité de chômage telles qu'énumérées à l'art. 8 LACI (cf. consid. 3a supra), de sorte que la décision attaquée était parfaitement fondée.

5. a) En définitive, le recours doit être rejeté et la décision attaquée confirmée.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2020, applicable conformément à l'art. 83 LPGA), ni d'allouer de dépens, dès lors que le recourant 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 20 octobre 2020 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique est confirmée.
- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires ni alloué de dépens.

La présidente :

Le greffier :

Du

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

- F. _____,
- Caisse cantonale de chômage, Division juridique,
- Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO),

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 :