

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 24 février 2020

Composition : Mme BRÉLAZ BRAILLARD, présidente
Mmes Di Ferro Demierre et Dessaux, juges
Greffière : Mme Neyroud

Cause pendante entre :

B. _____, à [...], recourant, représenté par Me Guérin de Werra, avocat à Sion,

et

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

Art. 51 al. 2 LACI

E n f a i t :

A. B. _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], a travaillé pour le compte de la société R. _____ SA dès le 1^{er} février 2010, en qualité d'expert et de commissaire-priseur. Selon l'extrait du registre du commerce, l'assuré a en outre occupé la fonction d'administrateur vice-président de R. _____ SA du 6 août 2015 au 8 janvier 2019.

Son contrat de travail a été résilié par l'employeur le 31 janvier 2019, avec effet au 31 mars 2019.

A compter du mois de février 2019, l'assuré a fait valoir des prétentions salariales pour les mois de décembre 2018 et janvier 2019. R. _____ SA ne s'étant pas acquittée des montants dus, l'intéressé a résilié son contrat de travail avec effet immédiat, par courrier du 25 février 2019.

Le 20 février 2019, le Tribunal d'arrondissement de [...] a prononcé la faillite de la société.

Le 11 avril 2019, l'assuré a déposé une demande d'indemnité en cas d'insolvabilité.

Par décision du 21 mai 2019, la Caisse de chômage (ci-après : la Caisse ou l'intimée) a rejeté cette demande, au motif que l'assuré, en sa qualité d'expert et commissaire-priseur, ainsi que d'administrateur vice-président jusqu'au 8 janvier 2019, faisait partie du cercle des personnes dirigeantes exclues du droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité.

Par acte de son mandataire du 24 mai 2019, l'assuré s'est opposé à cette décision, alléguant avoir quitté le conseil d'administration de R. _____ SA le 31 mars 2018 et avoir, dès le 1^{er} avril 2018, occupé une position de collaborateur.

Par décision sur opposition du 17 juin 2019, la Caisse, par sa division juridique, a rejeté l'opposition formée par l'assuré, retenant en substance qu'il était demeuré inscrit au registre du commerce jusqu'au 8 janvier 2019, ce qui démontrait, selon le principe de la vraisemblance, sa qualité d'administrateur jusqu'à cette date.

Le 24 juin 2019, l'assuré, sous la plume de son conseil, a demandé à la Caisse de bien vouloir reconsidérer sa position. A l'appui de sa requête, il a produit le courrier qu'il avait adressé le 31 mars 2018 à R. _____ SA, faisant part de sa démission avec effet immédiat du conseil d'administration, ainsi que la réponse de la présidente du conseil d'administration du 19 avril 2018.

Par courriel du 11 juillet 2019, la Caisse a indiqué à l'assuré qu'elle n'entendait pas revenir sur sa position.

B. Par acte du 16 juillet 2019, B. _____, par l'entremise de son conseil, a recouru contre la décision sur opposition du 17 juin 2019 devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant à sa réforme en ce sens qu'il a droit à une indemnité en cas d'insolvabilité. En substance, il a allégué avoir cessé d'exercer toute influence sur le processus de décision au-delà du 31 mars 2018, en dépit du fait que sa radiation du registre du commerce était intervenue postérieurement en raison d'une négligence de la présidente du conseil d'administration. Il a par ailleurs indiqué que le droit à des indemnités de chômage lui avait été reconnu par la Caisse de chômage [...].

Par réponse du 13 août 2019, la Caisse a proposé le rejet du recours et le maintien de la décision attaquée.

Le 2 septembre 2019, le recourant a maintenu sa position.

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 ; 53 al. 1 et 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. Est litigieux en l'espèce le droit du recourant à une indemnité en cas d'insolvabilité.

3. a) Les travailleurs assujettis au paiement des cotisations, qui sont au service d'un employeur insolvable sujet à une procédure d'exécution forcée en Suisse ou employant des travailleurs en Suisse, ont droit à une indemnité pour insolvabilité lorsque :

- une procédure de faillite est engagée contre leur employeur et qu'ils ont, à ce moment-là, des créances de salaire envers lui (art. 51 al. 1 let. a LACI) ;
- la procédure de faillite n'est pas engagée pour la seule raison qu'aucun créancier n'est prêt, à cause de l'endettement notoire de l'employeur, à faire l'avance de frais (art. 51 al. 1 let. b LACI) ;
- ils ont présenté une réquisition de saisie pour créance de salaire envers leur employeur (art. 51 al. 1 let. c LACI) ;

- le juge compétent a octroyé à l'employeur un sursis concordataire ou ajourné la déclaration de la faillite (art. 58 LACI).

b) L'art. 51 al. 2 LACI précise néanmoins que 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 ; il en va de même des conjoints de ces personnes, lorsqu'ils sont occupés dans la même entreprise.

c) Selon la jurisprudence relative à l'art. 31 al. 3 let. c LACI – lequel, dans une teneur identique, exclut du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail le même cercle de personnes que celui visé par l'art. 51 al. 2 LACI et auquel on peut se référer par analogie (TF 8C_279/2010 du 18 juin 2010 consid. 2; cf. aussi Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Bâle/Zurich 2014, n° 16 ad art. 51 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. 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 (TF 8C_515/2007 du 8 avril 2008 consid. 2.2 in fine et

les références; TF C 224/06 du 3 octobre 2007 consid. 2.2; TFA C 219/03 du 2 juin 2004 consid. 2.4).

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. 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). 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 ; Rubin, *op. cit.*, n° 42 ad. art. 31 LACI).

d) Le droit à l'indemnité doit être nié en vertu de l'art. 51 al. 2 LACI également pour les périodes postérieures à la sortie du conseil d'administration, lorsque les difficultés financières, qui ont finalement entraîné la faillite, existaient déjà auparavant et que les rapports de travail ont été maintenus (ATF 126 V 134 ; TF C 224/06 du 3 octobre 2007 consid. 2.4).

e) En édictant l'alinéa 2 de l'art. 51 LACI, le législateur a voulu exclure d'une protection particulière les personnes qui exercent aussi bien une influence sur la conduite des affaires et sur la politique de l'entreprise qu'un droit de regard sur les pièces comptables et ne sont, de ce fait, pas surprises par la faillite subite de l'employeur (FF 1994 I p. 362). Si le fait de disposer d'un droit de regard sur la comptabilité est un indice de l'influence que peut exercer un travailleur sur le processus de décision de

l'entreprise, il ne saurait constituer un motif indépendant d'exclusion. Le comptable responsable serait sinon exclu d'office du droit à l'indemnité en raison de sa fonction au sein de l'entreprise. Une telle sanction serait incompatible avec le texte clair et *la ratio legis* de l'art. 51 al. 2 LACI, qui suppose, en priorité, que la personne exclue du droit puisse exercer une influence déterminante sur la conduite des affaires de l'employeur (Rubin, *op. cit.*, n° 16 ad art. 51 LACI). Ce qui est décisif, c'est de savoir si l'employé a pu prendre une part prépondérante à la formation de la volonté de la société, dans les domaines qui touchent à l'orientation, à l'étendue ou à la cessation de l'activité. Dans cette dernière hypothèse, un assuré n'a pas droit à l'indemnité, car il peut lui-même décider de l'étendue de son droit, avec les risques d'abus que cela comporte (TF 8C_865/2015 du 6 juillet 2016 consid. 4.3 et les références).

f) A teneur de l'art. 52 al.1 LACI, l'indemnité couvre les créances de salaire portant sur les quatre derniers mois au plus d'un même rapport de travail. Elle couvre exceptionnellement les créances de salaire nées après la déclaration de faillite dans la mesure où l'assuré, en toute bonne foi, ne pouvait pas savoir que la faillite avait été prononcée et dans la mesure où ces créances ne constituaient pas des dettes relevant de la masse en faillite (art. 52 al. 1^{bis} LACI).

4. a) En l'occurrence, l'intimée n'a pas reconnu le droit du recourant à l'indemnité en cas d'insolvabilité au motif qu'il occupait une position dirigeante en sa qualité d'administrateur vice-président au sein de la société jusqu'au 8 janvier 2019, tel que cela ressortait de l'extrait du registre du commerce.

Or le recourant a produit un courrier qu'il avait adressé le 31 mars 2018 à R._____ SA, faisant part de sa démission avec effet immédiat du conseil d'administration, ainsi que la réponse de la présidente du conseil d'administration prenant acte de cette démission. Ces correspondances - produites postérieurement à la décision sur opposition litigieuse - ne suffisent cependant pas à démontrer une sortie effective du conseil d'administration au sens de la jurisprudence citée

supra (cf. consid. 3c), compte tenu notamment de la configuration de la société, dirigée par les deux mêmes personnes physiques depuis sa création. A cet égard, il importe peu que le recourant pensait que la présidente du conseil d'administration procéderait elle-même à sa radiation du registre du commerce, dans la mesure où, en l'absence de radiation par cette dernière, il pouvait la requérir lui-même passé un délai de trente jours, ce qu'il n'a pas fait. Cela étant, dans la mesure où le recourant est demeuré inscrit au registre du commerce jusqu'au 8 janvier 2019, il s'ensuit qu'un pouvoir déterminant au sein de la société jusqu'à cette date doit lui être reconnu.

En tout état de cause, même à admettre que le recourant a effectivement démissionné de son poste d'administrateur vice-président le 31 mars 2018, il ressort du dossier qu'il n'a pas cessé toute relation avec la société à compter de cette date, puisqu'il a continué d'occuper une fonction de directeur associé, tel que cela ressort de son courrier du 31 mars 2018. A ce titre, on doit reconnaître qu'il a conservé un rôle non-négligeable dans la conduite des affaires de la société, étant précisé qu'il a lui-même indiqué dans le courrier précité, qu'il continuerait « à tout mettre en œuvre pour sauvegarder la pérennité de l'entreprise que nous avons créée ». Compte tenu de ce qui précède, force est de constater qu'il ne peut être démontré au stade de la vraisemblance prépondérante que le recourant n'a pas conservé au-delà de sa sortie du conseil d'administration - si elle était avérée - une influence considérable sur la marche de l'entreprise, les éléments au dossier démontrant au contraire la persistance d'une position dirigeante. A cet égard, on ajoutera qu'il importe peu que la Caisse de chômage [...] lui ait reconnu le droit à des indemnités de chômage le 21 juin 2019, dans la mesure où cette décision ne fait pas l'objet de la présente procédure et ne saurait en tout état de cause lier la Cour de céans.

Considérant ce qui précède, c'est à juste titre que l'intimée a dénié au recourant le droit à une indemnité en cas d'insolvabilité.

Par surabondance, on relèvera qu'il ressort du courrier adressé le 31 mars 2018 par le recourant à R. _____ SA que les difficultés financières de la société existaient déjà au moment où l'intéressé exerçait encore sa fonction de vice-président, puisque sa démission était en particulier justifiée par son désaccord avec l'attribution des fonds générés par la récente augmentation du capital-actions, lesquels auraient dû, selon lui, être dédiés aux salaires, charges sociales et plans de paiement. Il s'ensuit que le recourant était particulièrement conscient des problèmes rencontrés par R. _____ SA, notamment en lien avec le paiement des salaires et qu'il a, nonobstant ce fait, maintenu ses rapports de travail en tant que directeur-associé et en qualité d'expert et de commissaire-priseur. Le droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité doit ainsi en tout état de cause être nié pour la période postérieure à sa sortie du conseil d'administration (cf. consid. 3d *supra*).

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), 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 17 juin 2019 par la Caisse cantonale de chômage 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 :

- Me Guérin de Werra (pour B._____)
- 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 :