

# FR\_GERICHTE 605 2023 202 vom 15. November 2024

FR Kantonsgericht, 2024-11-15, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_605\\_2023\\_202](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_605_2023_202)

FR: FR\_GERICHTE 605 2023 202 du 15 novembre 2024

IT: FR\_GERICHTE 605 2023 202 del 15 novembre 2024

## Regeste

Arrêt de la Ie Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal | Arbeitslosenversicherung

## Erwägungen

### E. 1

Recevabilité du recours

#### E. 1.1

Par acte du 26 octobre 2023 (date du sceau postal), le recourant a interjeté recours à l'encontre de « la décision sur opposition du 27 septembre 2023 ainsi que la décision du 6 septembre 2023 ». En annexe, le recourant produit les deux décisions sur opposition datées du 27 septembre 2023 (décision portant sur la négation du droit au chômage et décision portant sur la restitution des prestations versées à tort). Sur le fond, il conteste tant le principe de la négation du droit au chômage que celui de la restitution des prestations, de sorte qu'il est manifeste que le recourant entendait contester ces deux décisions simultanément. Dans la mesure où ces deux décisions sont étroitement liées, par économie de procédure, le recours dirigé contre ces deux décisions fera l'objet d'un seul arrêt.

#### E. 1.2

Pour le surplus, interjeté en temps utile et dans les formes légales auprès de l'autorité judiciaire compétente à raison du lieu ainsi que de la matière, le recours est recevable, le recourant étant en outre directement atteint par les décisions querellées et ayant dès lors un intérêt digne de protection à ce que celles-ci soient, cas échéant, annulées ou modifiées.

### E. 2

Droit à l'indemnité de chômage

#### E. 2.1

En vertu de l'art. 8 de la loi du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI ; RS 837.0), l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il remplit, de manière cumulative, les conditions prévues à l'alinéa premier de cette disposition. Toutefois, de jurisprudence constante et indépendamment de ces conditions, un travailleur qui jouit d'une situation professionnelle comparable à celle d'un employeur n'a pas droit à l'indemnité de chômage 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

Tribunal cantonal TC Page 4 de 15 détournerait par le biais d'une disposition 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 (cf. ATF 123 V 234 ; arrêt TF 8C\_776/2011

du 14 novembre 2012 consid. 3.2 et les références citées).

### **E. 2.2**

En cela, la jurisprudence fait référence à 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. Cela vaut aussi pour les conjoints de ces personnes qui sont occupés dans l'entreprise. Dans ce sens, il existe un étroit parallélisme entre l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail et le droit à l'indemnité de chômage. Celui-ci repose sur le fait qu'un travailleur licencié disposant d'un pouvoir d'influer sur les décisions de la société peut, à tout moment, décider de son propre réengagement de sorte que la perte de travail est comparable à une réduction de l'horaire de travail avec cessation momentanée d'activité. La situation est en revanche différente quand le salarié, se trouvant dans une position assimilable à celle de l'employeur, quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci ; il en va de même lorsque l'entreprise continue d'exister mais que le salarié, par suite de la résiliation de son contrat, rompt définitivement tout lien avec la société. Dans un cas comme dans l'autre, l'intéressé peut en principe prétendre à des indemnités de chômage (ATF 123 V 234 précité consid. 7b/bb ; arrêt TF 8C\_776/2011 précité consid. 3.2 et les références citées).

### **E. 2.3**

Le Tribunal fédéral se montre particulièrement rigoureux, considérant que, 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 ; arrêt TF 8C\_1004/2010 du 29 juin 2011 consid. 5.2). 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 (DTA 1996/1997 n. 41 p. 227 s. consid. 1b et 2; SVR 1997 ALV n. 101 p. 311 consid. 5c).

### **E. 2.4**

La seule exception à ce principe concerne les membres des conseils d'administration 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 (DTA 1996/1997 n. 41 p. 226 consid. 1b et les références). 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 ; DTA 2004 n. 21 p. 196 consid. 3.2, C 113/03). 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 (arrêts TF C 37/02 du 22 novembre 2002 consid. 4 et C 71/01 du 30 août 2001). C'est parce qu'elle considère que ce risque d'abus est d'emblée réalisé en ce qui concerne les membres des conseils d'administration disposant ex lege d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c

LACI que la jurisprudence exclut leur droit à prestations sans qu'il soit nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'ils exercent au sein de la société. Aussi, n'y

Tribunal cantonal TC Page 5 de 15 a-t-il pas lieu de considérer que le risque d'abus est écarté du simple fait que le contrat de travail a été résilié et que le membre du conseil d'administration n'exerce plus une activité salariée au service de la société. On doit bien plutôt admettre que, malgré son licenciement formel, l'intéressé est toujours en mesure de fixer les décisions de l'employeur ou, du moins, de les influencer de manière déterminante en sa qualité de membre du conseil d'administration (arrêt TF 8C\_140/2010 du 12 octobre 2010 consid. 4.3.2).

### **E. 2.5**

Lorsqu'il s'agit d'un membre du conseil d'administration ou d'un associé d'une Sàrl, 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 (arrêt TF 8C\_353/05 du 4 octobre 2006 consid. 2). 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 (arrêt TF 8C\_1016/2012 du 19 août 2013 consid. 4 et les références). De jurisprudence constante, ce n'est pas l'abus avéré comme tel que la loi et la jurisprudence entendent sanctionner ici, mais le risque d'abus que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur (cf. notamment arrêt TF précité 8C\_1016/2012).

### **E. 3**

Dispositions relatives à la preuve

#### **E. 3.1**

Dans le droit des assurances sociales, la règle du degré de vraisemblance prépondérante est généralement appliquée. Dans ce domaine, 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. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 353 consid. 5b ; 125 V 193 consid. 2 et les références citées ; arrêt TF 8C\_704/2007 du 9 avril 2008 consid. 2 ; ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 319 consid. 5a).

#### **E. 3.2**

Si, malgré les moyens mis en œuvre d'office par le juge pour établir la vérité du fait allégué par une partie, conformément au principe inquisitoire, ou par les parties selon le principe de leur obligation de collaborer, la preuve de ce fait ne peut être rapportée avec une vraisemblance prépondérante pour emporter la conviction du tribunal, c'est à la partie qui entendait en déduire un droit d'en supporter les conséquences (DTA 1996-1997 n. 17 consid. 2a ; 1991 n. 11 et 100 consid. 1b ; 1990 n. 12 consid. 1b et les arrêts cités ; ATF 115 V 113 consid. 3d/bb). Dans cette mesure, en droit des assurances sociales, le fardeau de la preuve n'est pas subjectif, mais objectif (RCC 1984 p. 128 consid. 1b).

### **E. 3.3**

Selon la jurisprudence dite des « premières déclarations », en cas de déclarations contradictoires de l'assuré, il convient de retenir la première affirmation, qui correspond généralement à celle que l'intéressé a faite alors qu'il n'était pas encore conscient des conséquences juridiques qu'elle aurait, les nouvelles explications pouvant être, consciemment ou non, le produit de

Tribunal cantonal TC Page 6 de 15 réflexions ultérieures (ATF 121 V 45 consid. 2a; arrêts TF 9C\_728/2013 du 16 janvier 2014 consid. 4.1.2; 8C\_316/2013 du 10 février 2014 consid. 4.2.1 et les références citées).

### **E. 4**

Dispositions relatives à la restitution des prestations En vertu de l'art. 25 al. 1, 1ère phrase, de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; RS 830.1), applicable par le biais du renvoi de l'art. 1 al. 1 et plus particulièrement par celui de l'art. 95 al. 1 LACI, les prestations indûment touchées doivent être restituées. L'obligation de restituer suppose que soient réunies les conditions d'une révision procédurale, au sens de l'art. 53 al. 1 LPGA, ou d'une reconsidération, au sens de l'art. 53 al. 2 LPGA, de la décision – formelle ou non – par laquelle les prestations en cause ont été allouées (arrêts TF 8C\_375/2020 du 2 février 2021 consid. 4.2, 8C\_338/2019 du 8 mai 2020 consid. 5, et les références citées).

#### **E. 4.1**

A teneur de l'art. 53 al. 2 LPGA, l'assureur peut revenir sur les décisions ou les décisions sur opposition formellement passées en force lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable. Par le biais de la reconsidération, on corrigera (notamment) une application initiale erronée du droit (arrêts TF 8C\_375/2020 précité, consid. 4.3 ; 8C\_424/2019 du 3 juin 2020 consid. 5.1, et les références citées). D'après la jurisprudence, l'octroi illégal de prestations est réputé sans nul doute erroné. Quant à la condition de l'importance notable de la rectification, elle est de toute évidence réalisée lorsqu'on est en présence d'une prestation périodique (arrêt TF 8C\_338/2019 du 8 mai 2020 consid. 5 et les références citées).

#### **E. 4.2**

En vertu de l'art. 25 al. 2, 1ère phrase, LPGA, le droit de demander la restitution s'éteint trois ans après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation. Il s'agit de délais – relatif et absolu – de péremption, qui doivent être examinés d'office (arrêt TF 8C\_405/2020 du 3 février 2021 consid. 3.2 et les références citées).

#### **E. 4.3**

Au regard de l'art. 25 LPGA, la procédure de restitution de prestations implique trois étapes en principe distinctes: une première décision sur le caractère indu des prestations, soit sur le point de savoir si les conditions d'une reconsidération de la décision par laquelle celles-ci ont été allouées sont réalisées; une seconde décision sur la restitution en tant que telle des prestations, qui comprend en particulier l'examen des effets rétroactifs ou non de la correction à opérer en raison du caractère indu des prestations, à la lumière de l'art. 25 al. 1, 1ère phrase, LPGA et, le cas échéant, une troisième décision sur la remise de l'obligation de restituer au sens de l'art. 25 al. 1, 2ème phrase, LPGA (arrêt TF 9C\_86/2014 du 5 juin 2014

consid. 3.2 et la référence citée).

Tribunal cantonal TC Page 7 de 15

## E. 5

Questions litigieuses Sont en l'espèce litigieuses les questions de savoir si c'est à juste titre que l'autorité intimée a, d'une part, refusé au recourant le droit à l'indemnité de chômage en raison de sa position d'administrateur de la société B.\_\_\_\_\_ SA et, d'autre part, qu'elle a demandé la restitution des prestations versées à tort pour les mois d'avril à juillet 2023, pour un montant total de CHF 15'955.30. La Caisse a en effet considéré que le recourant, licencié avec effet au 1er avril 2023 pour raisons économiques, était resté inscrit au registre du commerce en tant qu'administrateur de la société jusqu'au 8 septembre 2023, date à laquelle il avait été radié du registre du commerce. Partant, jusqu'à cette date, il avait de facto une position assimilable à celle d'un employeur et n'avait dès lors pas droit au chômage, nonobstant le courrier du 31 mars 2023 par lequel le président de la société a décidé de sa révocation du conseil d'administration. A cet égard, la Caisse souligne que, selon les statuts, la compétence pour révoquer les membres du conseil d'administration appartient à l'assemblée générale, et non pas au président de la société seul. En conséquence, le courrier du 31 mars 2023 dont se prévaut le recourant ne constituait pas une décision valable sur ce point. La Caisse souligne également le fait que l'assuré n'a pas mentionné sa fonction au sein du conseil d'administration lors de son inscription au chômage, information que les autorités du chômage n'ont obtenue que par le biais de la procédure de conciliation au tribunal des prud'hommes. Enfin, la Caisse relève que l'assuré n'a fait le nécessaire pour obtenir sa radiation qu'après avoir été informé, par mail du 4 septembre 2023, que son droit au chômage allait être nié, soit 6 mois après la fin des rapports de travail. S'agissant du principe de la restitution, elle constate que les conditions de l'art. 25 LPGA sont remplies. Elle précise à cet égard que le montant demandé en restitution, qui correspond aux indemnités versées pour les mois d'avril à juillet 2023, n'est pas contesté en tant que tel, et que le délai de péremption n'est manifestement pas échu en l'espèce. Pour sa part, le recourant soutient en substance que C.\_\_\_\_\_, président de la société B.\_\_\_\_\_ SA, était la seule personne habilitée à demander sa radiation au registre du commerce, et que cette radiation a pris du retard en raison de la négligence de ce dernier, sans faute de sa part. Il insiste sur le fait que l'inscription au registre du commerce n'a qu'un effet déclaratoire et non constitutif. En conséquence, ce n'est pas le moment de sa radiation au registre du commerce qui fait foi, mais bien celui de sa démission de sa fonction au sein du conseil d'administration, démission survenue le 31 mars 2023, en accord avec la décision prise par le présent C.\_\_\_\_\_ le même jour. Par ailleurs, il conteste avoir eu une position similaire à celle d'un employeur, sa position étant limitée à celle d'un secrétaire de conseil d'administration sans pouvoir décisionnel. A l'appui de sa thèse, exposée dans un mémoire de recours de 24 pages, il soulève de nombreux griefs, appelant aux grands principes juridiques (mauvaise appréciation des faits, interdiction du formalisme excessif, bonne foi, ne bis in idem, déni de justice matériel et formel, violation du droit d'être entendu, force probante et arbitraire, violation des dispositions légales applicables, inopportunité) que l'autorité intimée aurait violés. Il critique également la portée juridique des circulaires du SECO citées dans la décision litigieuse. A cet égard, il convient de rappeler que, conformément à la jurisprudence, le juge n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais

Tribunal cantonal TC Page 8 de 15 peut au contraire se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige (ATF 134 I 83 consid. 4.1 et les arrêts cités). Dès lors et en application de la maxime d'office, seuls seront examinés et traités les griefs qui présentent une certaine pertinence compte tenu de l'objet du litige.

## **E. 6**

Résumé des faits pertinents

### **E. 6.1**

Il ressort du dossier que l'assuré a travaillé comme directeur administratif de la société B. \_\_\_\_\_ SA du 1er mars 2022 au 31 mars 2023, pour un salaire mensuel brut de CHF 8'100.- (DO 344 ss). Cette société anonyme, active notamment dans le commerce d'appareils électroniques, a été inscrite au registre du commerce de D. \_\_\_\_\_ le 8 juillet 2011. C. \_\_\_\_\_ en était le président puis l'administrateur unique. Le 28 juin 2022, l'assuré a été inscrit au registre du commerce en tant qu'administrateur et secrétaire du conseil d'administration, avec signature collective à deux, C. \_\_\_\_\_ étant alors inscrit en tant que président du conseil d'administration avec signature individuelle. Par courrier du 20 mars 2023, B. \_\_\_\_\_ SA a résilié le contrat de travail de l'assuré avec effet au 1er avril 2023 en raison de sa « situation économique grave » (DO 348). Ce dernier s'est alors inscrit au chômage le 22 mars 2023 et a touché des indemnités journalières à partir du 1er avril 2023 (DO 352). Dans le formulaire de demande d'indemnité de chômage, signé le 5 avril 2023, l'assuré a répondu par la négative à la question de savoir s'il était membre d'un organe supérieur de décision de l'entreprise (par ex. membre du conseil d'administration) de son ancien employeur (DO 319 ss). Le 12 avril 2023, il a expliqué sa situation à la Caisse, en précisant notamment les circonstances de son licenciement, dû à l'incapacité de la société de payer les salaires, et le non-respect de son délai de congé (DO 343). A l'appui de sa demande, il a produit la lettre de licenciement du 20 mars 2023 ainsi que son contrat de travail.

### **E. 6.2**

La Caisse a versé des indemnités de chômage à l'assuré dès le 1er avril 2023, soit durant le délai de congé contractuel, en application de l'art. 29 al. 1 LACI. Partant, elle s'est subrogée aux prétentions salariales de l'assuré pour la période du 1er avril au 31 mai 2023, soit la durée du délai de congé contractuel (DO 246-248). Le 12 juin 2023, la Caisse a déposé une requête de conciliation auprès du Président du tribunal des Prud'hommes de l'arrondissement de la Sarine, à l'encontre de la société B. \_\_\_\_\_ SA, pour un montant de CHF 6'292.25 représentant les indemnités journalières versées pour les mois d'avril et mai 2023 en lieu et place du salaire dû par l'employeur (DO 219 ss). Lors de la séance de conciliation du 24 août 2023, il a été porté à la connaissance de la Caisse que l'assuré était toujours inscrit au registre du commerce en tant qu'administrateur et secrétaire du conseil d'administration avec signature collective à deux de l'entreprise (DO 185).

Tribunal cantonal TC Page 9 de 15 Par courriel du 4 septembre 2023, la Caisse a informé l'assuré qu'il n'avait pas droit aux indemnités de chômage en raison de son inscription au registre du commerce en tant qu'administrateur et secrétaire du conseil d'administration de la société (DO 196). En réponse à cette information, par courriel du même jour (DO 190), l'assuré a transmis à la Caisse un document daté du 31 mars 2023, signé par C. \_\_\_\_\_, intitulé « sortie du Conseil d'administration au 31.03.2023 », aux termes duquel « dès ce jour, A. \_\_\_\_\_, ne sera plus membre du conseil d'administration, en qualité de

secrétaire, de la société B. \_\_\_\_\_ SA. Son nom sera radié et n'aura plus droit à la signature à deux dès ce jour » (DO 195), ajoutant qu'il n'avait aucun pouvoir sur la situation et qu'il n'était pas responsable du « laxisme » de son ancien patron sur le plan administratif.

### **E. 6.3**

Le 6 septembre 2023, la Caisse a rendu une décision par laquelle elle a refusé le droit au chômage du recourant à partir du 1er avril 2023, au motif qu'il occupait une position assimilable à celle d'un employeur (DO 141 ss). Dans une seconde décision du même jour, elle a également demandé la restitution des indemnités versées à tort durant les périodes de contrôle d'avril à juillet 2023, à hauteur de CHF 15'955.30 (DO 145 ss). A cet égard, elle a établi des décomptes rectificatifs pour les mois concernés (DO 149 ss). Par courriel du 11 septembre 2023, l'assuré s'est opposé à ces décisions en indiquant qu'il n'était plus membre du conseil d'administration ni administrateur depuis le 31 mars 2023 (DO 114). A l'appui de ses dires, il s'est référé au document daté du 31 mars 2023 et signé par C. \_\_\_\_\_, et a également produit un extrait du registre du commerce de D. \_\_\_\_\_, daté du 8 septembre 2023, dont il ressort qu'il a été radié le 7 septembre 2023 (date de l'inscription au journal ; DO 112). Le 15 septembre 2023, il a confirmé son opposition par écrit (DO 100). Il a encore produit un procès-verbal d'une séance du conseil d'administration de B. \_\_\_\_\_ SA du 15 septembre 2023, en présence de C. \_\_\_\_\_ et de l'assuré, mentionnant « l'approbation définitive au niveau du conseil d'administration de la lettre du Président mentionnant la sortie effective du Conseil d'administration au 31.03.2023 de A. \_\_\_\_\_ » ; la « prise en compte de la demande de radiation sur le registre du commerce de A. \_\_\_\_\_, radiation qu'il a demandée de sa propre initiative » ; « réception de la lettre du registre du commerce qui confirme la radiation de A. \_\_\_\_\_ du dit registre » (DO 103 s.). Le 24 septembre 2023, l'assuré a encore produit les documents suivants (DO 69) : • Convocation à l'assemblée générale extraordinaire de B. \_\_\_\_\_ SA du 20 septembre 2023, datée du 1er septembre 2023, ayant pour ordre du jour la question de la sortie de l'assuré du conseil d'administration (DO 70) ; • Procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire de B. \_\_\_\_\_ SA du 20 septembre 2023, à laquelle a assisté exclusivement le président C. \_\_\_\_\_, agissant au nom de E. \_\_\_\_\_ Sarl, actionnaire unique de B. \_\_\_\_\_ SA. Ce procès-verbal mentionne l'acceptation par les actionnaires du fait que A. \_\_\_\_\_ « n'est plus administrateur de la société B. \_\_\_\_\_ SA depuis le 31 mars 2023 » ; « n'est plus dans le registre du commerce de la société » ; « n'a plus de droit de signature valable pour engager B. \_\_\_\_\_ SA » (DO 71-72) ;

Tribunal cantonal TC Page 10 de 15 • Extrait du registre du commerce du Luxembourg concernant E. \_\_\_\_\_ Sarl, société financière constituée le 26 août 2021 dont l'administrateur unique est C. \_\_\_\_\_ (DO 74 ss) ; • Statuts de la société B. \_\_\_\_\_ SA, déposés auprès de Me Pierre Liénard, notaire, dont il ressort que la compétence pour nommer et révoquer les membres du conseil d'administration appartient à l'assemblée générale (art. 2 ; DO 77 ss).

### **E. 6.4**

Le 27 septembre 2023, la Caisse a rendu deux décisions sur opposition, par lesquelles elle a confirmé les deux décisions initiales du 6 septembre 2023. Par décision sur opposition relative à la négation du droit au chômage, elle a tout d'abord constaté que le licenciement au 31 mars 2023 ne concernait que son contrat de travail en tant que « international business

development », mais non pas sa fonction d'administrateur et de secrétaire du conseil d'administration avec signature collective à deux, position dont il n'a été radié au registre du commerce que le 8 septembre 2023. S'agissant du courrier du 31 mars 2023, signé par C. \_\_\_\_\_, selon lequel l'assuré n'était plus membre du conseil d'administration dès cette date et serait radié du registre du commerce, la Caisse a notamment considéré que ce document, produit par l'assuré par courriel du 4 septembre 2023, ainsi que les procès-verbaux des 15 et 20 septembre 2023, produits quant à eux les 15, respectivement 24 septembre 2023, avaient été établis en raison de la présente procédure et était dès lors dénués de toute force probante suffisante pour remettre en cause l'inscription au registre du commerce (DO 56 ss). Par décision sur opposition relative à la restitution des prestations, la Caisse a par ailleurs constaté que les conditions de la restitution étaient remplies, tant s'agissant du montant demandé en restitution que du délai de péremption de la restitution (DO 61 ss).

### **E. 6.5**

Par décision du 17 janvier 2024, le tribunal de la faillite de F. \_\_\_\_\_ a prononcé la faillite de la société (extrait du registre du commerce de D. \_\_\_\_\_, état au 8 mai 2024).

### **E. 7**

Discussion – droit à l'indemnité de chômage

#### **E. 7.1**

En premier lieu, il convient de rappeler, conformément à la jurisprudence précitée (cf. supra consid. 2.4.), que s'agissant des membres du conseil d'administration d'une société, il n'est pas nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'ils exercent au sein de la société. Leur seule position au sein du conseil d'administration implique qu'ils disposent ex lege d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI, de sorte que leur droit au chômage doit être nié automatiquement. L'argumentation du recourant, relative au fait qu'il n'était qu'un simple secrétaire sans pouvoir décisionnel est ainsi dénuée de pertinence.

#### **E. 7.2**

Se pose en revanche la question de savoir jusqu'à quand sa fonction au sein du conseil d'administration doit être prise en compte. En effet, comme il ressort des considérants qui précèdent (cf. supra consid. 2.5.), si un assuré, bien qu'inscrit au registre du commerce, prouve qu'il ne possède effectivement plus de pouvoir décisionnel au sein d'une société, il a droit à l'indemnité de chômage.

Tribunal cantonal TC Page 11 de 15 Pour la Caisse, c'est la date de radiation au registre du commerce qui fait foi, soit le 8 septembre 2023. Pour le recourant, c'est au contraire la date du 31 mars 2023 qui doit être retenue, soit la date à laquelle le président de la société aurait décidé qu'il ne siègerait plus au sein du conseil d'administration. Il prétend qu'il n'avait plus le moindre pouvoir décisionnel à compter de son licenciement, et qu'il ne lui était pas non plus possible de requérir sa radiation du registre du commerce. L'autorité rétorque à cet égard que l'assuré n'a entrepris aucune démarche pour obtenir sa radiation avant d'être informé des conséquences de cette situation sur son droit au chômage. Par ailleurs, selon les statuts, la compétence pour révoquer un administrateur appartient à l'assemblée générale, de sorte que la décision du 31 mars 2023 du président de la société n'a pas de portée juridique.

#### **E. 7.3**

Il convient donc d'examiner si, en l'espèce, les éléments apportés par le recourant permettent à la Cour de céans de considérer comme établi, au degré de la vraisemblance prépondérante, que ce dernier n'était dans les faits plus membre du conseil d'administration à compter du 31 mars 2023 et qu'il n'avait ainsi, à compter de cette date, plus aucun pouvoir décisionnel au sein de la société B.\_\_\_\_\_ SA, nonobstant son inscription au registre du commerce. Tel n'est pas le cas en l'espèce.

### **E. 7.3.1**

En premier lieu, en omettant d'informer les autorités du chômage de son statut de membre du conseil d'administration dans son inscription au chômage, le recourant a, à tout le moins, manqué de transparence. On rappellera en effet que, dans le formulaire de demande d'indemnité de chômage, signé le 5 avril 2023, l'assuré a répondu par la négative à la question de savoir s'il était membre d'un organe supérieur de décision de l'entreprise (par ex. membre du conseil d'administration) de son ancien employeur. A l'appui de son inscription, il n'a produit que la lettre de licenciement du 20 mars 2023, mais pas le document daté du 31 mars 2023, par lequel C.\_\_\_\_\_ l'avait révoqué. Il n'a par la suite apparemment jamais mentionné cette situation particulière avec les autorités du chômage. Ce n'est que lors de la séance de conciliation du tribunal des prud'hommes du 24 août 2023 que la Caisse a été informée du fait que leur assuré avait été – et était encore à cette date – inscrit au registre du commerce en tant que membre du conseil d'administration de son ancien employeur. De même, ce n'est que par courriel du 11 septembre 2023 – soit en réponse à l'information selon laquelle le droit au chômage allait être nié – que le recourant a finalement produit le document daté du 31 mars 2023. On peine ainsi à comprendre pour quels motifs le recourant n'a pas transmis immédiatement ce document aux autorités du chômage, ni pourquoi il n'a pas entrepris des démarches pour demander sa radiation du registre du commerce plus rapidement, sauf à penser, comme le laisse entendre l'autorité intimée, que le document de révocation du 31 mars 2024 n'aurait en réalité été établi qu'en réaction à la présente procédure.

### **E. 7.3.2**

L'autorité intimée a également souligné que le document daté du 31 mars 2023 par C.\_\_\_\_\_ n'avait, en tant que tel, pas de portée juridique puisque, selon les statuts, il appartient

Tribunal cantonal TC Page 12 de 15 à l'assemblée générale de révoquer les membres du conseil d'administration. La seule décision unilatérale du président de la société n'était donc pas suffisante à cet égard. Le recourant critique cet argument avec véhémence, invoquant à cet égard tant la « prévalence du Code des obligations sur les Statuts en cas de divergence » que l'interdiction du formalisme excessif et la bonne foi. Dans la mesure où, comme il a déjà été dit, le seul risque d'un abus est suffisant pour nier le droit au chômage, cette question n'a pas de réelle incidence sur le sort du présent litige. Cela étant, vu l'insistance du recourant sur ce point, on relèvera malgré tout que la portée juridique du document du 31 mars 2023 apparaît à tout le moins limitée puisque, au sein même de la société, il est demeuré sans effet jusqu'au mois de septembre 2023. Il n'a en particulier pas eu de conséquence du point de vue du registre du commerce jusqu'au 7 septembre 2023 (date de l'inscription de la radiation au journal). Le fait que le président de la société ait finalement estimé nécessaire de convoquer une assemblée générale extraordinaire, qui s'est tenue le 20 septembre 2023 et dont l'unique objet était précisément la ratification de cette

révocation, tend au contraire à faire penser que le seul document daté du 31 mars 2023, qu'il avait lui-même signé, n'était en réalité pas propre à acter la révocation du mandat d'administrateur du recourant. Compte tenu de ces différents éléments, la Caisse était ainsi en droit de refuser de tenir compte de ce document, sans pour autant violer le droit d'être entendu du recourant.

### **E. 7.3.3**

Enfin et surtout, l'on ne peut suivre le recourant lorsqu'il soutient que ce n'est qu'en raison du « laxisme administratif » du président C. \_\_\_\_\_ que la radiation au registre du commerce aurait tardé. Il souligne à cet égard que ce dernier était à la fois fondateur et directeur général de B. \_\_\_\_\_ SA, dont il était également président du conseil d'administration avec signature individuelle, et enfin administrateur unique de la société-mère luxembourgeoise E. \_\_\_\_\_ Sarl. Tous ces éléments, nullement contestés, démontrent effectivement que C. \_\_\_\_\_ détenait le pouvoir décisionnel principal au sein de B. \_\_\_\_\_ SA. Une telle situation n'exclut toutefois pas automatiquement qu'une autre personne – en l'espèce, le recourant – puisse également disposer en parallèle d'un certain pouvoir décisionnel. C'est précisément la question décisive qu'il importe de trancher en l'espèce, étant rappelé, une fois encore, que le seul risque d'abus est suffisant pour nier le droit au chômage. Or, le déroulement des faits semble précisément indiquer que, contrairement à ses affirmations, le recourant disposait encore bel et bien d'une certaine influence au sein de la société, au regard de laquelle il ne saurait se plaindre d'avoir été victime du laxisme d'autrui. En effet, si rien ne semble avoir été fait suite au courrier de révocation du 31 mars 2023, il en va différemment après le 4 septembre 2023, date à laquelle le recourant a été informé par la Caisse que sa position au sein du conseil d'administration pouvait lui porter préjudice du point de vue de l'assurance-chômage.

Tribunal cantonal TC Page 13 de 15 Suite à cette information, différentes démarches se sont en effet enchaînées : radiation inscrite au journal du registre du commerce le 7 septembre 2023, séance du conseil d'administration le 15 septembre 2023 et procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire le 20 septembre 2023. La rapidité avec laquelle ces différentes démarches ont eu lieu, alors qu'elles s'étaient pourtant avérées impossibles durant de longs mois, selon les dires du recourant, démontre au contraire l'influence dont il disposait encore au sein de la société, et notamment sa capacité à inciter le président de la société à faire enfin le nécessaire. Ceci d'autant plus que ces démarches allaient prioritairement dans le sens des intérêts personnels du recourant, et non de la société ou de son président.

### **E. 7.4**

Au vu de ces différents éléments, et dans la mesure où, jusqu'au 7 septembre 2023, le recourant était toujours inscrit au registre du commerce en tant que membre du conseil d'administration de la société, l'on doit considérer que, du point de vue interne comme à l'égard des tiers, le recourant apparaissait comme disposant d'une certaine influence au sein de la société. Une telle situation était manifestement de nature à entraîner un risque d'abus. Ainsi, au vu de l'ensemble des circonstances, la Cour est d'avis qu'il n'est pas établi, au degré de la vraisemblance prépondérante applicable en l'espèce et compte tenu de la jurisprudence des « premières déclarations » (cf. supra consid. 3.3), que le recourant n'avait réellement plus aucun pouvoir décisionnel au sein de la société B. \_\_\_\_\_ SA avant sa radiation du registre du commerce. L'autorité intimée était ainsi fondée à considérer que la

situation présentait un risque d'abus et, en conséquence, à nier le droit au chômage du recourant en raison de sa position assimilable à celle d'un employeur. Il en découle le rejet des différents griefs soulevés par le recourant contre cette décision.

### **E. 7.5**

Enfin, les réquisitions de preuve formulées par le recourant tendant à l'audition de plusieurs témoins n'apparaissent pas susceptibles d'apporter un éclairage différent sur ce qui précède. Partant, elles doivent être rejetées.

### **E. 8**

Discussion – restitution des prestations

#### **E. 8.1**

A titre liminaire, la Cour constate, à l'examen d'office des délais – relatif et absolu – de péremption de l'art. 25 al. 2, 1ère phrase, LPGA, que ceux-ci ont été manifestement respectés par la Caisse. En effet, la décision initiale de restitution a été rendue le 6 septembre 2023, soit à peine deux semaines après que la Caisse a eu connaissance du statut de membre du conseil d'administration du recourant lors de la séance de conciliation du tribunal des prud'hommes le 24 août 2023, respectivement moins de quatre mois après l'octroi initial des premières indemnités pour le mois d'avril 2023 (décompte avril 2023 du 17 mai 2023, DO 244).

Tribunal cantonal TC Page 14 de 15

#### **E. 8.2**

Le recourant conteste notamment la demande de restitution au motif que les décomptes d'indemnités journalières des mois d'avril à juillet 2023 constituent des décisions entrées en force, que la Caisse ne pouvait pas reconsidérer. Ce grief tombe à faux. En effet, le principe de la restitution des prestations versées à tort, prévu par l'art. 25 LPGA, permet précisément la reconsidération ultérieure des décisions erronées, en particulier les décomptes d'indemnités par le biais desquels des prestations d'assurances ont été versées alors qu'elles n'auraient pas dû l'être. En l'espèce, la Caisse a effectivement établi des décomptes rectificatifs (DO 149 ss), par lesquels elle a reconsidéré les décomptes initiaux (DO 205, 211, 228, 244). Comme il vient d'être dit, le recourant n'avait pas droit à l'indemnité de chômage en lien avec son emploi auprès de B. \_\_\_\_\_ SA, dont il était membre du conseil d'administration. En conséquence, les décomptes d'indemnités relatifs aux mois d'avril à juillet 2023 étaient manifestement erronés et ont ainsi procuré au recourant un enrichissement illégitime. La rectification de cette erreur revêt en outre une importance notable, compte tenu des montants en jeu, à savoir un total de CHF 15'955.30. Dans ces conditions, la Cour retient que la Caisse était en droit de revenir sur les décomptes mensuels d'indemnités journalières établis initialement, décisions dont les conditions d'une reconsidération au sens de l'art. 53 al. 2 LPGA étaient remplies. Le caractère indu des prestations versées par la Caisse à l'assuré durant la période d'avril à juillet 2023 est ainsi confirmé à hauteur de CHF 15'955.30, montant dont la Caisse est dès lors en droit d'exiger de son assuré, rétroactivement, le remboursement.

#### **E. 8.3**

Au vu de ce qui précède, les décisions de la Caisse relatives aux deux premières étapes de la procédure de restitution de l'art. 25 LPGA (cf. supra consid. 4) sont fondées. Quant à la

troisième étape, relative à une éventuelle remise de l'obligation de restituer, elle a d'ores et déjà fait l'objet d'une décision de refus rendue le 15 novembre 2023 par le SPE (DO 7ss). Ce dernier devra encore, le cas échéant, statuer sur l'opposition formée par le recourant le 14 décembre 2023 contre ce refus.

## **E. 9**

Sort du recours et frais

### **E. 9.1**

Compte tenu de tout ce qui précède, le recours du 26 octobre 2023 doit être rejeté et les décisions sur opposition du 27 septembre 2023 confirmées.

### **E. 9.2**

En vertu du principe de la gratuité de la procédure, il n'est pas perçu de frais de justice (art. 61 let. fbis LPGA en lien avec l'art. 1 al. 1 LACI).

### **E. 9.3**

Il n'est pas alloué de dépens au recourant qui succombe. Il n'est pas non plus alloué d'indemnité de partie à l'autorité intimée, chargée de tâches de droit public (cf. arrêts TF 8C\_552/2009 du 8 avril 2010 consid. 6 et 9C\_312/2008 du 24 novembre 2008 consid. 8 et la référence citée).

Tribunal cantonal TC Page 15 de 15 la Cour arrête : I. Le recours est rejeté. Partant, les décisions sur opposition du 27 septembre 2023 (négation du droit à l'indemnité et restitution) sont confirmées. II. Il n'est pas perçu de frais ni alloué de dépens. III. Notification. Un recours en matière de droit public peut être déposé auprès du Tribunal fédéral contre le présent jugement dans un délai de 30 jours dès sa notification. Ce délai ne peut pas être prolongé. Le mémoire de recours sera adressé, en trois exemplaires, au Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne. Il doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve et être signé. Les motifs doivent exposer succinctement en quoi le jugement attaqué viole le droit. Les moyens de preuve en possession du (de la) recourant(e) doivent être joints au mémoire de même qu'une copie du jugement, avec l'enveloppe qui le contenait. La procédure devant le Tribunal fédéral n'est en principe pas gratuite. Fribourg, le 15 novembre 2024/isc Le Président La Greffière-rapporteure

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.