

# NE\_GERICHTE CDP.2023.50 vom 30. Mai 2024

NE Tribunal cantonal, 2024-05-30, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_CDP.2023.50](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CDP.2023.50)

FR: NE\_GERICHTE CDP.2023.50 du 30 mai 2024

IT: NE\_GERICHTE CDP.2023.50 del 30 maggio 2024

## Erwägungen

### E. 1

LACI), tandis qu'est réputé partiellement sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et cherche à exercer qu'une activité à temps partiel, ou celui qui occupe un emploi à temps partiel et cherche à le remplacer par une activité à plein temps ou à le compléter par une autre activité à temps partiel (art.10 al.

### E. 2

LACI).

b) D'après la jurisprudence (ATF 123 V 234; arrêt du TF du 19.08.2015 [8C\_511/2014] cons. 3 ; RJN 2015, p. 467), le 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 de fixer les décisions de l'employeur ou d'influencer celles-ci de manière déterminante. Dans le cas contraire, en effet, on 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 (ci-après : RHT), en particulier l'article 31 al.

### E. 3

let. c LACI lorsque dans un contexte économique difficile, ces personnes procèdent à leur propre licenciement et revendiquent l'indemnité de chômage tout en conservant leurs liens avec l'entreprise. Dans une telle configuration, en effet, il est toujours possible pour elles de se faire réengager dans l'entreprise ultérieurement et d'en reprendre les activités dans le cadre de son but social. 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. La jurisprudence exclut de considérer qu'un assuré a définitivement quitté son ancienne entreprise en raison de la fermeture de celle-ci tant qu'elle n'est pas entrée en liquidation, voire, selon les circonstances, pendant la durée de la procédure de liquidation (arrêts du TF du 05.04.2016 [8C\_401/2015], cons. 2.2 et du 21.01.2009 [8C\_492/2008] cons. 3.2). Parmi les circonstances dans lesquelles il faut exclure qu'un assuré a quitté définitivement son ancienne entreprise même pendant la durée de la procédure de liquidation de la société, il y a lieu de mentionner le cas de l'assuré qui est titulaire d'une large part du capital social et dont le conjoint est inscrit au registre du commerce (arrêt du TF du 16.04.2007 [C 180/06] cons. 3.4, SVR 2007 ALV no 21, p. 69 in : DTA 2002 no 28, p. 183) et celui du conjoint d'une associée-gérante d'une Sàrl qui a cessé d'exploiter l'entreprise mais qui n'est pas inscrite «en liquidation» au registre du commerce (arrêt du TF du 21.01.2009 [8C\_492/2008] cons. 3).

c) 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 celle-ci. On établira l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes (DTA 1996/1997 no 41, p. 227 ss cons. 1b et 2 ; SVR 1997 ALV no 101, p. 311 cons. 5c). Le Tribunal fédéral a toutefois reconnu une exception à ce principe s'agissant des membres des conseils d'administration car ils disposent ex lege (art. 716 ss CO) et de façon contraignante d'un pouvoir déterminant au sens de l'article 31 al. 3 let. c LACI. Dans ces cas-là, le droit aux prestations peut donc être exclu sans qu'il soit nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'ils exercent au sein de la société. Pendant la liquidation, les organes sociaux conservent leurs pouvoirs légaux et statutaires, bien que restreints aux actes nécessaires à cette opération et qui de par leur nature, ne sont pas du ressort des liquidateurs (cf. art. 739 al. 2 CO). En fait notamment partie, le choix de la poursuite des activités de l'entreprise jusqu'à sa vente ou sa radiation (arrêt du TF du 19.12.2006 [C 267/05] cons. 4.3.2 et les références).

En d'autres termes, c'est sans examen des circonstances particulières que ces personnes sont d'emblée exclues du droit même si, dans les faits, la personne disposant de par la loi d'un pouvoir décisionnel déterminant ne s'occupe pas des affaires de la société (Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, p. 99). Dans ce cas de figure, l'inscription au registre du commerce constitue en règle générale le critère de délimitation décisif (ATF 122 V 270 cons. 3). La radiation de l'inscription permet d'admettre sans équivoque que l'assuré a quitté la société (arrêts du TF du 01.03.2007 [C 17/06] cons. 3 et du 29.11.2005 [C 175/04] cons. 3.2). En résumé, 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.

d) Il peut par ailleurs arriver qu'une personne soit économiquement propriétaire de plusieurs entreprises. Si l'une d'entre elles tombe en faillite et que l'intéressé (qui occupait au sein de celle-ci une position analogue à celle d'un employeur) a la possibilité d'exercer une activité du même type au sein d'une autre entreprise qu'il contrôle, le droit à l'indemnité de chômage doit également être nié. Dans une telle éventualité le risque d'abus que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur est également réalisé (arrêt du TF du 29.08.2007 [C 203/06] cons. 4.2 et les références). Pour que le droit puisse être nié, les entreprises en cause doivent en principe entretenir des liens entre elles sur les plans économique et organisationnel (mêmes locaux commerciaux, type de clientèle assez semblable, buts et activités proches, etc.), de façon à ce qu'elles apparaissent, d'un point de vue économique, comme une entité assimilable globalement à une seule entreprise subissant des pertes de travail temporaires (Rubin, Droit à l'indemnité de chômage des personnes occupant une position assimilable à celle d'un employeur, in : DTA 2013 p. 6-7).

3.a) En l'occurrence, les questions de savoir si le délai-cadre déterminant doit être prolongé en raison de l'activité indépendante du recourant et si ce dernier a exercé une activité soumise à cotisation durant au moins douze mois pendant cette période (art. 9, 9a et 13 LACI) ne sont plus litigieuses et n'ont pas à être tranchées par la Cour de cassation. La décision entreprise a en effet confirmé qu'une prolongation de la période de cotisation était possible et que l'intéressé avait cotisé à l'assurance-chômage entre les années 2018 et 2019 dans le cadre de son emploi auprès de B. \_\_\_\_\_ SA.

b) Il reste à déterminer si c'est à juste titre que l'intimée a nié le droit à l'indemnité de chômage pour le motif que l'intéressé se trouvait dans une position assimilable à celle de l'employeur. À cet égard, elle a estimé que ce dernier était toujours inscrit au registre du commerce en qualité d'administrateur unique des sociétés C. \_\_\_\_\_ SA et D. \_\_\_\_\_

SA. Selon elle, le fait que celles-ci fussent «dormantes» n'était pas suffisant pour exclure un risque d'abus au sens de l'article 31 al. 3 let. c LACI. Le recourant est quant à lui d'avis que sa position au sein de B. \_\_\_\_\_ SA a été rompue par la faillite de la société. Par ailleurs, C. \_\_\_\_\_ SA et D. \_\_\_\_\_ SA n'entreprendraient aucun lien avec cette entreprise. Il n'aurait donc pas pu se réengager au sein de l'une ou l'autre de ces sociétés.

c) Il n'est pas contesté que la demande de prestations de l'intéressé est liée à la perte de son emploi auprès de B. \_\_\_\_\_ SA, dont il était également l'administrateur unique. Au moment du dépôt de sa demande d'indemnité de chômage (01.06.2022), la faillite de cette société avait été clôturée (19.11.2021). Il n'avait donc plus une position assimilable à celle d'un employeur vis-à-vis de cette entreprise. Dans de telles circonstances, si la personne assurée continue d'exercer un mandat d'administrateur auprès d'autres sociétés, le droit au chômage n'est pas exclu d'emblée (c'est dans le cadre de l'évaluation de l'aptitude au placement que cette activité doit être prise en considération). Il n'est refusé que si cette personne s'inscrit au chômage alors qu'elle a la possibilité d'exercer une activité du même type au sein d'une autre entreprise qu'elle contrôle en tout ou partie. En d'autres termes, un risque de contournement de l'indemnité de chômage doit exister. Or, dans la présente affaire, il est peu probable qu'une continuation des activités de B. \_\_\_\_\_ SA soit possible au travers des sociétés C. \_\_\_\_\_ SA et D. \_\_\_\_\_ SA. L'intimée ne prétend pas que ces entreprises auraient entretenu entre elles des liens sur les plans économique ou organisationnel. Au contraire, il ressort des extraits du registre du commerce au dossier qu'elles poursuivent des buts sociaux différents et sont actives dans des domaines distincts. Alors que le but de B. \_\_\_\_\_ SA était le «conseil, création, fabrication et commercialisation de produits et articles de luxe, notamment dans les domaines de l'horlogerie, de la bijouterie, de la joaillerie, de la mode, des arts et de la consommation», celui de C. \_\_\_\_\_ SA est l'«acquisition et administration de participations ; activité de recherche et de développement et de consulting en relation avec tout type d'activité agroalimentaire ; activité de recherche et de développement et de consulting en relation avec tout type de produits désinfectants ; activité de recherche et de développement et de consulting en relation avec tout type d'environnement en lien direct ou indirect avec l'utilisation de l'eau ; détention de brevets en relation avec l'activité exposée et/ou en relation avec les participations détenues». Quant au but de D. \_\_\_\_\_ SA, il est le suivant : «développement, direct ou indirect, de tout [sic] machine agroalimentaire notamment liée au processus de germination des graines et/ou d'enrobage des graines, et ce qu'elles soient destinées à l'être humain ou aux animaux ; fabrication, directe ou indirecte, assemblable, direct ou indirect, des machines précitées ; promotion et mise en œuvre d'une stratégie de distribution globale (sur tout le territoire du monde pour les machines précitées) ; vente, directement ou indirectement, des machines précitées et de tout type de graines et/ou graines germées et de ses dérivées ; développement et mise en place d'un laboratoire "Label bio"». Les activités exercées par ces deux sociétés n'apparaissent pas davantage complémentaires à celles de B. \_\_\_\_\_ SA. Leurs sièges sociaux se trouvent en outre à des adresses distinctes. Bien que le siège de C. \_\_\_\_\_ SA se trouve à la même adresse que l'activité indépendante exercée par le recourant après la faillite de B. \_\_\_\_\_ SA ([aaa] à Z. \_\_\_\_\_), et que celui-ci a facturé des prestations à C. \_\_\_\_\_ SA dans ce cadre, ces éléments ne sont pas suffisants à eux seuls pour considérer que la situation du recourant génère un risque d'abus en raison de ses liens avec C. \_\_\_\_\_ SA, respectivement D. \_\_\_\_\_ SA. Le droit à l'indemnité de chômage ne

saurait dès lors lui être nié à compter du 1er juin 2022 pour le motif qu'il bénéficie d'une position analogue à celle d'un employeur au sein de ces entreprises.

d) Cela étant, les pièces du dossier montrent que le fils du recourant, E. \_\_\_\_\_, a repris la société I. \_\_\_\_\_ Sàrl. L'\_\_\_\_\_ intimée n'a effectué aucune mesure d'\_\_\_\_\_ instruction en lien avec cette société. Il ressort pourtant de l'\_\_\_\_\_ extrait du registre du commerce y relatif que les parts du recourant ont été transmises à son fils quelques mois avant sa demande d'\_\_\_\_\_ indemnité chômage et que le but de la société a été modifié dans le même temps (publication FOOSC du 21.03.2022). Son nouveau but social est très proche de celui de B. \_\_\_\_\_ SA : «conseil, création, fabrication et commercialisation de produits et articles de toute gamme de prix, notamment dans les domaines de l'\_\_\_\_\_ horlogerie, de la bijouterie, de la joaillerie, de la mode, des arts et de la consommation, ainsi que toutes activités convergentes». E. \_\_\_\_\_ est également associé gérant avec pouvoir de signature individuelle de la société J. \_\_\_\_\_ Sàrl, inscrite le 4 mars 2021, qui poursuit elle aussi un but similaire à celui de B. \_\_\_\_\_ SA : «conseil, création, fabrication et commercialisation de produits et articles de toute gamme de prix, notamment dans les domaines de l'\_\_\_\_\_ horlogerie classique et/ou connectée, de la bijouterie, de la joaillerie, de la mode, des arts et de la consommation, ainsi que toutes activités convergentes». L'\_\_\_\_\_ adresse de ces deux sociétés est identique ([aaa] à Z. \_\_\_\_\_, propriété du recourant selon le Géoportail du SITN, consulté le 27.05.2024). E. \_\_\_\_\_ est encore associé gérant avec pouvoir de signature collective à deux de la société F. \_\_\_\_\_ SA, dont la date d'\_\_\_\_\_ inscription (02.09.2019) coïncide avec l'\_\_\_\_\_ ouverture de la faillite de B. \_\_\_\_\_ SA, et dont le but social est à nouveau similaire à celui de l'\_\_\_\_\_ ancienne société du recourant : «conseil, fabrication et commercialisation de produits et articles de luxe, notamment dans les domaines de l'\_\_\_\_\_ horlogerie, de la bijouterie, de la joaillerie, de la mode, des arts et de la consommation ; toutes activités convergentes à ces buts». Vu ce qui précède, E. \_\_\_\_\_ gère trois sociétés avec un but proche de celui de l'\_\_\_\_\_ ancienne entreprise du recourant. Se pose dès lors la question de savoir si, à travers ces trois sociétés, ce dernier a \_\_\_\_\_ ou aurait eu \_\_\_\_\_ la possibilité de développer ou de reprendre certaines des activités précédemment exercées dans le cadre de B. \_\_\_\_\_ SA. La CCNAC n'a pas examiné cette question et les extraits du registre du commerce ne sont pas suffisants pour retenir, au degré de la vraisemblance prépondérante, que le recourant possède un lien étroit avec les entreprises précitées, ce qui laisse subsister la possibilité d'\_\_\_\_\_ une réactivation des rapports de travail (décidée par lui-même ou par son fils). Il ressort également de l'\_\_\_\_\_ index central des raisons de commerce (zefix.ch) qu'\_\_\_\_\_ un dénommé E. \_\_\_\_\_ est associé gérant avec signature individuelle de deux sociétés actives dans le domaine des installations électriques ayant siège dans le canton de Fribourg (G. \_\_\_\_\_ Sàrl et H. \_\_\_\_\_ Sàrl). S'il s'agit du fils du recourant, l'\_\_\_\_\_ exercice de ces activités met en doute sa disponibilité à gérer I. \_\_\_\_\_ Sàrl, J. \_\_\_\_\_ Sàrl et F. \_\_\_\_\_ SA (cf. à cet égard arrêt de la Ie Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal fribourgeois du 18.05.2020 [605 2019 161] cons. 4.2). Selon le recourant, il ne s'agirait toutefois pas de son fils mais d'\_\_\_\_\_ un homonyme (il ne produit néanmoins aucun moyen de preuve à l'\_\_\_\_\_ appui de son assertion). En l'état du dossier, il n'est donc pas possible de statuer en toute connaissance de cause sur le risque de contournement de l'\_\_\_\_\_ indemnité de chômage. Le dossier doit par conséquent être renvoyé à l'\_\_\_\_\_ intimée pour qu'elle détermine la possibilité effective du recourant d'influencer le processus de décision de ces trois entreprises et rende une nouvelle décision.

4. Il s'ensuit que la décision litigieuse doit être annulée et la cause renvoyée à la CCNAC pour instruction complémentaire et nouvelle décision au sens des considérants.

a) Il est statué sans frais, la LACI n'en prévoyant pas (art. 61 let. f bis LPGA). Le recourant, qui est représenté par une mandataire professionnelle et qui obtient gain de cause, a droit à une allocation de dépens à la charge de l'intimée (art. 60 let. g LPGA). Le montant de cette indemnité est déterminé sans égard à la valeur litigieuse d'après l'importance et la complexité du litige (art. 61 let. g LPGA), dans les limites prévues par la loi du 6 novembre 2019 fixant le tarif des frais, des émoluments de chancellerie et des dépens en matière civile, pénale et administrative (LTFrais). Me K. \_\_\_\_\_ a déposé un mémoire d'honoraires portant sur un montant de 3'899.22 francs, correspondant à une activité de 11 heures et 43 minutes indemnisées au tarif de 300 francs de l'heure (soit CHF 3'515.00), des débours à raison de 3 % des honoraires (soit CHF 105.45) et la TVA au taux de 7,7 % (soit CHF 278.77). Une telle activité paraît excessive au regard de la nature de l'affaire, de la difficulté de la cause, et du fait que cette mandataire représentait déjà le recourant dans le cadre de la procédure d'opposition. Tout bien considéré, l'activité indemnisable peut être ramenée à quelque 8 heures. Vu le tarif appliqué par la Cour de droit public, de l'ordre de 280 francs de l'heure (CHF 2'240.00), des débours à raison de 3 % des honoraires tels que requis par la mandataire (CHF 67.20) et de la TVA de 7,7 % (CHF 167.65), l'indemnité de dépens sera fixée à 2'484.85 francs.

b) Le recourant sollicite une indemnité de dépens pour la procédure d'opposition. Selon l'article 52 al. 3 LPGA, il ne peut, en règle générale, être alloué de dépens dans cette procédure. L'unique exception par laquelle des dépens peuvent être alloués est celle de l'opposant qui, en cas de perte du procès, aurait pu prétendre à l'assistance judiciaire (ATF 140 V 116c. 3.3 ; SVR 2018 EL n° 18 c. 8.2). Cette condition n'est toutefois pas réalisée dans le cas présent.

Par ces motifs, la Cour de droit public

1. Admet le recours.

2. Annule la décision attaquée et renvoie la cause à la CCNAC pour instruction complémentaire puis nouvelle décision au sens des considérants.

3. Statue sans frais.

4. Alloue au recourant, pour la deuxième instance, une indemnité de dépens de 2'484.85 francs à charge de la CCNAC.

Neuchâtel, le 30 mai 2024

#### **E. 4**

Il s'ensuit que la décision litigieuse doit être annulée et la cause renvoyée à la CCNAC pour instruction complémentaire et nouvelle décision au sens des considérants. a) Il est statué sans frais, la LACI n'en prévoyant pas (art. 61 let. f bis LPGA). Le recourant, qui est représenté par une mandataire professionnelle et qui obtient gain de cause, a droit à une allocation de dépens à la charge de l'intimée (art. 60 let. g LPGA). Le montant de cette indemnité est déterminé sans égard à la valeur litigieuse d'après l'importance et la complexité du litige (art. 61 let. g LPGA), dans les limites prévues par la loi du 6 novembre 2019 fixant le tarif des frais, des émoluments de chancellerie et des dépens en matière civile, pénale et administrative (LTFrais). Me K. \_\_\_\_\_ a déposé un mémoire

d'honoraires portant sur un montant de 3'899.22 francs, correspondant à une activité de 11 heures et 43 minutes indemnisées au tarif de 300 francs de l'heure (soit CHF 3'515.00), des débours à raison de 3 % des honoraires (soit CHF 105.45) et la TVA au taux de 7,7 % (soit CHF 278.77). Une telle activité paraît excessive au regard de la nature de l'affaire, de la difficulté de la cause, et du fait que cette mandataire représentait déjà le recourant dans le cadre de la procédure d'opposition. Tout bien considéré, l'activité indemnisable peut être ramenée à quelque 8 heures. Vu le tarif appliqué par la Cour de droit public, de l'ordre de 280 francs de l'heure (CHF 2'240.00), des débours à raison de 3 % des honoraires tels que requis par la mandataire (CHF 67.20) et de la TVA de 7,7 % (CHF 167.65), l'indemnité de dépens sera fixée à 2'484.85 francs. b) Le recourant sollicite une indemnité de dépens pour la procédure d'opposition. Selon l'article 52 al. 3 LPGA, il ne peut, en règle générale, être alloué de dépens dans cette procédure. L'unique exception par laquelle des dépens peuvent être alloués est celle de l'opposant qui, en cas de perte du procès, aurait pu prétendre à l'assistance judiciaire ( ATF 140 V 116 c. 3.3 ; SVR 2018 EL n° 18 c. 8.2). Cette condition n'est toutefois pas réalisée dans le cas présent.

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