

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 28 septembre 2012

Présidence de Mme PASCHE
Juges : Mme Röthenbacher et M. Neu
Greffière : Mme Pradervand

Cause pendante entre :

J._____, à Echallens, recourant,

et

CAISSE CANTONALE DE CHOMAGE, Division juridique, à Lausanne,
intimée.

Art. 8 et 31 al. 3 let. c LACI

E n f a i t :

A. J._____ (ci-après: l'assuré ou le recourant), né en 1961, a travaillé auprès de la société B._____SA du 1^{er} juin 1990 au 31 octobre 2009. Cette société est inscrite au registre du commerce depuis le 29 mars 1990 avec pour but l'exploitation d'un cabinet fiscal et toute opération fiduciaire. L'assuré en était l'unique administrateur avec signature individuelle jusqu'au 8 décembre 2009, date à laquelle E._____ et F._____ ont été nommés nouveaux administrateurs, J._____ assurant désormais la présidence du conseil d'administration, avec signature collective à deux.

L'assuré a présenté une demande d'indemnités de chômage, le 16 septembre 2010, pour être indemnisé à partir du 18 août 2010. Il a déclaré, dans le formulaire y relatif, que son dernier employeur était U._____SA et qu'il y avait travaillé du 1^{er} août 2009 au 31 janvier 2010. Il a encore mentionné avoir travaillé auparavant auprès de B._____SA du 1^{er} janvier 2008 au 31 juillet 2009.

Par courrier du 17 septembre 2010, la Caisse cantonale de chômage, Agence X._____, a prié l'assuré de lui indiquer quelle avait été son activité du 1^{er} février au 17 août 2010, et de lui remettre les décomptes mensuels de salaire relatifs aux mois travaillés auprès d'U._____SA d'août 2009 au 31 janvier 2010, ainsi que de faire compléter par U._____SA l'attestation de l'employeur qui était jointe.

Sur requête de la Caisse cantonale de chômage, Agence X._____, l'administratrice avec signature individuelle d'U._____SA lui a fait savoir, dans un courrier du 13 décembre 2010, qu'elle n'avait retrouvé ni contrat de travail, ni fiches de salaire, ni annonces AVS concernant l'assuré. Ce dernier s'était proposé de rendre service en s'occupant quelques heures par semaine de la partie comptable de la société «par l'intermédiaire de sa propre fiduciaire (B._____SA à [...])».

Par courrier du 22 décembre 2010, la Caisse cantonale de chômage, Agence X._____, a alors invité l'assuré à lui communiquer l'extrait de son compte AVS, les décomptes mensuels de salaire relatifs aux douze mois travaillés chez B.____SA, le contrat de travail avec cette société et la lettre de fin des rapports travail, ainsi qu'à faire compléter par B.____SA l'attestation de l'employeur qui était jointe.

En l'absence de réponse de l'assuré, la Caisse cantonale de chômage, Agence X._____, l'a interpellé à nouveau dans son courrier du 18 mai 2011.

Par courrier du 19 juin 2011, l'assuré a fait parvenir à la Caisse cantonale de chômage, Agence X._____, les documents et renseignements suivants:

- «- Attestation de l'employeur complétée par B.____SA
- Copie des décomptes salaires de janvier 2008 à octobre 2009
- Il n'est pas possible de produire le contrat de travail entre B.____SA et moi-même. Le début de l'engagement date d'il y a plus de 20 ans, et ledit contrat demeure introuvable.
- Il n'y a pas eu de lettre de congé, celui-ci a été donné oralement.
- Extrait du compte AVS: demandé à la caisse AVS il y a plus de 3 semaines, mais pas encore reçu. Ce document suivra sitôt réception.
- Je n'ai pas exercé d'activité lucrative de février à ce jour.»

Selon l'attestation de l'employeur du 14 juin 2011, l'assuré avait travaillé en qualité de directeur auprès de B.____SA du 1^{er} juin 1990 au 31 octobre 2009. Le contrat avait été résilié en mai 2009 pour le 31 octobre 2009.

B. Par décision du 7 juillet 2011, la Caisse cantonale de chômage, Agence X._____, a refusé à l'assuré le droit à des indemnités de chômage au motif que, durant les deux ans qui avaient précédé son inscription au chômage, l'assuré avait assumé la fonction de directeur auprès de B.____SA et était toujours inscrit au registre du commerce en qualité d'administrateur président avec signature collective à deux de cette société, singulièrement y exerçait une fonction dirigeante. Or selon la Caisse cantonale de chômage, Agence X._____, en vertu 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), applicable par analogie à l'indemnité de chômage, les personnes qui se retrouvent totalement ou partiellement au chômage parce qu'elles ont perdu l'emploi qu'elles occupaient dans une entreprise où elles continuent néanmoins à occuper une position assimilable à celle d'un employeur n'ont pas le droit à l'indemnité de chômage, puisqu'elles conservent leur pouvoir d'influence sur les processus de décision de l'entreprise; tant que ces personnes n'ont pas définitivement quitté l'entreprise et abandonné leur position assimilable à celle d'un employeur, elles n'ont pas le droit à l'indemnité de chômage. La Caisse cantonale de chômage, Agence X._____, rappelait que l'inscription au registre du commerce constituait, selon la jurisprudence, le critère le plus important et le plus simple pour juger si une position était assimilable à celle d'un employeur. Vu l'inscription de l'assuré au registre du commerce, il était réputé disposer d'un pouvoir décisionnel au sein de la société B._____SA, ce qui excluait tout droit aux indemnités de chômage.

Le 19 août 2011, l'assuré a fait opposition à la décision du 7 juillet 2011 rendue par la Caisse cantonale de chômage, Agence X._____. Il a expliqué que quand bien même il était encore inscrit au registre du commerce, il n'avait plus aucun pouvoir décisionnel au sein de B._____SA depuis son départ le 31 octobre 2009. Il était resté inscrit dans l'unique objectif de présenter les clients de B._____SA à ses successeurs, sans être rémunéré.

Le 21 novembre 2011, l'inscription de J._____ en tant qu'administrateur président de la société B._____SA a été radiée. F._____ et E._____ ont été nommés respectivement administrateur président et administrateur secrétaire.

Par décision sur opposition du 12 décembre 2011, Caisse cantonale de chômage, Division juridique (ci-après: la Caisse ou l'intimée), a rejeté l'opposition et confirmé la décision de la Caisse cantonale de chômage, Agence X._____, du 7 juillet 2011. Elle a retenu que le seul fait d'être inscrit au registre du commerce en tant qu'administrateur

permettait de considérer que l'assuré avait une fonction dirigeante et qu'il ne pouvait ainsi percevoir des indemnités de chômage.

C. Par acte du 13 janvier 2012, J._____ a formé recours contre la décision sur opposition du 12 décembre 2011 auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal. Il conclut à l'octroi des prestations de l'assurance-chômage à compter du 18 août 2010. Il fait valoir, en substance, que s'il était certes encore inscrit au registre du commerce à l'époque comme administrateur avec signature collective à deux de B._____SA, en précisant qu'il en avait été radié entre-temps, il ne détenait plus aucun pouvoir décisionnel dès lors qu'il avait quitté l'emploi qu'il occupait en octobre 2009. Ce n'est que pour présenter les clients de la société à ses successeurs qu'il avait accepté de rester inscrit au registre du commerce, sans percevoir de rémunération, ni influencer les décisions de la société. Il déplore ainsi que l'intimée n'ait tenu compte que de son inscription au registre du commerce et non de la situation concrète.

Dans sa réponse du 6 février 2012, l'intimée indique n'avoir aucune observation complémentaire à formuler.

Par écriture du 28 février 2012, le recourant a sollicité l'audition de deux témoins, à savoir les actuels administrateurs de B._____SA.

D. Une audience d'instruction s'est tenue le 6 juin 2012. A cette occasion, le recourant a déclaré avoir débuté une activité auprès d'U._____SA à la suite de son départ de B._____SA. U._____SA ayant mal tourné, il a quitté l'entreprise après trois mois. Il a ensuite suivi des cours. Le recourant a en outre expliqué que l'entreprise individuelle A._____, figurant au registre du commerce du canton de Vaud, n'avait plus d'activité depuis dix ans. Quant à W._____Sàrl, elle avait été mise en veilleuse jusqu'à que le recourant reprenne des études en mai-juin 2011. Depuis lors, il exploitait cette société à raison de 20%, ce qu'il assimilait à un travail d'étudiant. Il exposait encore que M._____SA, en

liquidation, dont il était l'administrateur avec signature individuelle, était en faillite. Cette société était détenue par les mêmes actionnaires qu'U._____SA, lesquels l'avaient nommé administrateur, et pour laquelle il n'avait jamais touché de rémunération. Le recourant indiquait finalement qu'il venait de terminer un brevet fédéral de spécialiste de la migration.

A l'audience, les témoins F._____ et E._____ ont également été entendus.

F._____ a confirmé que le recourant n'avait pris aucune décision depuis la reprise de la société en novembre 2009, n'avait signé aucun document engageant l'entreprise et n'avait assisté à aucun conseil d'administration. Il n'avait donc, selon lui, aucune fonction dirigeante et ne touchait aucune rémunération depuis le 1^{er} novembre 2009. Selon F._____, il était nécessaire que le recourant reste inscrit au registre du commerce afin de leur présenter les clients de B._____SA, vu les rapports de confiance, voire d'amitié, qu'il entretenait avec eux depuis vingt ans. Le témoin a encore précisé que J._____ venait à la demande, le temps de faire les présentations.

E._____, quant à lui, a également confirmé que le recourant n'avait pas d'influence sur le processus de décision au sein de B._____SA depuis son départ de l'entreprise et qu'il ne touchait aucune rémunération depuis lors. Il a encore confirmé que le recourant n'avait pas participé à des séances du conseil d'administration. Il a expliqué n'avoir jamais croisé le recourant au sein de l'entreprise, tant en 2010 lorsqu'il occupait d'autres locaux, qu'en 2011. Le recourant n'avait donc, selon lui, aucune fonction dirigeante. L'inscription au registre du commerce visait à ne pas déstabiliser la clientèle. Il a enfin précisé ignorer ce que J._____ avait fait après son départ de l'entreprise en novembre 2009.

Par courrier du 6 juin 2012, le juge instructeur a transmis aux parties les procès-verbaux de l'audience tenue le même jour et leur a imparti un délai au 27 juin 2012 pour déposer d'éventuelles déterminations.

Le recourant a renoncé à se déterminer et l'intimée a indiqué le 21 mai 2012 ne pas avoir de déterminations à déposer.

E n d r o i t :

1. a) Conformément à l'art. 56 al. 1 LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales; RS 830.1) applicable en vertu de l'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 rendues par les autorités compétentes en matière d'assurance-chômage sont sujettes à recours auprès du tribunal cantonal des assurances (art. 57 LPGA) compétent selon l'art. 58 LPGA. Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA).

En l'espèce, le recours, déposé en temps utile, est au surplus recevable quant à la forme (art. 61 let. b LPGA), de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

b) Selon l'art. 93 al. 1 let. a LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative; RSV 173.36), la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer. La valeur litigieuse étant susceptible de dépasser 30'000 fr., compte tenu du montant des indemnités journalières et du nombre maximum d'indemnités journalières auxquelles le recourant pourrait, le cas échéant, avoir droit, la présente cause doit être tranchée par la cour composée de trois magistrats (art. 94 al. 4 LPA-VD et art. 83c LOJV [loi cantonale vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01]).

2. Le litige porte sur le refus du droit du recourant à l'indemnité chômage dès le 18 août 2010, au motif qu'il était inscrit au registre du commerce en tant qu'administrateur avec signature collective à deux.

a) En vertu 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 1 de cette disposition.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'art. 31 al. 3 let. c LACI s'applique par analogie à l'indemnité de chômage (TFA C 50/04 du 26 juillet 2005, consid. 3.2). Cette disposition prévoit que 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, n'ont pas le droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail; il en va de même des conjoints de ces personnes qui sont occupées dans l'entreprise. En matière d'indemnité de chômage, cette disposition signifie que le travailleur qui jouit d'une situation professionnelle comparable à celle d'un employeur n'a pas le droit à l'indemnité de chômage, lorsque bien que licencié formellement par l'entreprise, il continue de fixer les décisions de l'entreprise ou à pouvoir les influencer de manière considérable (TF 8C_515/2007 du 8 avril 2008, consid. 2.2; TFA C 45/04 du 27 janvier 2005, consid. 3.1).

La raison de l'application analogique de cette disposition en matière de droit à l'indemnité de chômage est d'éviter de pouvoir contourner par le biais de l'indemnité de chômage le but de la réglementation en matière d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (TFA C 45/04 du 27 janvier 2005, consid. 3.1); le but de cette disposition est d'éviter les abus à l'assurance-chômage que rend possible le fait de disposer d'un pouvoir de décision au sein de l'entreprise (notamment le fait de pouvoir exercer une influence sur sa propre perte de travail, possibilité d'influence sur son propre réengagement, circonstances qui rendent le chômage difficilement contrôlable) (cf. ATF 123 V 234, consid. 7b/bb).

b) La jurisprudence précise qu'il n'est pas admissible de refuser, de façon générale, le droit à l'indemnité au seul motif que l'employé peut engager l'entreprise par sa signature et qu'il est inscrit 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. C'est donc la notion matérielle de l'organe dirigeant qui est déterminante, car c'est la seule façon de garantir que l'art. 31 al. 3 let. c LACI, qui vise à combattre les abus, remplisse son objectif. 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 (TFA C 45/04 du 27 janvier 2005, consid. 3.1).

La seule exception à ce principe que reconnaît le Tribunal fédéral concerne les personnes dont le pouvoir décisionnel résulte de la loi. Ainsi, les membres du conseil d'administration d'une société anonyme ou les associés et les associés-gérants d'une société à responsabilité limitée sont réputés disposer d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI, sans qu'il ne soit nécessaire de procéder à l'examen concret des responsabilités matérielles qu'ils exercent au sein de la société, fut-ce en ne disposant que d'une signature collective (ATF 122 V 270, consid. 3; TF 8C_515/2007 du 8 avril 2008, consid. 2.2 in fine; TFA C 37/02 du 22 novembre 2002, consid. 4; TF 8C_140/2010 du 12 octobre 2010, consid. 4.2).

c) La situation est différente, en ce sens qu'il n'y a plus de risque d'abus à l'assurance-chômage, lorsque 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 (TF 8C_515/2007 du 8 avril 2008, consid. 2.2 et les références citées; cf. également ATF 123 V 234, consid. 7b/bb). Le Tribunal fédéral se montre toutefois 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. Ainsi, pour la Haute Cour, 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: leur chômage est difficilement contrôlable et aussi longtemps que cette influence subsiste, il existe une possibilité de réengagement (DTA 2004 n° 20 p. 195, consid. 4, 2002 p. 183; TFA C 50/04, consid. 3.1).

3. Le recourant explique que depuis son départ de la société B._____SA en octobre 2009, le pouvoir de gestion se trouvait en mains de ses successeurs E._____ et F._____. Il explique également que ses interventions se limitaient à présenter les clients de B._____SA à ses successeurs, sans percevoir de rémunération. Quand bien même il y aurait lieu de retenir sur la base des déclarations des témoins E._____ et F._____ que le recourant n'avait plus de pouvoir décisionnel au sein de la société B._____SA, il convient de s'en tenir au fait qu'il disposait ex lege d'un pouvoir déterminant sur les décisions de l'employeur au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI et de la jurisprudence y relative aussi longtemps qu'il était administrateur de la société.

En d'autres termes, la rupture de tous liens avec l'employeur est intervenue formellement lors de sa radiation au registre du commerce le 21 novembre 2011. Avant cette date, en tant qu'administrateur, le recourant avait non seulement le droit, mais l'obligation de participer à la gestion de la société, conformément à l'art. 716a al. 1 CO (loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse; RS 220) qui énumère les attributions «intransmissibles et inaliénables» des administrateurs de la société anonyme. Il était légalement tenu de nommer et révoquer les personnes de la gestion et de la représentation (art. 716a al. 1 ch. 4 CO). Il importe donc peu que son inscription vise uniquement à rassurer la clientèle de B._____SA et à en assurer le transfert à ses successeurs, car sa qualité d'administrateur est suffisante pour considérer qu'il disposait ex lege d'un pouvoir sur la prise de décision de l'employeur, à tout le moins pouvait l'influencer de manière considérable. Partant, on ne peut exclure

que le recourant puisse exercer une influence sur sa perte de travail ou sur son réengagement auprès de B._____SA, ce qui rendait son chômage difficilement contrôlable, à tout le moins aussi longtemps que sa qualité d'administrateur a subsisté. Au regard de la jurisprudence particulièrement rigoureuse rappelée ci-dessus, il y a bien lieu d'exclure le droit à l'indemnité de chômage dès le 18 août 2010, la position assimilée à celle de l'employeur du recourant n'ayant pris fin qu'à compter de sa radiation du registre du commerce, le 21 novembre 2011. Le droit litigieux doit donc être nié, à tout le moins jusqu'à cette date. A cela s'ajoute, que le recourant était, pendant la période litigieuse et encore à ce jour, inscrit en tant qu'associé-gérant avec signature individuelle d'une autre société, à savoir W._____Sàrl, ce que l'instruction a permis d'établir. La qualité d'associé-gérant de cette société du recourant n'ayant pas pris fin, il convient de constater qu'il occupe une position comparable à celle du conseil d'administration d'une société anonyme (cf. consid. 2b supra). Son droit aux prestations peut dès lors pour ce motif également être exclu sans qu'il ne soit nécessaire de déterminer plus concrètement sa responsabilité auprès de cette société.

4. Il en résulte que la Caisse n'a pas violé le droit fédéral en niant le droit à l'indemnité de chômage. Le recours doit donc être rejeté, ce qui entraîne la confirmation de la décision attaquée du 12 décembre 2011.

La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA). Vu le sort de la cause, le recourant n'a pas le droit à l'allocation de dépens (art. 61 let. g LPGA a contrario).

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

I. Le recours est rejeté.

II. La décision sur opposition rendue le 12 décembre 2011 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 :

La greffière :

Du

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

- M. J. _____,
- 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 :