

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 19 juin 2014

Présidence de M. NEU, juge unique
Greffier : M. Addor

Cause pendante entre :

L._____, à Bavois, recourant, représenté par Me Sandra Genier Müller,
avocate à Montreux,

et

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

Art. 51 LACI

E n f a i t :

A. Par contrat de travail du 1^{er} décembre 2010, L._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en 1952, a été engagé en qualité d'ingénieur chef au taux de 70% par la société D._____ SA. Le 21 février 2011, l'assuré a été inscrit au registre du commerce en qualité d'administrateur de cette entreprise, avec signature collective à deux.

Dans une lettre recommandée du 26 août 2011, l'assuré a fait savoir à son employeur qu'il mettait un terme avec effet immédiat à sa collaboration en raison d'un arriéré de salaire s'élevant à 26'914 fr. 70 pour les mois de janvier à août 2011, selon décompte joint en annexe. Il a par la même occasion démissionné de sa charge d'administrateur.

Le 8 septembre 2011, l'inscription de l'assuré en tant qu'administrateur au registre du commerce a été radiée, G._____ restant seul administrateur de la société D._____ SA, avec signature individuelle.

Par décision du 12 février 2013, le Tribunal d'arrondissement de [...] a prononcé la faillite de la société D._____ SA. La procédure de faillite, suspendue faute d'actif, a été clôturée le 21 mars 2013.

B. En date du 15 mars 2013, L._____ a déposé auprès de la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la caisse ou l'intimée) une demande d'indemnité en cas d'insolvabilité, pour des salaires non payés du 1^{er} avril au 26 août 2011. La créance s'élevait à 6'671 fr. 50 pour chacun des mois revendiqués. Une lettre d'accompagnement du 14 mars 2013 était jointe.

Dans une lettre du 16 avril 2013, l'assuré a fourni à la demande de la caisse diverses explications quant à la créance qu'il faisait valoir. Il a ainsi précisé le montant du salaire annuel brut et du salaire mensuel brut, le nombre d'heures travaillées par mois, le salaire horaire,

le solde de vacances, les frais mensuels encourus et le montant des rétributions versées en neuf mois d'activité au service de D. _____ SA.

Par décompte du 18 avril 2013, la caisse a versé à l'assuré un montant de 17'493 fr., soit 70% de son droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité pour la période du 27 avril au 26 août 2011.

Lors d'un contrôle interne du 22 avril 2013, il a été relevé que l'assuré n'avait pas droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité, motif pris qu'il avait été inscrit au registre du commerce en tant qu'administrateur de la société D. _____ SA jusqu'au 8 septembre 2011.

Par décision du 9 juillet 2013, la caisse a réclamé à l'assuré la restitution de la somme de 17'493 fr. Elle a expliqué que, durant la période du 27 avril au 26 août 2011, l'intéressé était inscrit au registre du commerce en qualité d'administrateur de D. _____ SA avec signature collective à deux, ce qui excluait le droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité.

Le 6 septembre 2013, l'assuré s'est opposé à cette décision. Il a expliqué qu'il avait été engagé à titre principal en tant qu'ingénieur chef, le mandat d'administrateur revêtant un aspect purement théorique. Explicitant son point de vue, il a souligné que, selon une clause de son contrat de travail, il se trouvait en position de subordination vis-à-vis de G. _____. C'est ainsi qu'il n'avait jamais eu accès aux documents comptables de l'entreprise, de sorte qu'il en ignorait l'état précis des finances. Par ailleurs, le fait d'avoir été inscrit au registre du commerce avait pour seul but de lui permettre de bénéficier d'une certaine crédibilité pour démarcher les clients. L'assuré a déduit de ce qui précède qu'il n'avait jamais eu de quelconque pouvoir sur l'orientation, l'étendue ou l'activité de la société. En ce qui concerne la restitution de la somme réclamée, l'assuré s'est prévalu du délai de péremption d'une année prévu par l'article 95 al. 4 de la loi sur l'assurance-chômage (LACI). Selon la jurisprudence, ce délai commence à courir dès le moment où la caisse de chômage aurait dû connaître les faits fondant l'obligation de restituer, en

faisant preuve de l'attention que l'on peut raisonnablement exiger d'elle. En l'occurrence, le délai avait commencé de courir le 8 septembre 2011, soit au jour de la publication dans les journaux officiels de la radiation de l'assuré de son poste d'administrateur de D._____ SA. Partant, la demande de restitution du 9 juillet 2013 était périmée. Enfin, l'assuré a fait valoir qu'il ne disposait plus de la somme réclamée et qu'il n'avait jamais caché le fait qu'il avait été administrateur de la société faillie. Il devait donc être mis au bénéfice des conditions définies à l'art. 25 al. 1 de la loi sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA), permettant à l'administration de renoncer à réclamer le remboursement de la somme versée, si le bénéficiaire était de bonne foi et si la restitution devait entraîner des rigueurs particulières. Tel était le cas en l'espèce, selon l'assuré. En conséquence, celui-ci a conclu à l'annulation de la décision du 9 juillet 2013.

Par décision du 19 novembre 2013, la caisse a rejeté l'opposition formée par l'assuré. Elle a considéré que, s'agissant de l'octroi d'une indemnité en cas d'insolvabilité, l'étendue du pouvoir décisionnel effectif au sein de la société n'était pas déterminant. Elle s'est ensuite prévaluée des règles sur la reconsidération pour justifier sa demande de restitution, arguant que le décompte de versement du 18 avril 2013 était entaché d'une erreur manifeste. Il en résultait que le délai de péremption d'une année avait commencé de courir dès cette date, si bien que la décision de restitution n'était pas atteinte par la péremption. Elle a enfin fait observer que la demande de remise obéissait à des conditions spécifiques et faisait l'objet d'une procédure particulière.

C. Par acte du 20 décembre 2013, L._____ a déféré cette décision devant la Cour de céans. Reprenant les arguments développés en procédure administrative, il sollicite la tenue de débats publics et l'audition de G._____. Avec suite de frais et dépens, il conclut, principalement, à l'admission de l'opposition formée contre la décision du 9 juillet 2013 et à ce qu'il ne soit pas tenu de restituer la somme réclamée. Subsidiairement, il demande l'annulation de la décision entreprise, la cause étant renvoyée à la caisse intimée pour nouvelle

décision. Plus subsidiairement, il conclut à ce qu'il soit exonéré du remboursement des prestations versées en application des dispositions sur la remise et plus subsidiairement encore, à ce qu'il soit autorisé à rembourser les prestations versées selon le décompte du 18 avril 2013 par mensualités de 100 fr., dès le 1^{er} février 2014 et sans qu'il ne soit perçu d'intérêts.

Dans sa réponse du 5 février 2014, l'intimée a réitéré la motivation contenue dans la décision querellée. Elle rappelle que l'examen du droit à une indemnité en cas d'insolvabilité ne dépend pas des responsabilités concrètes assumées au sein de l'entreprise. Elle répète en outre avoir commis une erreur en versant la prestation litigieuse en date du 18 avril 2013, alors qu'elle avait eu connaissance de la fonction d'administrateur de l'assuré au mois de mars 2013 déjà, soit lors de la demande de prestations. Se prévalant de la réglementation en matière de reconsidération des décisions rendues par un assureur social, l'intimée soutient qu'elle disposait d'un délai d'un an dès le versement des prestations indues pour exercer son droit à la restitution, ce qu'elle a fait en date du 9 juillet 2013. Pour ces motifs, elle maintient par conséquent sa position et propose le rejet du recours.

Se déterminant par réplique du 18 février 2014, le recourant a une nouvelle fois sollicité l'audition de G._____ en tant que témoin. Il réaffirme n'avoir jamais exercé d'influence sur la conduite des affaires et sur la politique de l'entreprise. Il n'a en outre jamais eu de droit de regard sur les pièces comptables de son employeur, de sorte qu'il estime inique, voire arbitraire, de l'exclure d'office du cercle des personnes bénéficiant du droit aux indemnités, sans même examiner les circonstances particulières de sa situation. Relevant que son cas diffère sensiblement de ceux ayant fait l'objet des arrêts rendus par le Tribunal fédéral à ce propos, il demande que la présente cause soit tranchée « ex aequo et bono » et qu'il soit exonéré du remboursement des prestations versées par la caisse de chômage.

Le 11 mars 2014, l'intimée a fait savoir que, pour les raisons exposées dans sa réponse, il n'y avait pas lieu d'entendre le témoin proposé par le recourant. Elle maintenait par conséquent ses conclusions.

D. **a)** Une audience d'instruction a été tenue le 4 avril 2014, au cours de laquelle G. _____ a été entendu en tant que témoin. Il a déclaré ce qui suit :

« Je précise avoir fait une attaque cérébrale il y a trois ans et espère ne pas avoir de problèmes de mémoire aujourd'hui. Je précise que M. L. _____ était mon ingénieur-conseil depuis plusieurs années et il était persuadé avec moi du bien-fondé de mettre sur pied une entreprise socio-commerciale, destinée à procurer un lieu de travail et de vie à des personnes en détresse et suivies par des professionnels. M. L. _____ m'a soumis des projets et j'envisageais d'acheter des turbines électriques qu'il avait inventées et M. L. _____ m'a accompagné dans ce but. L'Office cantonal de cautionnement et la Banque Z. _____ nous ont demandé de passer en SA alors que nous étions une association et les choses ont rapidement évolué, compte tenu d'une proposition d'achat d'une usine à E. _____. Une moitié de l'usine nous a été livrée mais notre fournisseur a fait faillite avant la seconde livraison. M. L. _____ a été engagé comme collaborateur parce qu'il croyait en ce projet et par dévouement pour moi-même. Le projet de l'usine est tombé et c'est alors que j'ai eu mon attaque cérébrale, respectivement que la société D. _____ SA a connu les difficultés financières qui furent les siennes. L'activité de M. L. _____ consistait exclusivement à travailler sur des projets et sur des demandes qui nous étaient adressées en cours de développement de l'entreprise. Il travaillait essentiellement à des tâches administratives mais ne s'occupait pas de la gestion de l'entreprise. En réalité, il s'agissait d'un concept de créateur auquel nous tentions de donner vie avec des moyens financiers limités. On n'a jamais eu besoin de prendre de décision au sein de l'entreprise, puisqu'on était encore au stade de l'étude. A fortiori, M. L. _____ n'avait pas à prendre de décisions. Compte tenu de la déroute du projet « usine », les salaires n'ont plus pu être payés. M. L. _____ est devenu administrateur uniquement pour satisfaire l'Office du cautionnement vaudois. Nous n'avions pas de comptabilité à l'époque ; j'avançais personnellement l'argent nécessaire de manière ponctuelle, certains paysagistes nous versant certains montants modiques pour le bois qu'ils nous livraient. Je n'ai pas le souvenir que des conseils d'administration aient été tenus. A mon retour de l'hôpital, j'ai trouvé mon bureau et mes armoires vides de tous les dossiers. Après mon attaque, ni M. L. _____ ni personne n'était en mesure de poursuivre l'activité de l'entreprise. Je n'ai jamais pu distribuer les actions que je possédais. En résumé, cette entreprise n'a jamais fonctionné, mais seulement connu des balbutiements de mise en œuvre. M. L. _____ ne pouvait obtenir de rémunération faute d'actifs disponibles. M. L. _____ a démissionné selon moi parce qu'il a pris conscience que le projet était voué à l'échec. Pendant mon hospitalisation, tout était arrêté. M. L. _____ a fait un travail fantastique en s'occupant de remplir les

questionnaires administratifs qui nous étaient adressés. S'agissant des actions de la SA, elles n'ont jamais été distribuées mais se trouvaient dans mon bureau et ont disparu avec le vol des autres documents. »

Le témoin a remis au tribunal diverses pièces, à savoir : un précontrat de location vente d'une unité de granulation faisant suite aux pourparlers avec la société française partenaire du projet, une lettre du 30 janvier 2009 de la Coopérative vaudoise de promotion du cautionnement ainsi qu'une attestation médicale du 9 octobre 2012.

b) Le recourant n'ayant pu être présent à cette audience, une nouvelle audience d'instruction a été tenue le 5 mai 2014. Il ressort notamment ce qui suit du procès-verbal tenu à cette occasion :

« (...)

Invité à expliquer la signification des inscriptions figurant sur les deux extraits du RC remis aux parties (D. _____ SA et D. _____ SA en liquidation), le recourant explique que D. _____ SA devait transférer son siège à N. _____ mais qu'elle y a renoncé à la demande de l'Office cantonal de cautionnement et de la Banque Z. _____ s'agissant de la constitution d'une nouvelle société.

Le recourant ayant pris connaissance des déclarations du témoin G. _____, il précise ce qui suit :

Vu son projet d'aide de personnes dans le besoin, M. G. _____ m'a interpellé et chargé, en tant que spécialiste dans le domaine des énergies renouvelables et alors que j'étais au chômage, de faire en sorte de redonner vie à D. _____ SA par ce nouveau projet de fabrication de briquettes mixtes sous forme de granulés de biomasse, soit un tout nouveau projet au regard du marché. La société disposait déjà de certaines infrastructures sur A. _____ (locaux, véhicules et certaines machines) et entendait se procurer le reste de l'outil de travail en France, soit l'infrastructure lourde relevant des machines de production (presses, séchoirs, vis d'Archimède). Malheureusement, la société qui devait nous livrer le matériel depuis la France a fait faillite, raison pour laquelle notre projet a été abandonné sur A. _____. De plus, nous avons perdu par là-même la possibilité de tout financement par la Banque Z. _____. Dans cette phase de montage du projet, mon travail a consisté essentiellement en tâches administratives : établir un business-plan, requérir des autorisations pour pouvoir disposer et utiliser des installations, pourvoirement en énergies suffisantes, contacts avec les autorités cantonales (Service de l'énergie et Service de l'économie), préparer la topographie de l'usine et contacter les paysagistes pour la matière première ainsi que des investisseurs potentiels à fin de financement. Il me fallait aussi préparer le volet marketing. Malheureusement, cette société n'a

concrètement jamais vu le jour ni a fortiori connu les prémices d'une exploitation quelconque ; j'ai même acquitté le montant de mes assurances moi-même. Je précise que mon inscription en qualité d'administrateur au Registre du commerce a tenu au fait qu'il s'agissait d'un réquisit de notre pourvoyeur de fonds qu'était la Banque Z. _____ et qui réclamait une garantie de compétence technique afin d'assurer un bon élan à la société. Compte tenu de ce que la société est en définitive restée une « coquille vide », je n'ai jamais disposé de pouvoirs au sein de l'entreprise.

En qualité d'administrateur, je n'aurais pu éviter la faillite de la société, trop de choses ne dépendant en définitive pas de moi, en particulier sur le plan financier. J'avais du reste fixé à M. G. _____ une limite dans le temps quant aux risques que l'on pouvait raisonnablement encourir.

Je n'ai plus de souvenirs précis de la présence de M. G. _____ à mes côtés durant la période d'avril à août 2011 durant laquelle j'ai demandé et obtenu une indemnité pour insolvabilité ; il me semble que l'attaque cérébrale dont il vous a parlé était postérieure à cette période.

S'agissant des autres administrateurs, il s'agit de M. J. _____, pasteur à K. _____ et de sa future épouse, Mme H. _____, fille de M. G. _____. Quant à M. B. _____, il était fiduciaire en charge de la gestion financière.

(...) »

c) La conciliation a été tentée, mais n'a pas abouti, l'intimée ayant confirmé ses conclusions tendant au rejet du recours. Le recourant a maintenu quant à lui ses conclusions avec suite de dépens, invoquant les circonstances particulières du cas d'espèce.

E n d r o i t :

1. a) Les dispositions de la LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) s'appliquent à l'assurance-chômage sous réserve de dérogations expresses (art. 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 sont sujettes à recours (art. 56 al. 1 LPGA) devant le tribunal des assurances compétent, à savoir celui du canton auquel appartient l'autorité qui a rendu la décision attaquée (art. 100 al. 3 LACI ;

119 al. 1 let. d et 128 al. 2 OACI [ordonnance fédérale du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]), dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA).

En l'espèce, le recours a été formé en temps utile et dans le respect des formalités prévues par la loi (cf. art. 61 let. b LPGA notamment), de sorte qu'il est recevable.

b) La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Vaud est compétente pour statuer (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 173.36]). La contestation portant sur l'octroi, respectivement la restitution, de l'indemnité en cas d'insolvabilité de 17'493 fr. versée pour la période du 27 avril au 26 août 2011, la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 fr., de sorte que la présente cause relève de la compétence d'un membre de la Cour, statuant en tant que juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD). Le montant de l'indemnité versée et la période d'indemnisation ne sont pas contestés.

2. a) Selon l'art. 51 al. 1 LACI, 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, notamment lorsqu'une procédure de faillite est engagée contre leur employeur et qu'ils ont, à ce moment-là, des créances de salaire envers lui (let. a). 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 (art. 51 al. 2 LACI).

Selon la jurisprudence relative à l'art. 31 al. 3 let. c LACI - lequel, dans une teneur équivalente, 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 (DTA 1996/1997 n° 41 p. 227 consid. 1b) - , 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. Il y a lieu de ne pas se fonder de façon stricte sur la position formelle de l'organe à considérer, mais il faut 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 (SVR 1997 ALV n° 101 p. 311 consid. 5d). 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. 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). La seule exception à ce principe que reconnaît le Tribunal fédéral concerne les membres des conseils d'administration car ils disposent ex lege (art. 716 à 716b CO [loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse ; RS 220]), 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 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 p. 273; DTA 2004 n° 21 p. 196 consid. 3.2, C 113/03). En ce qui concerne plus précisément le cercle des personnes exclues du droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité, on relèvera qu'en édictant l'al. 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). Cette disposition n'exige donc pas que l'on puisse imputer aux intéressés une responsabilité effective dans l'insolvabilité de ce dernier. Preuve en est le fait que les conjoints des personnes visées par

l'art. 51 al. 2 LACI, lorsqu'ils sont occupés dans la même entreprise, sont également exclus du cercle des ayants droit (DTA 2004 n° 21 p. 196 consid. 4.2, C 113/03).

b) Dans le domaine des assurances sociales, 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, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. 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 125 V 193 consid. 2 ; 121 V 45 consid. 2a, 204 consid. 6b et la référence). Par ailleurs, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire (ATF 125 V 193 consid. 2 ; 122 V 157 consid. 1a ; 121 V 204 consid. 6c et les références). Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut raisonnablement être exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 193 consid. 2 ; 117 V 261 consid. 3b et les références).

3. a) En l'occurrence, la décision attaquée porte sur la restitution d'une indemnité en cas d'insolvabilité que l'intimée estime avoir versée à tort au recourant. La question à trancher revient dès lors à se demander si ce dernier peut prétendre l'octroi d'une telle prestation. Dans l'affirmative, il ne sera pas tenu à restituer la somme réclamée.

L'intimée considère qu'en ce qui concerne la définition du cercle des personnes exclues du droit à l'indemnité, il n'y a pas lieu d'établir l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes lorsque l'on examine le cas des membres d'un conseil d'administration. Ceux-ci disposent, en effet, de par la loi, d'un pouvoir

déterminant sans qu'il soit nécessaire d'examiner les responsabilités qu'ils exercent au sein de la société. Or, le recourant était inscrit au registre du commerce en qualité de membre du conseil d'administration d'une société anonyme pendant la période du 21 février au 8 septembre 2011, ce qui suffit pour admettre que les conditions de l'art. 51 al. 2 LACI sont réalisées et, partant, pour nier, respectivement réclamer la restitution de l'indemnité en cas d'insolvabilité versée indûment.

De son côté, le recourant soutient qu'il ne jouissait pas d'un pouvoir de décision déterminant dans la société. En particulier, il déclare qu'il se trouvait dans un rapport de subordination vis-à-vis de G._____, qu'il n'avait pas accès aux documents comptables et qu'il ignorait par conséquent l'état précis des finances de la société. En outre, son inscription au registre du commerce avait été motivée par le seul fait qu'il devait juridiquement pouvoir engager la société afin d'être en mesure de concrétiser le projet et de constituer une clientèle.

b) Les principes développés par le Tribunal fédéral en matière de droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (art. 31 al. 3 let. c LACI) - auxquels on peut se référer par analogie en matière de droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité (cf. par exemple TF C 224/06 du 3 octobre 2007 consid. 2.2) - sont certes rigoureux et ne semblent guère laisser de place à une appréciation fondée sur les circonstances concrètes de l'espèce. Il convient néanmoins d'analyser le cas présent à la lumière des pièces versées au dossier et au regard des déclarations tenues en audience par le recourant et par le témoin G._____, lesquelles rendent compte d'un cas d'espèce somme toute très particulier.

Il ressort des déclarations du témoin que le but de sa démarche était de mettre sur pied une entreprise socio-commerciale destinée à procurer un lieu de vie et de travail à des personnes en détresse et suivies par des professionnels. Décrivant l'activité de la société, le recourant a indiqué qu'il s'agissait d'un « projet de fabrication de briquettes mixtes sous forme de granulés de biomasse, soit un tout nouveau projet au regard du marché ». Ayant débuté sous la forme d'une

association, cette structure a dû être abandonnée à la demande des bailleurs de fonds qu'étaient la Banque Z._____ et la Coopérative vaudoise de cautionnement pour adopter la forme juridique de la société anonyme, sans que le but ni les modalités de fonctionnement n'aient été modifiés. Ayant satisfait à la requête de la banque précitée, le recourant s'est inscrit au registre du commerce en tant qu'administrateur aux fins de fournir une garantie de compétence technique et d'assurer un bon élan à la société, laquelle ne disposait encore d'aucun outil de production. Il n'en a cependant rien été, celle-ci n'ayant jamais véritablement pris son essor et l'usine partenaire française ayant fait faillite, sans avoir pu livrer l'outil de production qu'elle recouvrait, ce qui a entraîné le désistement de la Banque Z._____ du projet et l'absence des capitaux nécessaires au développement de l'entreprise D._____ SA.

Dans cette phase de démarrage, le travail du recourant a consisté essentiellement en des tâches administratives, à savoir : établir un business-plan, requérir des autorisations pour pouvoir disposer et utiliser des installations, approvisionnement suffisant en énergies, contacts avec les autorités cantonales, préparation de la topographie de l'usine, contacts avec les paysagistes et les investisseurs potentiels. Il s'est également occupé du marketing. En dépit des efforts déployés par le recourant, celui-ci n'est cependant pas parvenu à créer les conditions permettant les prémices d'une exploitation quelconque, faute en particulier d'avoir disposé, non seulement des ressources financières suffisantes, mais d'un quelconque outil de production. Selon ses propres termes, la société est ainsi restée une « coquille vide », ce qu'a confirmé le témoin G._____ qui évoque « des balbutiements de mise en œuvre ». Il précise à cet égard qu'il s'agissait d'un concept de créateur auquel les efforts du recourant tentaient de donner vie avec des moyens financiers limités. Cela étant, le témoin a déclaré ne pas avoir le souvenir que des conseils d'administration aient été tenus, le recourant ne s'occupant pas de la gestion de l'entreprise, puisque celle-ci était encore au stade de l'étude. Elle avait certes été constituée sous la forme juridique d'une société anonyme, mais aucun véritable outil de production n'avait été mis en place qui aurait permis au recourant d'exercer une influence sur la

marche des affaires, ni même d'initier celles-ci. C'est ainsi qu'en sa qualité d'administrateur, il n'avait pas été en mesure d'éviter la faillite, les facteurs déterminants, en particulier sur le plan financier, ne dépendant en définitive pas de lui.

A la lumière des éléments recueillis aux cours des deux audiences d'instruction tenues, il apparaît au degré de vraisemblance requis que D._____ SA n'a jamais connu de réelle constitution, ni a fortiori l'essor attendu, faute en particulier d'avoir disposé de capitaux suffisants et d'un outil de production. La constitution d'une société anonyme était le résultat d'une demande provenant de la Banque Z._____ et de la Coopérative vaudoise de cautionnement. Elle n'était donc nullement prévue à l'origine puisque c'est la forme de l'association qui avait été choisie. Dans ce contexte, on observe que parmi les membres du conseil d'administration se trouvaient notamment un pasteur, l'épouse de celui-ci, elle-même fille de G._____, ainsi que ce dernier, au demeurant âgé au moment de la mise en œuvre du projet. Il ne fait guère de doutes qu'au sein de cette entité, les liens personnels tenaient une place décisive dans la mesure où chacun des intéressés partageait un objectif humaniste commun, à savoir de venir en aide à des personnes privées d'un véritable statut social et professionnel. Dans ce sens, le projet envisagé visait davantage un objectif idéal que la recherche d'une véritable rentabilité commerciale et économique, même si celle-ci n'était pas d'emblée absente. Elle paraît cependant subordonnée à l'objectif social que l'entreprise se devait d'incarner aux yeux de ses promoteurs. On observe du reste à cet égard, à titre informatif, que M. G._____ est le fondateur de la Fondation X._____, à S._____. Il ne paraît dès lors pas exagéré de soutenir que, tant pour le recourant que pour le témoin G._____, peu importait en définitive la forme juridique que revêtirait la structure visée. Ces derniers n'ont choisi de constituer une société anonyme que pour obtenir les fonds nécessaires à la mise en place d'un projet et à la réussite de leur entreprise. Confrontés à la faillite de l'usine partenaire française, les investisseurs potentiels qu'étaient la Banque Z._____ et la Coopérative vaudoise de cautionnement ont abandonné le projet en laissant au recourant la responsabilité d'en mener

à bien le développement. A cet égard, son inscription au registre du commerce en tant qu'administrateur lui permettait de mettre en place les conditions susceptibles d'assurer un bon élan à la société. Sous cet aspect, il n'en n'aurait pas été différemment s'il était apparu comme membre de la direction d'une association.

Des considérations exposées ci-avant, on constate que l'existence d'une société anonyme repose sur une base à tout le moins fort ténue, puisqu'elle n'est pas le fruit de la volonté des membres fondateurs, mais découle bien plutôt des exigences formulées par les bailleurs de fonds potentiels, lesquels se sont au demeurant immédiatement retirés, dès l'annonce de la faillite de l'usine française qui devait fournir l'unité de granulation, indispensable à la concrétisation du but social. Si l'on peut certes comprendre les conditions posées à un éventuel prêt au regard de la logique commerciale et économique, celles-ci paraissent en revanche singulièrement dénuées de pertinence lorsqu'il s'agit d'en analyser les conséquences en matière d'assurance-chômage. Quoique celle-ci n'ait pas vocation à pallier au risque d'entrepreneur, il ne fait pas non plus de doute qu'en l'espèce la forme de la société anonyme n'a été choisie qu'en raison des possibilités de financement éventuel s'attachant à cette structure. En d'autres termes, le choix de la société anonyme n'a pas dépendu du recourant, voire de G._____, mais a été imposé à ces derniers par les investisseurs contactés. Ils n'avaient dès lors nul loisir de conserver la forme de l'association, s'ils entendaient bénéficier d'un crédit. Dans ces conditions, faire dépendre le droit du recourant à une indemnité en cas d'insolvabilité de sa seule inscription au registre du commerce en tant qu'administrateur d'une société anonyme fait fi des particularités du cas d'espèce. Celles-ci commandent bien plutôt de se référer au principe général, selon lequel, pour un associé ou un membre d'un organe dirigeant d'une entreprise, il convient d'établir l'étendue de leur pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes.

c) Sous cet angle, il ressort aussi bien des déclarations du témoin G._____ que de celles du recourant que celui-ci n'a jamais

exercé de réel pouvoir au sein de la société. Ainsi qu'il l'explique lui-même, il s'agissait moins de la faculté d'engager l'entreprise par sa signature (et celle de G._____) que d'effectuer les démarches nécessaires pour lui donner corps. Toute son activité au service de D._____ SA était dévolue à cet objectif. Comme le dit le témoin, le recourant n'avait pas à prendre de décisions, puisque la société en était encore au stade de l'étude. Dans ce sens, on ne saurait prétendre que le recourant ait engagé la société. Par ailleurs, étant donné l'absence de fonds investis dans l'entreprise, celle-ci a d'emblée connu d'importantes difficultés financières, de sorte que G._____ se voyait contraint d'avancer de manière ponctuelle les sommes nécessaires à son fonctionnement et que certains paysagistes versaient des montants modiques pour le bois livré. Dans ce contexte, le recourant n'a non seulement pas pu obtenir l'intégralité des rémunérations auxquelles il estimait avoir droit, mais il devait, selon ses propres dires, acquitter lui-même ses primes d'assurance. Il n'a ainsi pas pu éviter la faillite, celle-ci étant imputable à des facteurs, notamment financiers, sur lesquels il ne disposait pas des moyens d'action déterminants. Dès lors que l'entreprise n'était constituée que sur le plan formel et non pas véritablement sur le plan matériel, faute d'une véritable exploitation, on ne saurait considérer que le recourant disposait d'une possibilité effective d'influencer le processus de décision au sein de l'entreprise, laquelle ne s'est en fin de compte jamais réellement développée, d'où l'expression de « coquille vide » employée à juste titre par le témoin G._____.

d) En conséquence, il n'apparaît pas que le recourant puisse être rangé dans la catégorie des personnes fixant les décisions que prend l'employeur ou susceptibles de les influencer considérablement, l'entreprise D._____ SA n'ayant même pas connu de stade embryonnaire d'activité. En effet, le but social qui était « l'exploitation d'un procédé de fabrication de briquettes » n'a jamais pu être mis en œuvre, faute de moyens matériels et financiers. Ainsi, le fait de se référer purement et simplement à la jurisprudence excluant du droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité le membre du conseil d'administration d'une société anonyme en raison de son inscription au registre du commerce, sans

examiner les circonstances concrètes du cas, confine à l'arbitraire. L'abus - le risque étant suffisant - visé par la réglementation en matière d'indemnité de réduction de l'horaire de travail (applicable par analogie à l'indemnité en cas d'insolvabilité) n'est à l'évidence pas réalisé dans le cas d'espèce. En effet, dès le 26 août 2011, le recourant a rompu tout lien avec la société D. _____ SA, laquelle n'a en définitive jamais pris corps, malgré l'activité déployée par ce dernier. Il s'ensuit que c'est à tort que la caisse intimée a réclamé au recourant la restitution de l'indemnité en cas d'insolvabilité versée sur la base du décompte - au demeurant non contesté - du 18 avril 2013, au seul motif qu'il avait été inscrit au registre du commerce en qualité d'administrateur de la société D. _____ SA.

e) Les considérants qui précèdent conduisent par conséquent à l'admission du recours, ce qui entraîne l'annulation de la décision attaquée, les prestations réclamées en restitution ayant été allouées à bon droit, dans le sens des considérants du présent arrêt. Compte tenu de l'issue du litige, il n'y a pas lieu de discuter les griefs du recourant relatifs à la péremption du droit de demander la restitution de l'indemnité versée ainsi qu'aux conditions posées à une éventuelle remise de l'obligation de rembourser la somme réclamée.

5. a) Le recourant, qui obtient gain de cause avec le concours d'un mandataire professionnel, a droit à des dépens dont le montant doit être déterminé sans égard à la valeur litigieuse, d'après l'importance et la complexité du litige (art. 61 let. g LPGA ; cf. également art. 7 TFJAS [Tarif du 2 décembre 2008 des frais judiciaires et des dépens en matière de droit des assurances sociales ; RSV 173.36.5.2]). En l'espèce, il y a lieu d'arrêter le montant des dépens à 2'500 fr. à la charge de l'autorité intimée, qui succombe (art. 55 al. 2 LPA-VD).

b) Il n'y a pas lieu de percevoir d'émolument judiciaire, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA).

**Par ces motifs,
le juge unique
prononce :**

- I.** Le recours est admis.

- II.** La décision sur opposition rendue le 19 novembre 2013 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est annulée, le dossier étant retourné à cette autorité pour suite utile, dans le sens des considérants.

- III.** Il n'est pas perçu de frais de justice.

- IV.** La Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est débitrice du recourant d'une indemnité de 2'500 fr. (deux mille cinq cents francs) à titre de dépens.

Le juge unique :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- Me Sandra Genier Müller, avocate (pour L. _____),
- 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).

Le greffier :