

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 26 mai 2014

Présidence de Mme PASCHE, juge unique
Greffière : Mme Preti

Cause pendante entre :

V._____, à [...], recourant,

et

T._____, Division juridique, à Lausanne, intimée.

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

E n f a i t :

A. V._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], a été membre du conseil d'administration avec signature individuelle, puis à compter du [...] 2011, président du conseil d'administration de J._____SA (depuis le [...] 2013, J._____SA en liquidation), avec siège à [...], également avec signature individuelle.

Selon l'attestation de l'employeur du 28 juin 2013, l'assuré a travaillé du 1^{er} janvier 2009 au 30 juin 2013 en qualité de directeur business consulting auprès de J._____SA. Le contrat a été résilié par l'employeur le 28 mars 2013 pour le 30 juin 2013 pour des raisons économiques.

Le 1^{er} juillet 2013, l'assuré s'est inscrit à l'assurance-chômage comme demandeur d'emploi et a revendiqué l'octroi d'indemnités de chômage dès cette date.

Par courriel à la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la caisse ou l'intimée) du 2 juillet 2013, l'intéressé a expliqué que la demande d'attestation de résiliation de son inscription au Registre du commerce était un document qu'il ne pouvait pas livrer en l'état, dans la mesure où il devait pouvoir engager la responsabilité de l'entreprise dans le cadre de son travail et des fonctions qu'il continuerait à remplir.

Par courriel du 10 juillet 2013 à la caisse, il a exposé être employé de l'entreprise J._____SA et posséder 18% du capital actions. C'était par nécessité économique que l'annulation de son contrat avait été décidée par son supérieur hiérarchique, à savoir le directeur général de l'entreprise. Il précisait avoir la présidence du conseil d'administration, sans compensation, et que l'entreprise se trouvait dans une phase de transition délicate durant laquelle le fait d'être éventuellement radié du Registre du commerce aurait des conséquences fâcheuses.

Par décision du 7 août 2013, la Caisse cantonale de chômage, agence de [...] (ci-après : l'agence), a décidé de ne pas donner suite à la demande d'indemnité présentée le 1^{er} juillet par l'assuré, dans la mesure où il était inscrit auprès de J._____SA en qualité de président du conseil d'administration avec signature individuelle, disposant dès lors d'un pouvoir décisionnel dans l'entreprise.

Le 21 août 2013, l'assuré s'est opposé à la décision de l'agence. Il a expliqué que sa perte de travail comprenait au moins deux journées consécutives et qu'il occupait une double fonction au sein de la société, à savoir membre et président du conseil d'administration et directeur du secteur business consulting, déplorant que l'agence ne n'en ait pas tenu compte. Il a ajouté que des négociations en vue d'une reprise de la société ne permettaient pas sa radiation au Registre du commerce, que sa présomption d'innocence était violée alors qu'il avait agi en toute bonne foi, et qu'il avait la volonté de rendre son horaire de travail contrôlable.

Le 2 septembre 2013, l'assuré a complété son opposition. Il a notamment indiqué demeurer au conseil d'administration de J._____SA par esprit de solidarité et de responsabilité à l'égard de ses deux autres collègues administrateurs. Il a ajouté que la société se trouvait en surendettement, si bien qu'un sursis concordataire avait été demandé le 26 août 2013 pour la période de négociations avec le repreneur. Toutefois, la faillite avait finalement été requise le 28 août 2013 dans la mesure où le repreneur éventuel avait indiqué que la direction de l'entreprise [repreneuse] n'était plus unanime quant à la reprise. Il a notamment joint à son envoi la demande de faillite de J._____SA du 28 août 2013 au Tribunal civil de [...].

Le 27 septembre 2013, l'assuré a à nouveau complété son opposition, en précisant que son contrat pour J._____SA au taux de 20% avait été résilié le 31 août 2013 pour la fin du mois d'octobre 2013. Il a en outre relevé que l'entreprise avait demandé sa mise en faillite. Il a notamment joint à son envoi une citation à comparaître du 29 août 2013

du Tribunal civil de [...] à J._____SA, fixant l'audience au 25 octobre 2013.

Par décision du 25 octobre 2013, la présidente du tribunal civil de [...] a prononcé la faillite de J._____SA selon l'art. 725a CO (code des obligations ; loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse, RS 220), puis a suspendu la procédure de faillite faute d'actif le 18 novembre 2013.

Par décision sur opposition du 17 décembre 2013, la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, a rejeté l'opposition et confirmé la décision litigieuse. Elle a constaté que l'assuré était toujours inscrit au Registre du commerce en qualité de président du conseil d'administration de J._____SA avec signature individuelle. Elle a toutefois relevé que dans la mesure où la juge du Tribunal civil de [...] avait ouvert la faillite de J._____SA, devenue J._____SA en liquidation, par décision du 25 octobre 2013, c'était à juste titre que l'agence avait ouvert à l'assuré un délai-cadre d'indemnisation du 28 octobre 2013 au 27 octobre 2015, l'assuré n'ayant ainsi pas droit à l'indemnité de chômage du 1^{er} juillet au 27 octobre 2013.

B. Par acte du 20 janvier 2014, V._____ a recouru contre la décision du 17 décembre 2013 de la Caisse cantonale de chômage auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, en concluant implicitement à l'octroi des indemnités de chômages à compter du 1^{er} juillet 2013 et non pas du 28 octobre 2013. En premier lieu, à la forme, le recourant se plaint de la mauvaise facture de la décision attaquée, qui concerne un autre employé sous point D du chapitre « En fait » et mentionne un droit à l'indemnité journalière à compter du 1^{er} octobre 2012, et non du 1^{er} juillet 2013, s'interrogeant sur le point de savoir si l'intimée a procédé à un examen solide de son dossier et se demandant s'il y a lieu de constater que la sphère privée de l'assuré dont le nom est mentionné par erreur a été violée. Il déplore également le fait que l'intimée n'ait pas pris position sur l'entier des griefs soulevés dans son opposition. Sur le fond, le recourant fait valoir que la demande de faillite

de J._____SA a été faite le 29 août 2013, information transmise immédiatement à l'intimée, et qu'il ne pouvait dès lors plus avoir de position assimilable à celle d'un employeur dès cette date à tout le moins, quand bien même l'audience de faillite n'a finalement eu lieu que le 25 octobre 2013. Le recourant relève encore que la pratique du Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : SECO) à laquelle l'intimée se réfère dans la décision attaquée revient à criminaliser une partie des assurés sans aucune preuve, du seul fait de leur rôle d'employeur ou d'entrepreneur, alors que le tissu économique suisse est composé à 99,6% de PME, estimant cette pratique contraire aux art. 41 al. 1 let. a, 2 et 3 et 114 al. 2 let. a Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101).

Dans sa réponse du 27 février 2014, la caisse a confirmé sa décision du 17 décembre 2013.

Par réplique du 2 avril 2014, le recourant a relevé que la réponse de l'intimée était intervenue tardivement et devrait être déclarée irrecevable. Il a précisé ne pas se plaindre d'une violation de la LPD (loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données, RS 235.1) pour son cas, mais qu'il lui avait fallu quelques minutes seulement, compte tenu du nom de la société figurant par erreur dans la décision attaquée, pour déterminer la personne concernée, se plaignant d'un manque de diligence de la caisse, estimant que cette dernière aurait dû lui présenter des excuses et soutenant derechef que son cas et celui d'un autre assuré ont été mélangés. Il a repris pour le surplus les arguments développés à l'appui de son recours.

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 des assurances compétent, à savoir celui du lieu où l'assuré se soumet au contrôle obligatoire lorsque la cause concerne l'indemnité de chômage (art. 100 al. 3 LACI, 128 al. 1 et 119 al. 1 let. a OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.02]). 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, interjeté en temps utile, est au surplus recevable quant à la forme (art. 61 let. b LPGA notamment), 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 inférieure à 30'000 fr., compte tenu du nombre maximum d'indemnités journalières concernées, la présente cause relève de la compétence d'un membre de la Cour des assurances sociales, statuant comme juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

2. a) En tant qu'autorité de recours contre une décision prise par des assureurs sociaux, le juge des assurances sociales ne peut, en principe, entrer en matière - et le recourant présenter ses griefs - que sur les points tranchés par cette décision ; de surcroît, dans le cadre de l'objet du litige, le juge ne vérifie pas la validité de la décision attaquée dans son ensemble mais se borne à examiner les aspects de cette décision que le recourant a critiqués, exception faite lorsque les points non critiqués ont des liens étroits avec la question litigieuse (ATF 131 V 164, 125 V 413 consid. 2c, 110 V 48 consid. 4a ; RCC 1985 p. 53, confirmé par TF 9C_441/2008 du 10 juin 2009 consid 2.1).

b) Le litige porte sur la question de savoir si le recourant a droit à l'indemnité de chômage du 1^{er} juillet au 27 octobre 2013.

3. Aux termes 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 (ATF 123 V 234 ; TF C 50/04 du 26 juillet 2005 consid. 3.1). 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'indemnités 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).

Le fait de subordonner, pour un travailleur jouissant d'une position analogue à celle d'un employeur, le versement des indemnités de chômage à la rupture de tout lien avec la société qui l'employait peut certes paraître rigoureux selon les circonstances du cas d'espèce. Il ne faut néanmoins pas perdre de vue les motifs qui ont présidé à cette exigence. Il s'est agi avant tout de permettre le contrôle de la perte de travail du demandeur d'emploi, qui est une des conditions mises au droit à l'indemnité de chômage (cf. art. 8 al. 1 let. b LACI). Or, si un tel contrôle est facilement exécutable s'agissant d'un employé qui perd son travail ne serait-ce que partiellement, il n'en va pas de même des personnes occupant une fonction dirigeante qui, bien que formellement licenciées, poursuivent une activité pour le compte de la société dans laquelle elles travaillaient. De par leur position particulière, ces personnes peuvent en effet exercer une influence sur la perte de travail qu'elles subissent, ce qui rend justement leur chômage difficilement contrôlable (ATF 123 V 234

consid. 7b/bb ; TFA C 45/04 du 27 janvier 2005 consid. 3.1 ; Boris RUBIN, Assurance-chômage, Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, Procédure, 2ème éd. mise à jour et complétée, Zurich 2006, p. 122).

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. On établira l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes (DTA 1996/1997 no 41 p. 227 s. consid. 1b et 2 ; SVR 1997 ALV no 101 p. 311 consid. 5c). 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 no 41 p. 226 consid. 1b et les références). Pour les membres du conseil d'administration d'une société anonyme ou les associés et les associés-gérants d'une société à responsabilité limitée, 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 ; TF 8C_140/2010 du 12 octobre 2010 consid. 4.2, 8C_515/2007 du 8 avril 2008 consid. 2.2 in fine ; TFA C 37/02 du 22 novembre 2002 consid. 4).

Lorsque le salarié qui se trouve dans une position assimilable à celle d'un employeur quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci, il n'y a pas de risque que les conditions posées par l'art. 31 al. 3 let. c LACI soient contournées. Il en va de même si l'entreprise continue d'exister, mais que l'assuré rompt définitivement tout

lien avec elle après la résiliation des rapports de travail. Dans un cas comme dans l'autre, il peut en principe prétendre des indemnités journalières de chômage. Toutefois, la jurisprudence exclut de considérer qu'un associé a définitivement quitté son ancienne entreprise en raison de la fermeture de celle-ci tant qu'elle n'est pas entrée en liquidation (cf. TFA C 355/00 du 28 mars 2001, in DTA 2001 p. 218 et C 37/02 du 22 novembre 2002). Par ailleurs, dans le contexte d'une société commerciale, le prononcé de la dissolution de la société et son entrée en liquidation ne suffisent en principe pas à considérer que l'assuré qui exerce encore la fonction de liquidateur a définitivement quitté son ancienne entreprise, en raison de la fermeture de celle-ci (TFA C 267/04 du 3 avril 2006, in DTA 2007 p. 115 et C 373/00 du 19 mars 2002, in DTA 2002 p. 183 ; cf. également arrêt C 180/06 du 16 avril 2007, in SVR 2007 AIV no 21 p. 69). Demeurent réservés les cas dans lesquels une procédure de faillite a été suspendue faute d'actif, une reprise d'une activité de la société et le réengagement de l'intéressé pouvant alors être exclus (TF 8C_415/2008 du 23 janvier 2009 consid. 3.2).

4. Dans un premier grief de nature formelle, le recourant reproche à l'intimée d'avoir violé son droit d'être entendu, d'une part en ne traitant pas tous les moyens soulevés dans son opposition, et d'autre part, en tant qu'elle aurait confondu deux cas différents, en faisant mention d'un autre assuré que lui-même.

En premier lieu, il convient de rappeler que l'autorité n'est pas tenue de discuter de manière détaillée tous les arguments soulevés par les parties ; il suffit bien plutôt que le justiciable puisse apprécier correctement la portée de la décision et l'attaquer à bon escient (ATF 133 I 270 consid. 3.1). Or, tel semble être le cas en l'occurrence.

Quant à la crainte du recourant que son dossier ait été confondu avec celui d'un tiers, s'il est exact que l'intimée mentionne dans la décision attaquée une société anonyme qui n'a aucun rapport avec J._____SA (étant précisé que le nom de la personne citée par le recourant dans son recours ne ressort pas de la décision attaquée),

respectivement pose qu'est litigieux le droit de l'assuré à l'obtention des indemnités journalières « à compter du 1^{er} octobre 2012 », ce qui est erroné, il n'en demeure pas moins que le reste de la décision sur opposition concerne bien le cas du recourant. On peut ainsi en particulier lire au point 4.2.2 de la décision dont est recours la date exacte d'ouverture de la faillite de J. _____ SA, le 25 octobre 2013, et des observations correctes au sujet des périodes durant lesquelles le recourant aurait droit à l'indemnité de chômage (ce droit lui étant reconnu à compter du 28 octobre 2013, mais nié pour la période du 1^{er} juillet au 27 octobre 2013, dès lors qu'il conservait un pouvoir décisionnel jusqu'à l'ouverture de la faillite). Il n'y a dès lors pas lieu de douter que c'est bien le cas du recourant qui a été examiné par l'intimée.

Au demeurant, une violation du droit d'être entendu en instance inférieure est réparée lorsque l'intéressé a eu la faculté de se faire entendre en instance supérieure par une autorité disposant, comme la cour de céans, d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit. Il s'impose dès lors de constater qu'une éventuelle violation du droit d'être entendu du recourant dans le cas d'espèce devrait être considérée comme réparée (ATF 133 I 201 consid. 2.2, 129 I 129 consid. 2.2.3 ; TF 8C_104/2010 du 20 septembre 2010 consid. 3.2).

5. Dans un autre moyen, le recourant remet en cause la constitutionnalité de l'art. 31 al. 3 let. c LACI, le jugeant contraire aux buts posés aux art. 41 al. 1 let. a, 2 et 3 (relatif aux buts sociaux) et 114 al. 2 let. a Cst. (relatif à l'assurance-chômage), estimant que la pratique du SECO à laquelle l'intimée se réfère dans la décision attaquée revient à criminaliser une partie des assurés sans aucune preuve, du seul fait de leur rôle d'employeur ou d'entrepreneur, alors que le tissu économique suisse est composé à 99,6% de PME. En cela, le recourant critique les principes développés au consid. 3 du présent arrêt, sollicitant dans les faits un changement de la jurisprudence constante du Tribunal fédéral en la matière. Or, pour qu'un revirement de jurisprudence soit compatible avec le principe de l'égalité de traitement que l'art. 8 al. 1 Cst. a repris de l'art. 4 al. 1 aCst. sans en modifier la portée matérielle, il faut qu'il repose

sur des motifs objectifs, à savoir une connaissance plus approfondie de l'intention du législateur, un changement des circonstances extérieures ou l'évolution des conceptions juridiques. Les motifs doivent être d'autant plus sérieux que la jurisprudence est ancienne. Si elle se révèle erronée ou que son application a conduit à des abus répétés, elle ne saurait être maintenue (ATF 131 V 107 consid. 3.1, 130 V 369 consid. 5.1, 127 V 268 consid. 4a).

En l'occurrence, la jurisprudence incriminée résulte d'une interprétation attentive de la loi et prend en considération le but et le sens de la disposition concernée. Le recourant se limite pour sa part à exposer sa propre interprétation du texte légal en le critiquant et en affirmant que les assurés entrepreneurs seraient « criminalisés », si bien qu'on ne voit pas en quoi cette interprétation pourrait justifier le changement de cette jurisprudence bien établie.

6. Le recourant déplore que le droit à l'indemnité chômage ne lui ait pas été reconnu dès l'instant où il a demandé que J._____SA soit mise en faillite, soit le 29 août 2013, en lieu et place du 28 octobre 2013.

En l'occurrence, le recourant a disposé, ex lege, d'un pouvoir de fixer les décisions de la société anonyme à lui seul depuis l'inscription de la société au Registre du commerce, d'abord en qualité de membre du conseil d'administration, puis en tant que président du conseil d'administration avec signature individuelle. J._____SA a finalement été mise en faillite par décision judiciaire du 25 octobre 2013 puis la procédure suspendue faute d'actif, si bien qu'il n'existait plus de risque d'abus, à tout le moins à partir de la date de l'ouverture de la faillite, le 25 octobre 2013. C'est donc à bon droit que l'intimée a ouvert un délai-cadre d'indemnisation au recourant du 28 octobre 2013 au 27 octobre 2015.

S'il n'est pas contesté que le recourant a entrepris des démarches en vue de la mise en faillite de J._____SA à la fin du mois d'août 2013, il n'en demeure pas moins que ce n'est qu'à compter de l'ouverture de la faillite, fin octobre 2013, qu'une reprise d'activité pouvait

être définitivement exclue. C'est donc dès cette date qu'il peut prétendre à des indemnités de chômage.

7. a) Il résulte de ce qui précède que l'intimée n'a pas violé le droit fédéral en niant le droit du recourant à l'indemnité de chômage pour la période du 1^{er} juillet au 27 octobre 2013. Le recours doit donc être rejeté, ce qui entraîne la confirmation de la décision attaquée du 17 décembre 2013.

b) La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA). Vu le sort de la cause et l'absence de représentation par un mandataire professionnel, le recourant n'a pas droit à l'allocation de dépens (art. 61 let. g LPGA a contrario).

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

I. Le recours est rejeté.

II. La décision sur opposition rendue le 17 décembre 2013 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est confirmée.

III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens.

La juge unique :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- V. _____,
- T. _____, 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 :