

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 11 avril 2017

---

Composition : Mme DESSAUX, présidente  
Mme Brélaz Braillard et M. Piguet, juges  
Greffière : Mme Pellaton

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

**O.** \_\_\_\_\_, à [...], recourant, représenté par Me Eric Cerottini, avocat à Lausanne,

et

**CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE**, à Lausanne, intimée.

---

**Art. 8 al. 1, 9 al. 3 et 13 al. 1 LACI**

**E n f a i t :**

**A.** O. \_\_\_\_\_ (ci-après : l'assuré ou le recourant) et K. \_\_\_\_\_ ont créé, le 25 février 2014, la société K. \_\_\_\_\_ SA (ci-après : la société), active dans le commerce de pierres précieuses notamment, inscrite au registre du commerce le 7 mars 2014. Ils en étaient administrateurs avec signature collective à deux et propriétaires des actions par 50 % chacun.

L'assuré a été engagé par la société en qualité de « managing director » dès le 1<sup>er</sup> juin 2014, pour un salaire mensuel brut de 6'000 fr. (5'621 fr. 40 net).

Il a perçu ses salaires pour les mois de juin et juillet 2014 respectivement le 1<sup>er</sup> et le 29 juillet 2014. Il n'a ensuite plus rien reçu jusqu'au 24 décembre 2014, date à laquelle lui a été versé un mois de salaire avec la mention « salaire décembre 2014 ».

K. \_\_\_\_\_ a été radié de sa fonction d'administrateur le 24 décembre 2014. L'assuré a été inscrit au registre du commerce avec signature individuelle le 9 janvier 2015.

Le 22 janvier 2015, la société a versé à l'assuré la somme de 16'864 fr. 20 avec la mention « salaires dus 2014 », montant correspondant à trois mois de salaires.

L'assuré n'a perçu aucun salaire pour les mois de janvier et février 2015.

A l'occasion de l'assemblée générale ordinaire de la société du 3 mars 2015, l'assuré a présenté sa démission du poste d'administrateur et K. \_\_\_\_\_ a alors été nommé seul administrateur avec signature individuelle, ce qui a été inscrit au registre du commerce le 17 mars 2015.

Le 9 mars 2015, l'assuré a vendu sa part du capital-actions à K.\_\_\_\_\_.

Lors d'un entretien le 12 mars 2015, l'assuré a été informé par K.\_\_\_\_\_ de la résiliation des rapports de travail pour le 31 mai 2015. Celle-ci a été confirmée par écrit le 20 mars 2015 et l'assuré a été libéré de son obligation de travailler dès cette date. L'attestation d'employeur communiquée aux instances de chômage mentionnait à titre de motifs la réorganisation de la société, ainsi que le besoin d'une personne plus spécialisée que l'assuré dans le domaine de la pierre.

Il ressort d'un courriel du 24 avril 2015 de l'assuré à K.\_\_\_\_\_ que ce dernier était selon ses dires dans l'impossibilité de verser les salaires de décembre 2014 à mai 2015 en raison d'un manque de liquidités. Il avait proposé à l'assuré de lui verser 10'000 fr. à la fin du mois de mai et de lui payer la totalité des salaires avant cette date dans le cas où une affaire en cours avait pu être conclue.

L'assuré s'est inscrit au chômage le 18 mai 2015, auprès de l'Office régional de placement de [...], sollicitant des prestations à compter du 1<sup>er</sup> juin 2015, ce qui a entraîné l'ouverture d'un délai-cadre de cotisation du 1<sup>er</sup> juin 2013 au 31 mai 2015.

L'assuré est intervenu auprès de la société concernant les salaires de décembre 2014 à mai 2015 par courriels des 3 juin et 3 août 2015.

Le 10 juillet 2015, l'assuré a reçu en main propre la somme de 11'242 fr. 80. Selon la lettre du même jour valant quittance, ce montant correspondait aux salaires des mois de décembre 2014 et janvier 2015. La lettre annonçait également le versement d'un montant identique pour les salaires des mois de février et mars 2015 au plus tard le 16 juillet 2015, ainsi que le versement d'un solde de 16'864 fr. 20 au plus tard le 30 septembre 2015.

Le 15 juillet 2015, l'assuré a versé sur son compte bancaire la somme de 10'900 francs (cf. attestation de [...] du même jour).

Les salaires encore dus n'ayant pas été versés aux dates convenues, l'assuré a mis en demeure la société par courrier du 2 novembre 2015. Il a ensuite engagé des poursuites à l'encontre de la société concernant les quatre salaires en souffrance. Le commandement de payer a été notifié le 8 février 2016 et n'a pas fait l'objet d'une opposition. L'assuré a requis la continuation de la poursuite le 6 avril 2015. Il a finalement requis la faillite de la société le 6 juin 2016, laquelle a été prononcée le 23 juin 2016.

Par décision du 6 novembre 2015, la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la Caisse ou l'intimée) a refusé de donner suite à la demande d'indemnisation de l'assuré, au motif qu'il ne remplissait pas les conditions relatives à la période de cotisation, car il n'apportait pas la preuve du versement des salaires des mois d'août à novembre 2014 et de mars à mai 2015.

L'assuré s'est opposé à cette décision le 2 décembre 2015. La Caisse a rendu une décision sur opposition le 22 février 2016, observant en substance que l'assuré assumait une fonction dirigeante pendant presque toute la période de cotisation et que seuls six mois de salaires pouvaient éventuellement être attestés.

**B.** O. \_\_\_\_\_ a recouru contre la décision sur opposition précitée le 8 avril 2016, par l'intermédiaire de son mandataire, concluant à sa réforme en ce sens que lui est octroyée une pleine et complète indemnité de l'assurance-chômage, subsidiairement à son annulation et au renvoi de la cause à l'autorité intimée pour nouvelle décision. Il a pour l'essentiel affirmé que le versement effectif de huit salaires avait été prouvé, tandis que la société avait été mise en demeure pour le versement des quatre salaires manquants. Il a ensuite observé qu'il ne jouissait plus d'une position assimilable à celle d'un employeur depuis le mois de mars 2015, a fortiori à la date de son licenciement. Le recourant a produit une liasse de

pièces, dont ses déclarations d'impôt 2014 et 2015. Il en ressort que l'intéressé a déclaré avoir reçu de la société la somme de 16'126 fr. correspondant à trois salaires en 2014, et la somme de 28'107 fr. correspondant à cinq salaires en 2015. Etait par ailleurs inscrite dans son extrait de compte individuel la somme de 42'000 fr. pour l'année 2014, soit sept salaires.

Par réponse du 8 juin 2016, l'intimée a maintenu sa position, considérant en résumé que la complexité du rapport de travail entre le recourant et la société laissait planer un doute trop important quant à l'exercice d'une activité salariée pendant douze mois.

Le recourant a confirmé ses conclusions par écriture du 5 septembre 2016.

L'intimée a également maintenu sa position, par écriture du 27 septembre 2016.

Les arguments des parties seront pour le surplus repris dans la mesure utile dans la partie en droit ci-après.

### **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 (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) auprès du tribunal des assurances compétent, (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'occurrence, le recours a été interjeté dans le délai imparti par la loi compte tenu des fêtes de Pâques (art. 38 al. 4 let. a LPGA) et satisfait en outre aux autres conditions formelles de recevabilité (art. 61 let. b LPGA notamment), de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

**b)** La LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 173.36), s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD). La Cour des assurances sociales est compétente pour statuer (art. 93 let. a LPA-VD).

**2.** Le litige porte sur le droit du recourant à l'indemnité de chômage à compter du 1<sup>er</sup> juin 2015 sous l'angle de l'examen des conditions relatives à la période de cotisations, plus particulièrement sur le point de savoir s'il a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation.

Selon l'intimée, il convient d'exercer une analyse plus stricte de la perception du salaire compte tenu de la position dirigeante qu'occupait le recourant durant une bonne partie de son activité pour la société.

**3. a)** L'art. 8 al. 1 LACI énumère les conditions, cumulatives, dont dépend le droit à l'indemnité de chômage. Pour y avoir droit, l'assuré doit notamment remplir les conditions relatives à la période de cotisation ou en être libéré (let. e). Aux termes de l'art 13 al. 1 LACI, l'assuré doit exercer durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation dans un délai cadre de deux ans (art. 9 al. 3 LACI) pour remplir les conditions relatives à la période de cotisation.

Par activité soumise à cotisation, il faut entendre toute activité de l'assuré destinée à l'obtention d'un revenu soumis à cotisation pendant la durée d'un rapport de travail. Cela suppose l'exercice effectif d'une activité salariée suffisamment contrôlable (ATF 133 V 515 consid. 2.2 ss et les références).

L'exercice d'une activité soumise à cotisation doit être prouvé ou tout au moins établi au degré de la vraisemblance prépondérante. 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 126 V 353 consid. 5b ; 125 V 193 consid. 2 et les références ; cf. également ATF 133 III 81 consid. 4.2.2). Il n'existe aucun principe juridique dictant à l'administration ou au juge de statuer en faveur de l'assuré en cas de doute (ATF 135 V 39 consid. 6.1 et les références).

**b)** Pour prévenir les abus qui pourraient survenir en cas d'accord fictif entre l'employeur et un travailleur au sujet du salaire que le premier s'engage contractuellement à verser au second, la jurisprudence considère que la réalisation des conditions relatives à la période de cotisation présuppose qu'un salaire a été réellement versé au travailleur (ATF 133 V 515 consid. 2.2 ; DTA 2001 p. 228 ; TF C 329/00 du 20 février 2001). Dans un arrêt de principe publié aux ATF 131 V 444, le Tribunal fédéral a toutefois indiqué que, s'agissant de la période de cotisation, la seule condition du droit à l'indemnité de chômage était en principe que l'assuré ait exercé une activité soumise à cotisation durant la période minimale de cotisation, sans qu'il soit exigé qu'un salaire soit effectivement versé. En revanche, la preuve qu'un salaire a bel et bien été payé est un indice important concernant la preuve de l'exercice effectif de l'activité salariée (ATF 131 V 444 consid. 3). Dans ce même arrêt, la Haute

Cour a précisé que lorsque l'assuré ne parvient pas à prouver qu'il a effectivement perçu un salaire, notamment en l'absence de virement périodique d'une rémunération sur un compte bancaire ou postal à son nom, la réalisation des conditions relatives à la période de cotisation ne peut être niée que s'il est établi qu'il a totalement renoncé à la rémunération pour le travail effectué. Cette renonciation ne doit pas être admise à la légère. Elle ne saurait par exemple être présumée. Cela s'explique en particulier par le fait qu'il n'existe pas de prescription de forme pour le paiement du salaire. Il est habituellement soit acquitté en espèces, soit versé sur un compte bancaire ou postal, dont le titulaire n'est au demeurant pas nécessairement l'employé (ATF 131 V 444 consid. 3.3 ; TF 8C\_875/2009 du 7 décembre 2009 consid. 5 ; C 183/06 du 16 juillet 2007 consid. 3 ; C 72/06 du 16 avril 2007 consid. 5.2 ; cf. Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage Genève/Zurich/Bâle 2014, n° 18 ad. art. 13 LACI, p. 123ss).

A cet égard, la renonciation au versement d'un salaire pour sauver une entreprise empêche la prise en compte d'une période de cotisation (TF 8C\_267/2007 du 17 septembre 2007 ; RUBIN, *op.cit.*, n° 17 ad 13, p. 123). Il en va de même lorsqu'une personne qui occupait une position assimilable à un employeur a renoncé à un salaire dans la perspective d'une amélioration future de la situation de son entreprise (TF 8C\_663/2013 du 9 décembre 2013).

Comme expliqué ci-dessus, l'exercice d'une activité doit être prouvé ou au moins être établi au degré de vraisemblance prépondérante. L'existence d'un contrat de travail formel, d'une lettre de résiliation, de fiches de paie, ainsi que la preuve du versement de cotisations sociales ou d'impôts ne sont pas à eux seuls de nature à établir la réalité du versement de salaires (TF 8C\_765/2009 du 2 août 2010 consid. 2.5 ; cf. RUBIN, *op.cit.*, n° 19 ad art. 13, p. 124). Il en va de même de créances produites dans une faillite (TF C 199/04 du 15 avril 2005 consid. 3.2). Enfin si comme vu précédemment, l'établissement du versement d'un salaire est un indice important pour établir l'exercice effectif de l'activité salariée, le versement déclaré comme salaire par un employeur ne fonde

cependant pas à lui seul la présomption de fait qu'une activité salariée soumise à cotisation a été exercée (ATF 133 V 515 consid. 2.3 ; TF 8C\_453/2007 du 17 mars 2008 consid. 3.1).

En principe comptent comme périodes de cotisation celles où un employé n'a pas perçu son salaire en raison de l'insolvabilité de son employeur (Rubin, *op.cit.*, n° 20 ad 13, p. 124).

On ajoutera encore que la réalité de la prestation de travail n'est pas déterminante quant à la fixation de la période de cotisation. La jurisprudence a en effet précisé, dans le cas d'une employée licenciée avec effet immédiat sans juste motif, que les jours pendant lesquels le travailleur n'a plus travaillé, mais pour lesquels l'employeur devait encore verser le salaire jusqu'à l'échéance du délai de congé déterminant sont réputés période de cotisation au sens de l'art. 13 LACI (ATF 119 V 494 consid. c et d confirmant la jurisprudence rendue sous l'ancien droit, DTA 1977 n° 25 p. 135). Ceci entraîne en l'espèce pour conséquence que la libération de l'obligation de travailler du recourant à partir du 20 mars 2015 est a priori sans incidence.

**c)** Il est finalement rappelé qu'un travailleur qui jouit d'une situation professionnelle comparable à celle d'un employeur n'a pas droit à l'indemnité de chômage lorsque, bien que licencié formellement par une entreprise, il continue de fixer les décisions de l'employeur ou à 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'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, en particulier l'art. 31 al. 3 let. c LACI. Selon cette disposition légale, 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, qui sont occupés dans l'entreprise. Dans ce sens, il existe un étroit parallélisme entre l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail et le droit à l'indemnité de

chômage. 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 ; en pareil cas, on ne saurait parler d'un comportement visant à éluder la loi. 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 des indemnités de chômage (ATF 123 V 238 consid. 7b/bb ; SVR 2001 ALV n° 14 pp. 41- 42 consid. 2a ; DTA 2002 p. 184 consid. 2, 2000 n° 14 p. 70 consid. 2 ; TFA C 141/03 du 9 décembre 2003 consid. 2).

**4.** En l'occurrence, l'intimée a fait application, du moins expressément dans la décision du 6 novembre 2015, des principes évoqués dans le Bulletin LACI IC édicté par le Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : le SECO), lequel dispose notamment que non seulement l'assuré doit avoir exercé une activité soumise à cotisation, mais qu'il faut encore que le salaire convenu lui ait effectivement été versé. Si la perception effective d'un salaire ne constitue pas en soi une condition du droit à l'indemnité, elle n'en est pas moins déterminante pour reconnaître l'existence d'une activité soumise à cotisation (Bulletin LACI IC janvier 2016, B144). Pour les assurés occupant une position assimilable à celle d'un employeur et pour leur conjoint ou partenaire enregistré, la caisse doit dans tous les cas s'assurer du versement effectif des salaires (B146). Si la caisse obtient, dans le cadre de la recherche d'éléments de preuve complémentaires, des justificatifs bancaires ou postaux, le versement du salaire ainsi que l'existence d'une activité soumise à cotisation sont alors réputés établis (B147). Lorsque le salaire a été perçu en espèces, une déclaration d'impôt accompagnée de certificats de salaire obtenus auprès de l'administration fiscale, des quittances de salaire ou extraits de livre de compte fournis par une fiduciaire corroborés par un extrait de compte individuel AVS peuvent être acceptés à titre de preuve du versement du salaire. Si les montants figurant sur les documents divergent, le plus petit est déterminant pour le gain assuré (B148).

Sans évoquer à nouveau expressément les principes précités dans la décision sur opposition attaquée, l'intimée a néanmoins, tout comme dans la première décision, justifié le refus de prester sous l'angle de la perception effective des salaires, retenant que « seulement six mois de salaire peuvent éventuellement être attestés, trois seulement déclarés aux impôts ».

A l'appui de la décision contestée, l'intimée a en effet retenu que le recourant avait une position comparable à celle de l'employeur au sein de la société durant la quasi-totalité du délai-cadre de cotisation. Elle a dès lors estimé que les documents produits par le recourant à l'appui de sa demande de prestations ne permettaient pas l'ouverture d'un droit à l'indemnité, dans la mesure où ils n'apportaient pas la preuve du versement effectif d'un salaire durant douze mois.

Compte tenu des circonstances particulières du cas d'espèce, notamment du fait que la société a été créée par le recourant et qu'il y a longtemps exercé une fonction dirigeante, par moment seul, l'intimée était fondée à estimer que les documents permettant habituellement de statuer sur le droit à l'indemnité n'étaient en l'occurrence pas suffisants. C'est ainsi de manière légitime qu'elle a instruit plus avant la demande litigieuse.

Il appert cependant que son instruction complémentaire a très principalement porté sur le caractère vraisemblable du versement d'un salaire au recourant en stricte application des prescriptions figurant dans le Bulletin LACI IC du SECO (cf. supra), qui retient à son chiffre B148 que si les justificatifs présentés ne permettent pas d'établir clairement les salaires effectivement versés pendant la période en cause, c'est à l'assuré de supporter les conséquences de l'absence de preuves et le droit à l'indemnité de chômage doit lui être nié faute de période de cotisation.

Si le SECO est autorisé, en tant qu'autorité de surveillance chargée d'assurer l'application uniforme du droit en vertu de l'art. 110

LACI, à donner des instructions aux organes d'exécution et bien que de telles ordonnances, dites interprétatives, exercent par leur fonction une influence indirecte sur les droits et les obligations des administrés, elles n'en ont pas pour autant force de loi. En particulier, elles ne lient ni les administrés, ni le juge, ni même l'administration dans la mesure où elles ne dispensent pas cette dernière de l'examen de chaque situation individuelle. Par ailleurs, elles ne peuvent créer de nouvelles règles de droit, ni contraindre les administrés à adopter un certain comportement, actif ou passif. En bref, elles ne peuvent sortir du cadre de l'application de la loi et prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 127 V 57 consid. 3a et les références). Or, en l'espèce, posant la preuve du versement d'un salaire effectif comme *condition sine qua non* du droit à l'indemnité, le SECO maintient une exigence qui a été exclue par la Haute Cour dans son arrêt de principe (ATF 131 V 444) et sort du cadre posé par la jurisprudence.

Se focalisant, de manière infondée, sur la question de la perception d'un salaire, l'intimée n'a mené pratiquement aucune mesure d'instruction sur le point de savoir si le recourant avait ou non exercé une activité lucrative soumise à cotisation au cours de cette même période. Or, comme l'a relevé le Tribunal fédéral dans son arrêt C 92/06 du 11 avril 2007, c'est ici la seule question à laquelle il faut répondre, dès lors que le versement effectif d'un salaire n'est qu'un indice du déploiement d'une activité salariée et qu'au vu des pièces au dossier, rien ne permet de conclure à la renonciation par le recourant à son salaire, seule hypothèse dans laquelle un défaut de preuve du versement effectif d'un salaire pourrait conduire à la négation du droit (cf. consid. 3b supra). Outre la réalité d'une activité du recourant pour le compte de la société, l'intimée se devait également d'examiner si la société était encore active ou fonctionnait déjà au ralenti, ce qui pourrait faire présumer de son insolvabilité. Il lui appartenait également de vérifier si, alors qu'il était seul administrateur, le recourant n'avait pas renoncé à la perception de certains salaires pour assurer la survie de l'entreprise. A cet égard, au vu de l'enchaînement des événements du mois de mars 2015 (démission, cession d'actions, licenciement), la question se pose de savoir si ceux-ci

n'ont pas été négociés à la faveur de l'assemblée générale du 3 mars 2015, soit à un moment où le recourant avait encore un pouvoir décisionnel.

Il est par exemple observé que l'attestation de la banque du versement sur le compte du recourant de 10'900 fr. ne suffit pas à démontrer que le recourant a exercé une activité soumise à cotisation durant les mois de décembre 2014 et janvier 2015. Il existe du reste des incertitudes concernant les salaires payés, dès lors que si l'on s'en tient aux libellés accompagnant les divers versements, le salaire du mois de décembre 2014 aurait été versé deux fois et si les montants promis dans la lettre du 10 juillet 2015 avaient effectivement été versés, le recourant aurait perçu treize mois de salaires, alors que le contrat de travail ne prévoit pas le versement d'un 13<sup>e</sup> salaire. Par ailleurs, les courriels échangés entre le recourant et K.\_\_\_\_\_ ne prouvent pas que le recourant a voulu obtenir le versement des salaires en souffrance. Il fait certes valoir une créance en sa faveur, mais n'en réclame pas expressément le versement. Il en va de même de la lettre du 10 juillet 2015. Il est finalement relevé que dès l'instant où il était seul administrateur, le recourant aurait pu s'octroyer le dernier salaire dû pour 2014, ainsi que les salaires de janvier et février 2015. Il n'en a cependant rien fait. Les salaires encore dus n'ont été réclamés qu'ensuite de l'inscription du recourant au chômage.

Ainsi, si les éléments du dossier ne permettent pas de nier le droit du recourant à l'indemnité de chômage, ils ne permettent pas non plus de l'admettre. On ne peut pas suivre le recourant lorsqu'il affirme que la preuve du paiement du salaire et de l'acquittement des cotisations sociales a été apportée à satisfaction et que ces éléments suffisent à donner le droit à l'indemnité, ce d'autant que l'éventuelle renonciation à la perception de certains salaires ne peut être exclue à ce stade.

**5. a)** Aux termes de la jurisprudence, le juge cantonal qui estime que les faits ne sont pas suffisamment élucidés a en principe le choix entre deux solutions : soit renvoyer la cause à l'assureur pour complément

d'instruction, soit procéder lui-même à une telle instruction complémentaire. Un renvoi à l'assureur, lorsqu'il a pour but d'établir l'état de fait, ne viole ni le principe de simplicité et de rapidité de la procédure, ni le principe inquisitoire (ATF 137 V 210 et 122 V 163 consid. 1d, RAMA 1993 n° u 170 p. 136 et la critique de G. AUBERT parue in SJ 1993 p. 560).

Selon le principe inquisitoire qui régit la procédure dans le domaine des assurances sociales, les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par l'assureur, qui prend les mesures d'instruction nécessaires et recueille les renseignements dont il a besoin (art. 43 al. 1 LPGA). Le devoir d'instruction s'étend jusqu'à ce que les faits nécessaires à l'examen des prétentions en cause soient suffisamment élucidés (TF 8C\_746/2011 du 13 mars 2012 consid. 1.2).

**b)** En l'occurrence, les faits nécessaires à l'examen de la demande d'indemnité du recourant ne sont pas suffisamment élucidés. Il se justifie par conséquent d'ordonner le renvoi de la cause à l'intimée, à laquelle il appartient au premier chef d'instruire (art. 43 al. 1 LPGA). Il lui appartiendra d'éclaircir la question déterminante de l'existence d'une activité soumise à cotisation et celle de la renonciation à la perception de salaires, notamment en requérant production de la comptabilité de la société, en sollicitant des explications du recourant comme d'K. \_\_\_\_\_ sur son cahier des charges, le travail réellement effectué, l'activité de l'entreprise et son évolution, par exemple sur la question de la recherche d'un successeur au recourant, et en mettant en œuvre toute autre mesure d'instruction jugée utile.

Enfin, en fonction du résultat de ce complément d'investigation, l'intimée devra encore examiner si le statut du recourant fait obstacle au versement d'une indemnité de chômage. Il lui appartiendra cas échéant d'instruire particulièrement sur le point de savoir si le recourant au moment de sa demande de prestations de l'assurance-chômage avait quitté définitivement l'entreprise, et si le déroulement des événements depuis le mois de mars 2015 n'a pas été

décidé lors de l'assemblée générale du 3 mars 2015, date à laquelle le recourant détenait encore 50 % du capital-actions, étant précisé que la seule démission formelle du conseil d'administration n'exclut pas forcément que l'assuré conserve un statut assimilable à celui d'un employeur au sein de cette société, par exemple en conservant une participation importante au capital social (TFA C 61/05 du 10 avril 2006).

**6. a)** Au vu de ce qui précède, le recours doit être partiellement admis et la décision annulée, la cause étant renvoyée à la Caisse cantonale de chômage pour complément d'instruction au sens des considérants et nouvelle décision.

**b)** Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA).

Le recourant, qui obtient gain de cause avec l'assistance d'un mandataire, a droit à des dépens qu'il convient, compte tenu de l'importance et de la complexité du litige, de fixer à 2'000 fr. à la charge de l'intimée (art. 61 let. g LPGA et 55 LPA-VD).

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

- I.** Le recours est partiellement admis.
- II.** La décision sur opposition rendue le 22 février 2016 par la Caisse cantonale de chômage est annulée, le dossier lui étant renvoyé pour complément d'instruction puis nouvelle décision au sens des considérants.
- III.** Il n'est pas perçu de frais de justice.

**IV.** La Caisse cantonale de chômage versera à O.\_\_\_\_\_ un montant de 2'000 fr. (deux mille francs) à titre de dépens.

La présidente :

La greffière :

**Du**

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

- Me Eric Cerottini, avocat (pour O.\_\_\_\_\_),
- Caisse cantonale de chômage,
- 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 :