

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 21 octobre 2019

Composition : Mme BERBERAT, présidente
M. Neu et Mme Dessaux, juges
Greffière : Mme Huser

Cause pendante entre :

T. _____, à [...], recourant, représenté par Me David Freymond, avocat à Neuchâtel,

et

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

Art. 8 al. 1 let. f et 15 LACI

E n f a i t :

A. T. _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en 1958, a travaillé comme paysagiste pour le compte de la société « C. _____ SA » du 1^{er} mars 1980 jusqu'au 1^{er} octobre 2018. Par courrier du 5 octobre 2018, l'entreprise précitée, sous la signature d'A.L. _____ et B.L. _____, a résilié son contrat de travail en ces termes :

« Résiliation de votre contrat avec effet immédiat

Monsieur,

Par la présente, nous tenons à vous signifier formellement le contenu de notre discussion du lundi 1^{er} octobre 2018 à savoir la résiliation de votre contrat de travail avec **effet immédiat**.

L'incendie que vous avez provoqué le 26 septembre 2018 et qui a conduit à la destruction complète de nos deux hangars constitue en effet un manquement particulièrement grave à vos obligations résultant de votre contrat de travail.

Ce manquement est d'autant plus grave que vous aviez précédemment déjà été responsable d'un premier incendie pour lequel vous aviez été averti.

Il nous est désormais impossible de restaurer un quelconque lien de confiance, ce d'autant qu'en votre qualité de responsable de la sécurité de l'entreprise, vous aviez la charge d'assurer la sécurité de vos employés.

(...) ».

Le 16 octobre 2018, T. _____ s'est inscrit en qualité de demandeur d'emploi auprès de l'Office régional de placement d' [...] (ci-après : l'ORP), en sollicitant l'octroi des prestations de l'assurance-chômage à compter du 2 octobre 2018.

Par courrier du 24 octobre 2018, la Division juridique des ORP a demandé à la Caisse cantonale de chômage, agence du [...] (ci-après : l'agence), d'examiner s'il y avait lieu de nier le droit à l'indemnité de chômage de l'assuré pour contournement des dispositions relatives à la réduction de l'horaire de travail (RHT), ajoutant que :

« (...), selon les informations de l'office régional de placement (ORP), l'assuré revendique des prestations de l'assurance-chômage suite à

la perte de son emploi auprès de la société « C. _____ SA ». Or, il apparaît que l'assuré est inscrit auprès du Registre du commerce (RC) en qualité d'administrateur vice-président avec signature collective à 2.

Nous vous prions en conséquence de bien vouloir vous déterminer à ce sujet et d'informer par écrit l'Office régional de placement (...) ».

Par décision du 31 octobre 2018, l'agence n'a pas donné suite à la demande d'indemnité présentée par l'assuré. La caisse constatait que dans les deux ans précédant son inscription, soit du 16 octobre 2016 au 30 septembre 2018, l'assuré justifiait d'une activité soumise à cotisation. Toutefois, l'assuré était inscrit au Registre du commerce auprès de la société « C. _____ SA » en qualité d'administrateur vice-président. Dans la mesure où il possédait un pouvoir décisionnel au sein de cette société, il n'était pas en droit de bénéficier des prestations de l'assurance-chômage pour la période revendiquée, soit dès le 16 octobre 2018.

Le 30 novembre 2018, l'assuré, représenté par A. _____ SA, a fait opposition à cette décision auprès de la Caisse cantonale de chômage, Division juridique (ci-après : la Caisse ou l'intimée). Il a expliqué notamment que toutes les décisions concernant l'entreprise étaient prises par les frères A.L. _____ exclusivement, inscrits également au Registre du commerce en tant qu'administrateur président et administrateur-secrétaire, avec une signature collective à deux. L'assuré précisait qu'il était toujours sur le terrain en charge de la gestion des chantiers, de leurs exécutions et leurs suivis, mais qu'il ne s'occupait pas de la marche de l'entreprise, notamment la comptabilité, recrutement et salaires ce qui faisait de lui un associé minoritaire. Conformément à ses fiches de salaire, il n'avait toujours touché que son simple salaire d'employé et n'avait perçu aucun revenu provenant de son prétendu statut d'administrateur vice-président. Par ailleurs, il ne possédait que 25% des parts de la société (44 sur 175). Il a en outre mentionné qu'à un moment donné, les frères A.L. _____ avaient tenté de le remplacer sur les chantiers, élément dont il n'avait eu connaissance que par le remplaçant lui-même. Il a enfin exposé qu'il souhaitait réintégrer son poste et qu'une lettre avait été écrite dans ce sens, mais que l'issue dépendait uniquement des frères A.L. _____.

Par décision sur opposition du 19 décembre 2018, la Caisse a rejeté l'opposition de l'assuré et confirmé la décision du 31 octobre 2018 de l'agence. Elle a considéré qu'en l'espèce, l'assuré occupait toujours une position d'administrateur inscrit au Registre du commerce et qu'il était, de par la loi, membre du conseil d'administration avec les pouvoirs que cela conférait. Par ailleurs, il ne ressortait pas du dossier que l'assuré avait démissionné de sa qualité d'administrateur, son licenciement en tant que salarié n'entraînant pas automatiquement sa révocation.

B. Par acte du 31 janvier 2019, T._____, par l'intermédiaire de son conseil Me David Freymond, a interjeté recours à l'encontre de la décision sur opposition du 19 décembre 2018. Il conclut, sous suite de frais, principalement à l'annulation de la décision sur opposition litigieuse et à l'octroi d'indemnités de chômage dès le 16 octobre 2018, subsidiairement à l'annulation de la décision sur opposition litigieuse et au renvoi de la cause à l'autorité inférieure pour nouvelle décision. Pour l'essentiel, le recourant allègue qu'il n'était qu'un homme de paille et qu'il ne faisait, dans les faits, pas partie du conseil d'administration. Il n'était qu'un simple employé et percevait un salaire au même titre que les autres employés. Il invoque les art. 17, 23 et 24 des statuts de la société, lesquels mentionnent que les actionnaires exercent leur droit de vote proportionnellement à la valeur nominale de toutes les actions qui leur appartiennent, que l'assemblée générale prend ses décisions et procède aux élections à la majorité absolue des voix attribuées aux actions représentées, que les décisions du conseil d'administration sont prises à la majorité des voix des administrateurs présents et que les délibérations et les décisions du conseil d'administration sont consignées dans un procès-verbal signé par le président et le secrétaire, soit B.L._____ et A.L._____, frères et respectivement président et secrétaire du conseil d'administration. Ces derniers lui demandaient de signer les comptes de la société chaque année sans lui fournir d'explication ou de précision quant à ses demandes. Il relève par exemple que les frères A.L._____ ont sorti un terrain des actifs de la société pour le reprendre à leur nom sans le consulter au préalable. Il mentionne encore que les frères A.L._____, par

l'intermédiaire de leur mandataire, ont confirmé son licenciement par courrier du 10 décembre 2018 et qu'il n'a plus accès aux locaux de la société depuis début octobre 2018. Il ajoute enfin avoir la ferme intention de démissionner du conseil d'administration et de vendre ses actions, mais pour des raisons administratives évidentes et en raison de 38 ans de bons et loyaux services, une telle démarche requiert un certain temps.

Dans sa réponse du 5 mars 2019, l'intimée a conclu au rejet du recours, en se référant aux arguments développés dans la décision sur opposition litigieuse.

Me Freymond a produit sa liste des opérations en date 5 août 2019.

Par courrier du 8 octobre 2019 au conseil du recourant, la juge instructrice a requis la production des échanges d'écritures entre l'intéressé et la société (notamment la demande) à la suite de la procédure ouverte à l'encontre de la société (cf. allégué 6 du recours).

Dans son écriture du 10 octobre 2019, le conseil du recourant a transmis la lettre de résiliation du contrat de travail du 5 octobre 2018 et le courrier du 26 novembre 2018 d'A. _____ SA déjà produit par l'intimée dans le cadre de la procédure administrative. Il a en outre précisé que « [s]on client n'a[vait] finalement pas poursuivi de procédure en contestation de son licenciement ».

Ce courrier a été envoyé le 11 octobre 2019 à l'intimée pour information.

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 et art. 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]). 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 en temps utile et satisfait en outre aux autres conditions formelles de recevabilité (art. 61 let. b LPGA), de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

b) La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]).

2. Le litige porte en l'occurrence sur la question de savoir si le recourant peut prétendre à l'indemnité de chômage à compter du 16 octobre 2018, singulièrement s'il disposait d'une position assimilable à celle d'un employeur au sein de la société « C. _____ SA ».

3. 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 prévues à l'al. 1 de cette disposition.

b) De jurisprudence constante, un travailleur qui jouit d'une situation professionnelle comparable à celle d'un employeur – ou son conjoint – 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'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, en particulier l'art. 31 al. 3 let. c LACI

(ATF 123 V 234 ; TF 8C_776/2011 du 14 novembre 2012 consid. 3.2 et les références citées). Selon cette disposition, n'ont pas droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail 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 ; cela vaut aussi pour les 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. Celui-ci repose sur le fait qu'un travailleur licencié disposant d'un pouvoir d'influer sur les décisions de la société peut, à tout moment, décider de son propre réengagement, de sorte que la perte de travail est comparable à une réduction de l'horaire de travail avec cessation momentanée d'activité (TF 8C_478/2008 du 2 février 2009 consid. 2.2). 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 ; 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 234 consid. 7b/bb ; TF 8C_776/2011 du 14 novembre 2012 consid. 3.2 et les références citées).

Le Tribunal fédéral se montre 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 et la possibilité subsiste d'en poursuivre le but social. Ainsi, pour notre 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 (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb ; TF 8C_1004/2010 du 29 juin 2011 consid. 5.2).

c) Lorsqu'il s'agit de déterminer quelle est la possibilité effective d'un dirigeant d'influencer le processus de décision de l'entreprise, il convient de prendre en compte les rapports internes existant dans 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 notion matérielle de l'organe dirigeant est déterminante (Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n. 41 *ad* art. 31 LACI). La seule exception à ce principe concerne les membres des conseils d'administration car ils disposent *ex lege* (pour la société anonyme, art. 716 à 716b CO [loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse, Livre cinquième : Droit des obligations ; RS 220]) d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI (ATF 145 V 200 consid 4.2 ; TF 8C_738/2015 du 14 septembre 2016 consid. 3.2 ; DTA 1996/1997 n° 41 p. 226 consid. 1b et les références citées). Pour les membres du conseil d'administration, 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_514/2014 du 17 octobre 2014 consid. 3, *in* DTA 2015 p. 69 ; DTA 2004 n° 21 p. 196 consid. 3.2 [C 113/03]).

d) La situation est en revanche différente quand l'assuré, par suite de la résiliation de son contrat, rompt définitivement tout lien avec la société et n'est donc plus en mesure d'influencer les décisions de l'employeur. Dans ce cas, il peut en principe prétendre au versement d'indemnités journalières de chômage (ATF 123 V 234; TF 8C_511/2014 précité consid. 3.2 ; 8C_1016/2012 précité consid. 4.3 ; TF 8C_481/2010 du 15 février 2011 consid. 4.2). Pour les membres du conseil d'administration, la simple résiliation du contrat de travail est insuffisante. En effet, dans une telle situation, l'intéressé qui a été licencié est toujours en mesure de fixer les décisions de l'employeur ou, du moins, de les influencer de manière déterminante en sa qualité de membre du conseil d'administration (TF 8C_140/2010 du 12 octobre 2010 consid. 4.3.2). A cet égard, c'est la sortie du conseil d'administration qui est déterminante et qui fixe la rupture définitive des liens avec la société employeuse (ATF 122

V 270 consid. 3). Pour déterminer le moment de la sortie du conseil d'administration d'une société anonyme, il y a lieu de prendre en considération, par analogie avec la jurisprudence concernant l'art. 52 LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.10), non pas la date de la radiation de l'inscription au registre du commerce ou celle de la publication dans la Feuille officielle suisse du commerce, mais le moment de la démission effective du conseil d'administration (ATF 126 V 134 consid. 5b ; TF 8C_140/2010 précité consid. 4.4.2 ; TF 8C_820/2009 du 28 octobre 2009 consid. 5.2 ; TF 8C_245/2007 du 22 février 2008, consid. 3.2 ; TF C 426/00 du 7 août 2001 consid. 3). La démission est une déclaration de volonté unilatérale sujette à réception (Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4^e éd., Zurich 2009, p. 1562 n. 57a). Il s'agit d'un acte formateur revêtant un caractère univoque, inconditionnel et irrévocable (ATF 128 III 129 consid. 2a). Cependant, si malgré le maintien de l'inscription au registre du commerce, l'assuré prouve qu'il ne possède effectivement plus ce pouvoir, il n'y a pas détournement de la loi (TF 8C_1016/2012 du 19 août 2013 consid. 4.3 et les références ; voir également Rubin, *op. cit.*, n. 32 ad art. 10 LACI).

4. 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 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3 ; ATF 126 V 353 consid. 5b ; ATF 125 V 193 consid. 2 ; ATF 121 V 45 consid. 2a et les références citées). Il n'existe par conséquent pas de principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 135 V 39 consid. 6.1 et la référence citée).

5. En l'espèce, le recourant s'est vu nier le droit à l'indemnité de chômage dès le 16 octobre 2018. L'intimée a en effet considéré que, durant cette période, il était inscrit au Registre du commerce en qualité de

vice-président du conseil d'administration de la société qui l'a licencié et qu'il jouissait dès lors d'une position comparable à celle d'un employeur.

Il ressort du dossier que le recourant occupe toujours une fonction dirigeante auprès de la société « C. _____ SA » - qui continue d'exister -, dès lors qu'il en est encore formellement membre du conseil d'administration. Le fait qu'il ait rompu tout lien avec la société en raison de la résiliation de ses rapports de travail n'est pas déterminant, faute de démission effective du conseil d'administration (*supra* consid. 3d ; cf. recours p. 11, ch. 30). En effet, le recourant a, par lettre du 26 novembre 2018, manifesté son intention de réintégrer la société et malgré le refus du 10 décembre 2018 de la société « C. _____ SA », il a renoncé à ouvrir une action judiciaire (cf. courrier du 10 octobre 2019), élément qui démontre que le risque d'une réintégration subsiste. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu d'examiner plus avant les rapports internes de la société et si le recourant avait un réel pouvoir décisionnel. Ainsi, il n'est pas décisif qu'il ne soit pas actionnaire majoritaire de la société ou qu'il ne signait pratiquement aucun document de la société, ni qu'il ne s'occupait pas des engagements de personnel. C'est par conséquent à bon droit que l'intimée lui a nié le droit aux indemnités de chômage.

Le dossier étant complet, permettant ainsi à la Cour de céans de statuer en pleine connaissance de cause, on ne voit pas en quoi des mesures d'investigation supplémentaires (production des procès-verbaux de la société) seraient de nature à modifier les considérations qui précèdent. Il y a donc lieu d'y renoncer, par appréciation anticipée des preuves (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 et 134 I 140 consid. 5.2 avec les références citées).

6. a) En définitive, le recours doit être rejeté et la décision sur opposition litigieuse confirmée.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer de dépens, le recourant n'obtenant pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA).

c) Le recourant a été mis au bénéfice de l'assistance judiciaire et a obtenu, à ce titre, la commission d'un avocat d'office en la personne de Me David Freymond.

Conformément à l'art. 2 al. 1 RAJ (règlement cantonal du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire en matière civile ; BLV 211.02.3), le conseil juridique commis d'office a droit au remboursement de ses débours et à un défraiement équitable, qui est fixé en considération de l'importance de la cause, de ses difficultés, de l'ampleur du travail et du temps consacré par le conseil juridique commis d'office ; à cet égard, le juge apprécie l'étendue des opérations nécessaires pour la conduite du procès.

Le 5 août 2019, Me Freymond a produit le relevé des opérations effectuées pour la présente procédure, totalisant 9 heures et 55 minutes d'activité et 178 fr. 50 de frais forfaitaires sur honoraires (10%). Le temps consacré pour chaque poste mentionné apparaît correct et justifié et sera arrondi à 10 heures pour tenir compte de l'écriture du 10 octobre 2019. S'agissant des débours, il convient toutefois d'appliquer le forfait de 5% du défraiement hors taxe (art. 3^{bis} al. 1 RAJ). Le montant de l'indemnité de Me Freymond est donc arrêté à 1'800 fr. concernant ses honoraires (correspondant à 10 heures x 180 fr.), auquel s'ajoute une somme forfaitaire de 90 fr. pour les débours, et la TVA au taux de 7.7% par 145 fr. 55, soit un total de 2'035 fr. 55.

Cette rémunération est provisoirement supportée par le canton, le recourant étant rendu attentif au fait qu'elle est tenue d'en rembourser le montant dès qu'elle sera en mesure de le faire (art. 123 al. 1 CPC). Il incombe au Service juridique et législatif de fixer les modalités de ce remboursement (art. 5 RAJ).

**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 19 décembre 2018 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est confirmée.
- III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens.
- IV. L'indemnité d'office de Me David Freymond est arrêtée à 2'035 fr. 55 (deux mille trente-cinq francs et cinquante-cinq centimes), débours et TVA compris.
- V. Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, applicable par renvoi de l'art. 18 al. 5 LPA-VD, tenu au remboursement de l'indemnité du conseil d'office mise à la charge de l'Etat.

La présidente :

La greffière :

Du

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

- Me David Freymond (pour T. _____),
- 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 :