

VD_OMNI PS.2005.0332 vom 16. Mai 2006

VD Tribunal cantonal, 2006-05-16, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PS.2005.0332

FR: VD_OMNI PS.2005.0332 du 16 mai 2006

IT: VD_OMNI PS.2005.0332 del 16 maggio 2006

Regeste

X./Caisse cantonale de chômage, Office régional de placement de Pully | Aptitude au placement admise puisque la Sàrl ne constitue qu'un cadre juridique permettant au recourant de réaliser des gains intermédiaires; en l'absence d'une relation de travail, l'existence de la société n'est pas un obstacle à une prise d'activité ce qui est démontré par les recherches d'emploi régulières du recourant et par ses précédentes activités.

Erwägungen

E. 1

a) Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, 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'article 31 al. 3 let. c de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (ci-après : LACI). Cette disposition prévoit en effet que 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'associés, de membres d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteurs d'une participation financière de l'entreprise; il en va de même des conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise (arrêt TFA du 27 janvier 2005 dans la cause C 45/04; ATF 123 V 234). 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 tous les liens avec la société qui l'employait, a avant tout pour but 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. C'est la raison pour laquelle le Tribunal fédéral des assurances a posé des critères stricts permettant de lever d'emblée toute ambiguïté relativement à l'existence et à l'importance de la perte de travail d'assurés dont la situation professionnelle est comparable à celle d'un employeur (cf. arrêt TFA du 14 avril 2003 dans la cause C 92/02). Selon la jurisprudence, il n'y a pas de place, dans ce contexte, pour un examen au cas par cas d'un éventuel abus de droit de la part d'un assuré. Lorsque

l'administration statue pour la première fois sur le droit à l'indemnité d'un chômeur, elle émet un pronostic quant à la réalisation des conditions prévues par l'article 8 LACI. Aussi longtemps qu'une personne occupant une fonction dirigeante maintient des liens avec sa société, non seulement la perte de travail qu'elle subit est incontrôlable, mais la possibilité subsiste qu'elle décide d'en poursuivre le but social. Dans un tel cas de figure, il est donc impossible de déterminer si les conditions légales sont réunies, sauf à procéder à un examen a posteriori de l'ensemble de la situation de l'intéressé, ce qui est contraire au principe selon lequel cet examen a lieu au moment où il est statué sur les droits de l'assuré. Au demeurant, ce n'est pas l'abus avéré comme tel que la loi et la jurisprudence entendent sanctionner ici, mais le risque d'abus que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur (cf. arrêt TFA du 14 avril 2003 précité). La situation est en revanche différente quand le salarié se trouvant dans une situation 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 à des indemnités de chômage (cf. arrêt TFA du 14 avril 2003 précité consid. 2 et les références).

b) Selon la jurisprudence, 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 n'y a pas lieu de se fonder de façon stricte sur la position formelle de l'organe à considérer; 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'article 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. La seule exception à ce principe que reconnaît le Tribunal fédéral des assurances concerne les membres des conseils d'administration car ils disposent ex lege (art. 716 à 716 b CO) d'un pouvoir déterminant au sens de l'article 31 al. 3 let. c LACI (DTA 1996/1997 no 41 p. 226 cons. 1 b et les références). Pour les membres du conseil d'administration, il existe une présomption selon laquelle 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 (cf. arrêt TFA du 27 janvier 2005 dans la cause C 45/04; ATF 122 V 273 consid. 3; DTA 2004 no 21 p. 198 consid. 3.2).

c) En l'espèce, il ressort de l'instruction de la cause que la société X. Y. _____ Sàrl a été créée dans le but de fournir au recourant un cadre juridique destiné à permettre la conclusion de contrats de travail, ce qui avait d'ailleurs été admis par le Service de l'emploi dans sa décision du 20 novembre 2001. M. E. _____ qui occupait le poste de responsable de l'Unité informatique du Département des finances, entendu lors de l'audience du 30 mars 2006, a en effet indiqué que le recourant avait été engagé par l'Etat de Vaud en raison de ses capacités personnelles et que la société X. Y. _____ Sàrl n'était en réalité qu'un outil de travail. D'ailleurs, le recourant recevait des instructions de la part de l'Etat de Vaud auxquelles il devait évidemment se soumettre. M. G. _____ qui a collaboré avec le recourant par l'intermédiaire de la société D. _____ SA dans le cadre du mandat auprès de l'Etat de Vaud a également précisé lors de l'audience du 30 mars 2006 qu'il était pratiquement impossible de trouver des mandats

sans avoir créé une société au préalable dans le domaine de l'informatique, ce que les réactions des clients sur le marché du travail démontraient suffisamment. Cette société ne constituait qu'une carte de visite. D'ailleurs, le temps de travail du recourant a été fixé à 8h30 par jour du lundi au vendredi, soit 42h30 par semaine (cf. art. 5 du contrat de collaboration pour prestations informatiques du 21 juin 2003). La société X. Y. _____ Sàrl n'exerçait d'ailleurs aucune activité distincte. Toutefois, en la liquidant, le recourant se pénaliserait gravement sur le marché du travail et il aggraverait de manière considérable ses difficultés pour retrouver un emploi. Il ressort encore de l'audience du 30 mars 2006 que le Secrétariat général du Département des finances avait décidé en février 2004 que les mandats seraient confiés désormais aux seules sociétés, par crainte de l'AVS. Cet élément renforce la conviction du tribunal selon laquelle la relation contractuelle qui liait la société X. Y. _____ Sàrl à l'Etat de Vaud s'apparentait davantage à un contrat de travail déguisé avec le recourant personnellement. Il est d'ailleurs précisé dans les contrats de collaboration et les avenants que le personnel mis à disposition par la société X. Y. _____ Sàrl consiste en un concepteur qualifié, soit le recourant. D'autres éléments, comme le fait que ce dernier devait se soumettre à un temps d'essai (art. 9 du contrat de collaboration pour prestations informatiques du 10 décembre 2001), ou le respect des directives fournies par l'employeur, font apparaître que le contrat en cause s'apparente davantage à un contrat de travail passé personnellement avec ce dernier qu'avec la société X. Y. _____ Sàrl. Ce point peut toutefois demeurer indécis en l'espèce, puisqu'il a été démontré que cette société ne constituait en réalité qu'une étiquette permettant au recourant de trouver des mandats. Dans ces circonstances, il n'y a aucun abus de droit de la part de ce dernier à se voir reconnaître le droit à l'indemnité de chômage, puisqu'il ne bénéficie pas d'une position comparable à celle d'un employeur au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI.

E. 2

a) L'assuré n'a droit à l'indemnité de chômage que s'il est apte au placement (art. 8 al. 1 let. f LACI). Est réputé apte à être placé le chômeur qui est disposé à accepter un travail convenable et est en mesure et en droit de le faire (art. 15 al. 1 LACI). L'aptitude au placement comprend ainsi deux éléments : la capacité de fournir un travail – plus précisément d'exercer une activité lucrative salariée – sans que l'assuré en soit empêché pour des causes inhérentes à sa personne, et d'autre part la disposition à accepter un travail convenable au sens de l'art. 16 LACI, ce qui implique non seulement la volonté de prendre un tel travail s'il se présente, mais aussi une disponibilité suffisante quant au temps que l'assuré peut consacrer à un emploi et quant au nombre des employeurs potentiels (ATF 125 V 58 consid. 6a ; 123 V 216 consid. 3 ; ATF non publié C 183/03 du 5 juillet 2004 consid. 2 ; ATF C 136/02 du 4 février 2003 publié in DTA 2004 n° 2, p. 46 consid. 1.2). Un assuré qui, pour des motifs personnels ou familiaux, ne peut ou ne veut pas offrir à un employeur toute la disponibilité normalement exigible, ne peut être considéré comme étant apte à être placé. L'aptitude au placement doit par ailleurs être admise avec beaucoup de retenue lorsque, en raison de l'existence d'autres obligations ou de circonstances personnelles particulières, un assuré désire seulement exercer une activité lucrative à des heures déterminées de la journée ou de la semaine. Un chômeur doit être en effet considéré comme inapte au placement lorsqu'une trop grande limitation dans le choix des postes de travail rend très incertaine la possibilité de trouver un emploi. Peu importe, à cet égard, le motif pour lequel le choix des emplois potentiels est limité (ATF 123 V 216 consid. 3 ; 120 V 388 consid. 3a ; ATF non publié C 183/03 du 5 juillet 2004 consid. 2). b) L'aptitude au placement n'est pas sujette à fractionnement en ce sens qu'il existerait des situations

intermédiaires entre l'aptitude et l'inaptitude au placement (par exemple une aptitude seulement partielle), auxquelles la loi attacherait des conséquences particulières (cf. pourtant art. 24 al. 1 de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité [OACI]). En effet, c'est sous l'angle de la perte de travail à prendre en considération (art. 11 al. 1 LACI) qu'il faut, le cas échéant, tenir compte du fait qu'un assuré au chômage ne peut ou ne veut travailler à plein temps. Par exemple, s'il exerçait une activité à plein temps avant le chômage et qu'il ne désire ensuite travailler qu'à mi-temps, l'assuré subit une perte de travail de moitié seulement, qui se traduit par la prise en considération de la moitié également de son gain assuré (ATF 126 V 126 consid. 2). Pour les cas de chômage partiel, ce qui est déterminant est de savoir si l'assuré est en mesure d'accepter un emploi convenable correspondant à la perte d'emploi subie, étant précisé que celle-ci doit au moins atteindre 20% d'une activité à plein temps (ATF 120 V 385 consid. 4c/aa). La perte de travail à prendre en considération est en principe déterminée en relation avec le dernier rapport de travail (ATF 126 V 126 consid. 2 ; 125 V 58 consid. 6). c) Est réputé inapte au placement l'assuré qui n'a pas l'intention ou qui n'est pas à même d'exercer une activité salariée, parce qu'il a entrepris – ou envisage d'entreprendre – une activité lucrative indépendante, cela pour autant qu'il ne puisse plus être placé comme salarié ou qu'il ne désire pas ou ne puisse pas offrir à un employeur toute la disponibilité normalement exigible (DTA 1998 n° 32, p. 174, consid. 2 ; ATF non publiés C 79/02 du 6 février 2003, consid. 3.2 ; C 224/01 du 13 décembre 2002, consid. 3 ; C 234/01 du 19 août 2002, consid. 2 ; 224/01 du 13 décembre 2002, consid. 4.3). Si, pendant la période de contrôle, l'assuré exerce une activité indépendante, il a droit à la compensation de sa perte de gain s'il est prêt à abandonner son activité indépendante pour prendre un emploi salarié qui se présenterait à lui et s'il poursuit ses recherches d'emploi dans ce sens (ATF C 212/02 du 17 décembre 2002, consid. 2.1). On ne peut d'emblée conclure à l'inaptitude au placement d'un assuré dont le revenu provient d'une activité indépendante ; celle-ci pourra toutefois avoir pour effet de réduire la perte de travail à prendre en considération (Seco, Bulletin MT/AC 2004/3, fiche 7). L'aptitude au placement sera niée s'il est établi que les travaux préparatoires, voire la prise effective d'une activité indépendante, étaient d'une ampleur telle qu'ils excluaient toute activité parallèle (DTA 1996/1997 n° 36). Dans un arrêt du 15 janvier 2004, le Tribunal fédéral des assurances a considéré que l'aptitude au placement d'un assuré qui recherchait un emploi de nuit à plein temps ou un emploi de jour à mi-temps ne pouvait être niée. Le fait que l'assuré ne soit disponible que le matin pour un travail de jour ne le rend pas d'emblée inapte au placement (ATF C 313/02). Dans un arrêt du 6 février 2003, le Tribunal fédéral des assurances a eu l'occasion de nier l'aptitude au placement d'un assuré qui avait refusé un emploi après avoir conclu un contrat de travail à temps partiel avec une société, dont il détenait une part du capital. Dans ces conditions, on a considéré qu'il n'était pas disposé à interrompre son activité pour un emploi convenable (ATF C 79/02). Dans un arrêt du 2 avril 2003, l'aptitude au placement d'un assuré a été admise en dépit des mandats qu'il exécutait pour le compte de la société dont il était le gérant. Ces activités l'occupaient à concurrence de 20%, de sorte que sa capacité et sa volonté de se mettre au service d'un employeur potentiel subsistaient même pour une activité à plein temps. En revanche, l'aptitude au placement a été niée pour une période ultérieure au cours de laquelle il avait conclu des mandats de services, qui devaient l'occuper à mi-temps (ATF C 166/02). Le Tribunal fédéral des assurances a également nié l'aptitude au placement d'une personne de condition indépendante qui consacrait une importante partie de son temps à l'exploitation d'une agence de mannequinat, au motif qu'il

ne lui était donc pas possible d'offrir à un employeur toute la disponibilité exigible (ATF C 224/01 du 13 décembre 2002). Le Tribunal fédéral des assurances a encore eu l'occasion de nier l'aptitude au placement d'un assuré qui participait à l'exploitation d'un fitness, constitué en Sàrl, en qualité d'associé. Il a considéré que le fait de consacrer quelque 50 heures par semaine à cette activité - qu'elle fût rémunératrice ou non, de simple présence ou de travail productif - excluait une disponibilité suffisante. On ne se trouvait dès lors pas dans la situation d'un chômeur qui aurait pu accepter des mandats partiels à côté d'un travail salarié ou en dehors des heures ordinaires de bureau. Par ailleurs, il a jugé invraisemblable la possibilité pour le recourant de trouver un remplaçant s'il venait à trouver un emploi (DTA 1998 n° 32, consid. 4a). Quelques années plus tôt, l'aptitude au placement d'une avocate ayant ouvert sa propre étude pour remédier au chômage a été niée. Le fait de s'être investie à plein temps dans cette activité indépendante la rendait indisponible pour un employeur potentiel. En cela sa situation n'était pas comparable à celle d'un chômeur qui remplirait des mandats à temps partiel en dehors des heures ordinaires de bureau à côté d'un emploi salarié (DTA 1993-1994 n° 15 et les arrêts cités). Le Tribunal fédéral des assurances a également nié l'aptitude au placement d'un assuré qui entreprendrait une activité indépendante non pas pour mettre fin au chômage qui le frappe, mais avec l'intention de changer de genre d'activité (DTA 1995 n° 10). Enfin, dans un arrêt du 21 novembre 2002, le Tribunal administratif a annulé une décision du Service de l'emploi niant l'aptitude au placement de l'assuré. Il a retenu que si l'aptitude au placement ne pouvait être admise à 100%, rien ne permettait d'aboutir à la conclusion qu'elle fût inexistante (arrêt TA PS 2002/0140 du 21 novembre 2002 confirmé dans un arrêt C 313/02 du 15 janvier 2004, où le TF a examiné la question sous l'angle de la perte de travail à prendre en considération). d) En l'espèce, comme il l'a été relevé ci-dessus (cf. consid. 1c), la société X. Y. _____ Sàrl ne représente qu'un cadre juridique permettant au recourant de conclure des contrats de travail et donc par ce biais de réaliser des gains intermédiaires. Dans de telles circonstances, en l'absence d'une relation de travail, ce qui est le cas du recourant depuis sa mise au chômage, la disponibilité de ce dernier sur le marché de l'emploi est totale. D'ailleurs, il ressort de l'audience du 30 mars 2006 que l'activité déployée par le recourant auprès de l'Etat de Vaud atteignait quasiment un 100%, ce qui démontre que l'existence de la société X. Y. _____ Sàrl n'est pas un obstacle à une prise d'emploi. En outre, le tribunal constate que les recherches d'emploi effectuées par le recourant sont régulières et que les postes auxquels ce dernier postule impliquent une activité à plein temps. L'aptitude au placement du recourant doit ainsi être admise, puisque celui-ci a non seulement la volonté de prendre un travail convenable s'il se présente, mais il est également en mesure d'accepter un tel travail.

E. 3

Il résulte des considérants qui précèdent que le recours doit être admis et la décision attaquée annulée. Le dossier sera retourné à l'autorité intimée afin qu'elle statue à nouveau conformément aux considérants du présent arrêt. Il n'est pas perçu de frais de justice (art. 61 let. a LPGA). Pour le surplus, une indemnité de 1'000 fr. sera allouée au recourant à titre de dépens.