

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 13 juillet 2015

Composition : Mme PASCHE, présidente
Greffière : Mme Preti

Cause pendante entre :

A.B. _____, au [...], recourante, représentée par Me Isabelle Salomé
Daïna, avocate à Lausanne,

et

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

Art. 29 al. 3 Cst ; 37 al. 4 LPGA

E n f a i t :

A. Le 11 mars 2011, A.B._____ (ci-après : l'assurée ou la recourante), née en [...], et son frère, B.B._____, ont conclu une convention de fiducie dont le contenu était notamment le suivant :

« [...]

A. Il va être constitué ce jour une société dénommée « F._____SA », société anonyme avec siège à [...] (Vaud), dont le capital-actions est de CHF 100'000.- (cent mille francs suisses).

B. M. B.B._____ ne souhaitant pas apparaître lors de la constitution de cette société, c'est Mme A.B._____ qui souscrira les 1'000 actions nominatives ordinaires du nominal de CHF 100.- (cent francs suisses) chacune, qui doivent constituer la participation de M. B.B._____ au capital de la société et que celui-ci a payé en versant un montant de CHF 100'000.- (cent mille francs suisses) sur le compte de consignation ouvert auprès de [...].

C. Les 1'000 actions nominatives ordinaires du nominal de CHF 100.- (cent francs suisses) chacune, constituant la totalité du capital actions de la nouvelle société « F._____SA », seront donc entièrement souscrites par A.B._____.

[...]

3. Mme A.B._____, en sa qualité de propriétaire fiduciaire des 1'000 actions susmentionnées, dispose de tous les droits et obligations conférés par la loi ou les statuts aux titulaires d'actions.

4. Le fiduciaire s'engage :

a) à exercer fidèlement tous les droits et obligations inhérents à la propriété de 1'000 actions, ce pour le compte et dans l'intérêt du fiduciaire ;

b) à suivre les instructions du fiduciaire ou de tout ayant-droit de celui-ci, pour autant qu'elles soient conformes à la loi et aux intérêts de la société ;

c) à transférer au fiduciaire tous les droits et obligations acquis dans l'exercice de la fiducie, et notamment de verser au fiduciaire tout dividende et prestation pécuniaire occasionnelle ou unique aux actionnaires, qui doivent être entièrement acquis à celui-ci ;

d) à restituer les actions au fiduciaire ou à ses ayant-droit, à première requête de ceux-ci.

5. Le fiduciaire exécutera ses tâches avec toute la diligence voulue, en veillant à protéger les intérêts du fiduciaire.

Il répond à l'égard de ce dernier de la faute ou de la négligence dans l'exécution du mandat. Pour toutes les instructions qui lui sont

données verbalement, le fiduciaire est dégagé de toute responsabilité au sens des articles 398 et 399 CO.

Le [...] 2011, la société F. _____ SA a été inscrite au registre du commerce. Le capital-actions était à l'origine de 100'000 fr. réparti en 1'000 actions nominatives de 100 fr., avec restrictions quant à la transmissibilité selon les statuts.

Le 9 mai 2011, l'assurée a été inscrite au registre du commerce de cette entreprise en tant que directrice avec droit de signature individuelle.

Par contrat de travail du 16 mai 2011, A.B. _____ a été engagée dès le 1^{er} juin 2011 en qualité de directrice générale auprès de la société F. _____ SA (nouvelle raison sociale). L'assurée a signé le contrat en tant qu'employeur et employée.

Le 18 octobre 2011, le capital-actions a été augmenté à 200'000 fr., réparti en 2'000 actions nominatives de 100 fr. avec restrictions quant à la transmissibilité selon les statuts, lesquels prévoyaient ce qui suit à leur article 9 (cf. statuts modifiés lors de l'Assemblée générale extraordinaire des actionnaires du 12 octobre 2011, ainsi que par le Conseil d'administration lors de sa séance du 12 octobre 2011) :

« ARTICLE 9

Le transfert d'une action par acte juridique s'opère par la remise du titre soit endossé à l'acquéreur, soit accompagné d'une cession écrite.

Sous réserve de l'article 685 a, alinéa 3, du Code des obligations, le transfert des actions est subordonné à l'approbation de la société.

L'approbation est du ressort du Conseil d'administration. »

Par courrier du 20 décembre 2013, l'employeur a résilié le contrat de travail de l'assurée avec effet au 20 décembre 2013 en raisons de graves problèmes financiers.

Par courrier du même jour, l'assurée a mis en demeure son employeur de lui verser les salaires pour les mois de novembre et décembre 2013 (treizième salaire compris).

Par courriel du même 20 décembre 2013, l'assurée a informé un collaborateur de la [...] qu'elle ne faisait plus partie de la société à compter de ce jour, à l'instar de H._____, et que Z._____ reprenait la gestion des comptes.

A la suite de la résiliation de son contrat de travail, l'assurée a requis le paiement de 170'833 fr. 30 fr. plus intérêts à 5% l'an dès le 31 janvier 2014 auprès de son ancien employeur par une procédure de poursuite. Le 14 janvier 2014, elle a également requis des mesures superprovisionnelles et provisionnelles pour la récupération de biens et documents personnels restés en mains de F._____SA. Cette requête a fait l'objet d'une ordonnance du Tribunal d'arrondissement de Lausanne du 17 février 2014, puis d'un prononcé du 11 avril 2014.

Par courrier du 17 mars 2014 adressé à B.B._____, l'assurée a résilié avec effet immédiat le contrat de fiducie du 11 mars 2011 en ces termes :

« [...]

Par la présente, je me réfère à la convention de fiducie du 11 mars 2011, veuillez noter que, conformément à l'art. 8 de ladite convention de fiducie, je résilie celle-ci avec effet immédiat.

Par conséquent, par la présente, je vous transfère la propriété des 2'000 actions nominatives de F._____SA, d'une valeur nominale de CHF 100.- chacune, que j'ai souscrites à titre fiduciaire pour votre compte.

Ainsi que votre avocate, Me [...], et le notaire, Me [...], l'ont confirmé, lesdites actions sont déjà en votre possession.

Dès lors, je considère que la propriété sur celles-ci est valablement transférée (cf. art. 9 des Statuts de la société).

[...] »

Le 25 mars 2014, la fonction de directrice de l'assurée a été radiée du registre du commerce et Z._____ restée seule administratrice avec droit de signature individuelle.

Par décision du Tribunal de l'arrondissement de Lausanne du 31 mars 2014, la société F._____SA a été déclarée en faillite avec effet à partir du 31 mars 2014, à 9 heures.

B. Le 3 avril 2014, l'assurée a déposé auprès de la Caisse cantonale de chômage une demande d'indemnité en cas d'insolvabilité, pour des salaires non payés du 1^{er} novembre au 20 décembre 2013. La créance s'élevait à 5'000 fr. pour chacun des mois revendiqués, plus 5'000 fr. au titre de part au treizième salaire, totalisant ainsi 15'000 francs. L'assurée précisait avoir reçu son salaire jusqu'en octobre 2013.

Par décision du 3 avril 2014, la Caisse cantonale de chômage, Secteur Prestations, a nié à l'assurée le droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité en raison de sa fonction dirigeante auprès de l'entreprise F._____SA, jusqu'au 25 mars 2014, estimant qu'en raison de sa fonction de directrice avec signature individuelle jusqu'au 25 mars 2014 selon l'extrait du registre du commerce, elle faisait partie du cercle des personnes dirigeantes exclues du droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité. Elle gérait les comptes de la société et possédait le pouvoir d'engager des collaborateurs, celle-ci ayant signé seule le contrat de travail de H._____.

Le 20 mai 2014, l'assurée, représentée par son conseil, a fait opposition à la décision précitée. Elle a notamment expliqué qu'elle n'avait aucune fonction dirigeante dans la société F._____SA, se limitant à suivre les instructions de B.B._____, et qu'en tous les cas, elle avait quitté l'entreprise le 20 décembre 2013, les locaux ne lui étant plus accessibles dès cette date, même pour récupérer ses affaires personnelles. Elle demandait dès lors des indemnités en cas d'insolvabilité pour les mois de novembre 2013 à février 2014 (treizième salaire compris), subsidiairement dès le 20 décembre 2013 à fin février 2014.

Le 19 août 2014, l'assurée, représentée par son conseil, a déposé une demande d'assistance juridique (sous la forme d'une assistance par un avocat) auprès de la Caisse cantonale de chômage pour la procédure d'opposition, faisant valoir qu'elle était dans une situation financière précaire et que la situation juridique était complexe.

Par décision incidente du 1^{er} septembre 2014, la caisse a rejeté la requête d'assistance juridique au motif que la procédure d'opposition semblait vouée à l'échec.

Par décision sur opposition du 1^{er} septembre 2014, la caisse a rejeté l'opposition de l'assurée. Elle a notamment retenu que cette dernière, en sa qualité d'unique actionnaire de l'entreprise, avait une position qui lui offrait autant de pouvoirs qu'un membre du conseil d'administration, notamment celui de révoquer l'administratrice unique et nommer d'autres membres du conseil d'administration.

C. Par acte du 2 octobre 2014, A.B._____, toujours représentée par son conseil, a recouru contre la décision incidente du 1^{er} septembre 2014 rendue par la Caisse cantonale de chômage auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant, sous suite de frais et dépens, au droit à l'assistance juridique à partir du 1^{er} mai 2014, pour toutes les opérations effectuées en vue et dans le cadre de l'opposition du 20 mai 2014 à la décision du 3 avril 2014. En substance, la recourante fait valoir qu'elle remplit les trois conditions cumulatives à l'octroi de l'assistance juridique en procédure administrative et qu'en particulier le litige présentait une certaine complexité.

Le 2 octobre 2014, la recourante a également recouru contre la décision sur opposition du 1^{er} septembre 2014 rendue par la Caisse cantonale de chômage sur le droit aux prestations.

Par décision du 6 octobre 2014, la recourante a été mis au bénéfice de l'assistance judiciaire pour la présente procédure.

Le 4 novembre 2014, l'intimée a conclu au rejet du recours.

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 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 art. 34 ss LPGA qui concernent la procédure administrative devant les autorités d'assurances sociales, s'appliquent ainsi à la procédure menée par la Caisse cantonale chômage, lorsque cette caisse traite une demande de prestations de l'assurance-chômage. Dans le cas d'espèce, la recourante se plaint d'une violation de l'art. 37 al. 4 LPGA, qui prévoit que, lorsque les circonstances l'exigent, l'assistance gratuite d'un conseil juridique est accordée au demandeur.

b) Le présent recours, interjeté dans le délai légal de trente jours (art. 60 al. 1 LPGA) auprès du tribunal compétent et respectant pour le surplus les autres conditions de formes prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), est recevable.

2. Le litige porte sur le droit de la recourante à bénéficier de l'assistance gratuite d'un conseil juridique dans le cadre de l'opposition formée contre la décision du 3 avril 2014 rendue par la Caisse cantonale de chômage.

3. a) La recourante soutient en substance que le cas présente une certaine complexité qui justifie qu'un conseil lui soit désigné. Elle ajoute que la procédure d'opposition n'est pas dépourvue de chances de succès et qu'elle est dans le besoin.

La Caisse cantonale de chômage soutient pour sa part que la procédure d'opposition semble vouée à l'échec, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'examiner les autres conditions.

b) Dans la procédure administrative en matière d'assurances sociales, l'assistance gratuite d'un conseil juridique est accordée au demandeur lorsque les circonstances l'exigent (art. 37 al. 4 LPGA). La LPGA a ainsi introduit une réglementation légale de l'assistance juridique dans la procédure administrative (ATF 131 V 153 consid. 3.1 ; TF 9C_674/2011 du 3 août 2012 consid. 3.1 ; TFA I 676/2004 du 30 mars 2006 consid. 6.1 ; KIESER, ATSG-Kommentar, 2^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2009, n°22 ad. art. 37). La jurisprudence y relative rendue dans le cadre de l'art. 4 aCst. (cf. art. 29 al. 3 Cst. [Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101]) sur les conditions de l'assistance judiciaire en procédure d'opposition – soit la partie est dans le besoin, les conclusions ne sont pas dépourvues de toutes chances de succès et l'assistance est objectivement indiquée d'après les circonstances concrètes (ATF 132 V 200 consid. 4.1, 125 V 32 consid. 2 et les références ; TFA I 676/2004 précité consid. 6.2 et les références) – continue de s'appliquer, conformément à la volonté du législateur (TF 9C_674/2011 du 3 août 2012 consid. 3.1 ; TFA I 557/2004 du 29 novembre 2004 consid. 2.1 et I 386/2004 du 12 octobre 2004 consid. 2.1 ; FF 1999 p. 4242).

Le point de savoir si les conditions de l'assistance sont réalisées doit être examiné au regard de critères plus sévères dans la procédure administrative que dans la procédure judiciaire. En effet, l'art. 61 let. f LPGA, applicable à la procédure judiciaire, prévoit d'accorder l'assistance judiciaire gratuite lorsque les circonstances le « *justifient* », tandis que l'art. 37 al. 4 LPGA, applicable à la procédure administrative, prévoit d'accorder l'assistance gratuite d'un conseil juridique lorsque les circonstances « *l'exigent* » (TFA I 676/2004 précité consid 6.2 et les références).

L'assistance d'un avocat s'impose uniquement dans les cas exceptionnels où il est fait appel à un avocat parce que des questions de droit ou de fait difficiles rendent son assistance apparemment nécessaire et qu'une assistance par le représentant d'une association, par un

assistant social ou d'autres professionnels ou personnes de confiance d'institutions sociales n'entre pas en considération (ATF 132 V 200 consid. 4.1 et les références). A cet égard, il y a lieu de tenir compte du cas d'espèce, de la particularité des règles de procédure applicables, ainsi que des spécificités de la procédure administrative en cours. Si la procédure en cause présente des risques importants pour la situation juridique de l'intéressé, l'assistance gratuite d'un défenseur est en principe accordée. Tel n'est pas le cas du droit éventuel à une rente d'invalidité, lequel n'est pas susceptible d'affecter de manière particulièrement grave la situation juridique de l'assuré, mais a en revanche une portée considérable (TF I 127/2007 du 7 janvier 2008 consid. 5.2.1, 9C_105/2007 du 13 novembre 2007 consid. 3.1 ; TFA I 319/2005 du 14 août 2006 consid. 4.2.1). Si la procédure ne présente pas de risques importants pour la situation juridique de l'intéressé, l'assistance juridique ne sera accordée que si, à la difficulté relative de l'affaire, s'ajoutent des problèmes de fait ou de droit auxquels le requérant ne pourrait faire face seul (ATF 130 I 180 consid. 2.2 et les références, 125 V 32 consid. 4 ; TFA I 676/2004 précité consid. 6.2). Il faut mentionner, en plus de la complexité des questions de droit et de l'état de fait, les circonstances qui tiennent à la personne concernée, comme sa capacité de s'orienter dans une procédure (ATF 132 V 200 consid. 4.1 et les références ; TF 9C_674/2011 précité consid. 3.2). Dès lors, le fait que l'intéressé puisse bénéficier de l'assistance de représentants d'associations, d'assistants sociaux ou encore de spécialistes ou de personnes de confiance oeuvrant au sein d'institutions sociales permet d'inférer que l'assistance d'un avocat n'est ni nécessaire ni indiquée (TFA I 557/2004 du 29 novembre 2004 consid. 2.2 ; TF 9C_105/2007 du 13 novembre 2007 consid. 1.3).

4. La recourante fait essentiellement valoir que les questions juridiques posées par le présent litige sont compliquées. La recourante n'étant pas juriste, il était à ses yeux difficile pour elle d'appréhender ce qu'implique une position dirigeante et les critères pris en compte pour en déduire une position analogue à celle d'un employeur. En outre, l'implication d'un contrat de fiducie rendait les problèmes ardu, même pour un juriste.

Ces arguments ne sont toutefois pas de nature à démontrer que les circonstances du cas d'espèce rendaient la présence d'un avocat indispensable à compter du moment où l'intimée a rendu sa décision de refus de prestations du 3 avril 2014. En effet, la recourante énonce essentiellement des considérations d'ordre général qui peuvent s'appliquer à la plupart des procédures concernant des demandes de prestations. Certes, le dossier présentait une particularité vu l'existence d'un contrat de fiducie. La recourante qui a signé ce contrat, en a pourtant saisi la portée, sans que ce seul élément consacre des difficultés particulières, que ce soit lors de l'établissement des faits ou de l'application du droit.

Par ailleurs, la recourante était en mesure de s'orienter dans la procédure. Elle a en effet réussi à exécuter, sans l'assistance d'un avocat, les démarches auprès de la Caisse cantonale de chômage pour le dépôt de sa demande de prestations le 3 avril 2014. Elle aurait été en mesure de s'opposer à la décision de l'intimée du même 3 avril 2014, en expliquant les faits susceptibles d'avoir une influence sur l'issue du litige. On peut en outre supposer qu'en tant que directrice d'une entreprise, elle disposait de connaissances suffisantes pour comprendre le déroulement de la procédure.

Cela étant, il convient d'ajouter que l'intervention de l'avocate de la recourante n'a pas été décisive puisque son opposition du 20 mai 2014 a été rejetée par décision sur opposition du 1^{er} septembre 2014 refusant le droit à la recourante à des indemnités en cas d'insolvabilité. La représentante de la recourante n'a en outre pas réalisé d'autres interventions dans le dossier, hormis l'opposition du 20 mai 2014. Son champ d'action était donc limité. Elle n'a pas participé à des mesures d'instruction, telles que mettre en œuvre une expertise spécifique ou soumettre une série de questions à des experts désignés comme parfois c'est le cas en assurance-invalidité.

Au surplus, le seul fait que les conditions de l'assistance judiciaire gratuite soient réalisées pour la présente procédure judiciaire ne permet pas d'inférer que l'intéressée a droit à une telle mesure dans la procédure administrative étant donné que l'assistance judiciaire est accordée en procédure judiciaire lorsque les circonstances le justifient, tandis qu'il faut en procédure administrative que les circonstances *l'exigent* (cf. art. 37 al. 4 et 61 let. f LPGA ; TFA I 676/04 et I 713/04 du 30 mars 2006 consid. 7.2).

L'assistance juridique en procédure administrative n'étant objectivement pas indiquée dans le cas d'espèce, il n'y a pas lieu d'examiner les autres conditions plus avant.

5. Vu ce qui précède, le recours, mal fondé, doit être rejeté, ce qui entraîne la confirmation de la décision litigieuse.

a) Par décision du 6 octobre 2014, la recourante a été mise au bénéfice de l'assistance judiciaire à compter du 2 octobre 2014 et a obtenu à ce titre l'exonération du paiement d'avances et des frais judiciaires ainsi que la commission d'un avocat d'office en la personne de Me Isabelle Salomé Daïna (art. 118 al. 1 CPC [code fédéral de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272], applicable par renvoi de l'art. 18 al. 5 LPA-VD).

Le 21 avril 2015, Me Salomé Daïna a produit le relevé des opérations effectuées pour la présente procédure. Son activité a été contrôlée au regard de la conduite du procès et doit faire l'objet de modifications. Les opérations des 13 et 19 août 2014 doivent être retranchées (art. 18 al. 3 et 4 LPA-VD). En outre, s'agissant des opérations du 24 septembre au 29 septembre 2014 relatives à la procédure de recours, elles doivent être ramenées à 4 heures d'activités s'agissant d'une problématique simple, ayant trait à un dossier connu de l'avocate et de l'avocate-stagiaire. Les opérations ultérieures peuvent être confirmées. Ainsi, l'activité relative à la conduite du procès doit être arrêtée à 4 heures et 48 minutes au total (dont 24 minutes réalisées par un avocat breveté

au tarif horaire de 180 fr. et 4 heures et 24 minutes au tarif horaire de l'avocat-stagiaire de 110 fr.) (art. 2 al. 1 RAJ [règlement du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire en matière civile ; RSV 211.02.3]), à quoi s'ajoute la TVA au taux de 8%, ce qui représente un montant total de 600 fr. 50. A cela s'ajoute un montant de 80 fr. à titre de débours, soit 686 fr. 90 pour l'ensemble de l'activité déployée dans le cadre de la présente cause, TVA comprise.

Cette rémunération est provisoirement supportée par le canton, la recourante étant rendue attentive 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), en tenant compte des montants payés à titre de contribution mensuelle depuis le début de la procédure.

b) La procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires. La recourante ne saurait prétendre à l'indemnité de dépens qu'elle sollicite, dès lors qu'elle n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA et 55 LPA-VD).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
prononce :**

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision incidente du 1^{er} septembre 2014 de la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est confirmée.
- III.** L'indemnité d'office de Me Isabelle Salomé Daïna, avocate de la recourante, est arrêtée à 686 fr. 90 (six cent huitante-six francs et nonante centimes), TVA et débours compris.

IV. La 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, tenue au remboursement de l'indemnité du conseil d'office mise à la charge de l'Etat.

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

La présidente :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- Me Isabelle Salomé Daina (pour A.B. _____),
- 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 :