

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 17 juillet 2009

Présidence de M. DIND
Juges : Mme Roethenbacher et M. Abrecht
Greffier : M. Perret

Cause pendante entre :

A.R. _____, à Lausanne, recourante, représentée par l'avocat Joël Crettaz,
audit lieu,

et

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE (ci-après : la caisse), à Lausanne,
intimée.

Art. 31 al. 3 let. c LACI

E n f a i t :

A. Par contrat du 30 juin 2006, A.R._____ et V._____ ont fait l'acquisition du fonds de commerce ainsi que des machines et du matériel d'exploitation de [...], sis à Lausanne, la reprise de l'exploitation étant convenue pour le 1^{er} septembre 2006.

Le 29 décembre 2006 a été inscrite au Registre du commerce du canton de Vaud la société H._____ Sàrl, avec siège social à Lausanne, dont le but était l'exploitation d'un supermarché. A.R._____ y exerçait la fonction d'associée gérante avec signature individuelle et détenait une part sociale de 16'000 francs sur un capital social de 20'000 francs. L'autre associé était B.R._____, qui détenait une part sociale de 4'000 francs.

A.R._____ indique que l'exploitation a fonctionné avec deux employées, savoir elle-même, engagée à temps complet, et une vendeuse auxiliaire, J._____, engagée à temps partiel. Il résulte des fiches de salaires des deux intéressées produites au dossier que celles-ci ont perçu un salaire mensuel du mois de septembre 2006 au mois d'octobre 2007, ainsi qu'un 13^{ème} salaire. Le salaire mensuel brut de A.R._____ s'élevait à 4'800 francs et celui de J._____ à 2'220 francs.

Par convention du 24 août 2007, la société H._____ Sàrl, représentée par A.R._____, a revendu son fonds de commerce, ses machines et son matériel d'exploitation ainsi que son stock de marchandises à W._____, la reprise de l'exploitation étant convenue pour le 1^{er} novembre 2007. A.R._____ a été radiée du registre des contribuables TVA avec effet au 31 décembre 2007.

En raison de la cessation des activités de l'entreprise, la société H._____ Sàrl a résilié le contrat de travail de A.R._____ le 30 août 2007 pour le 31 octobre suivant. A.R._____ a sollicité l'octroi de l'indemnité de chômage à compter du 7 novembre 2007 auprès de la Caisse cantonale de chômage, agence de Lausanne.

Par décision du 17 mars 2008, la caisse a nié le droit de l'assurée à l'indemnité, considérant que celle-ci, en tant qu'associée gérante avec droit de signature individuelle, conservait un pouvoir décisionnel dans la société.

Selon procès-verbal du 8 avril 2008, présidée par A.R. _____, l'assemblée générale extraordinaire des associés de la société H. _____ Sàrl a à l'unanimité :

- décidé la dissolution et l'entrée en liquidation de la société sous la raison sociale " H. _____ Sàrl, en liquidation";
- pris acte de la démission de la gérante A.R. _____, dont les pouvoirs sont éteints;
- désigné en qualité de liquidateur de la société, avec pouvoir d'engager celle-ci par sa signature individuelle, A.R. _____, laquelle a déclaré accepter ce mandat et ce mode de signature.

Par inscription au Registre du commerce du canton de Vaud du 14 avril 2008, publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce le 18 avril suivant, A.R. _____ a été radiée de sa fonction d'associée gérante et inscrite en qualité d'associée liquidatrice avec signature individuelle de la société H. _____ Sàrl en liquidation.

Le 15 avril 2008, A.R. _____ a formé opposition à l'encontre de la décision de la caisse du 17 mars précédent, faisant valoir que, du fait de la vente de son fonds de commerce, la société H. _____ Sàrl n'exerçait plus aucune activité commerciale et devait être considérée comme fermée, tout réengagement de personnel étant exclu.

Par décision sur opposition du 26 juin 2008, la caisse a confirmé sa précédente décision, considérant, d'une part, qu'il ne pouvait être retenu au degré de la vraisemblance prépondérante que l'assurée avait définitivement quitté l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci, ni qu'elle avait rompu tout lien avec la société à compter du 1^{er} novembre 2007, et d'autre part, que tant que la société H. _____ Sàrl n'était pas radiée du registre du commerce, l'assurée, nommée unique liquidatrice et représentante de l'entreprise, conservait une fonction

dirigeante au sein de la société et n'avait pas droit aux indemnités de chômage.

B. Représentée par l'avocat Joël Crettaz, A.R._____ a recouru contre cette décision sur opposition le 17 juillet 2008, concluant à sa réforme en ce sens qu'elle a droit à des indemnités de chômage à compter du 7 novembre 2007. Elle fait à nouveau valoir que la société H._____ Sàrl n'a pas repris d'activité depuis la vente de son fonds de commerce et doit être considérée comme fermée, ce qui entraîne le départ définitif de la position assimilable à celle d'un employeur. Elle ajoute qu'il est exclu que la société réengage du personnel.

Dans sa réponse du 29 septembre 2008, la caisse a indiqué qu'il ne pouvait être déduit de l'aliénation du fonds de commerce que la société avait cessé toute activité, son but social, soit l'exploitation d'un supermarché, perdurant et pouvant être réalisé au travers d'un autre établissement, à défaut de dissolution. Elle estime ainsi qu'il n'est pas établi de façon suffisamment probante que la recourante avait définitivement quitté l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci à compter du 1^{er} novembre 2007. Par ailleurs, la caisse considère que, dès lors que la recourante a été nommée associée liquidatrice suite à la dissolution de la société, elle détient toujours une fonction dirigeante au sein de la société et doit par conséquent être exclue des bénéficiaires de l'indemnité de chômage. Elle a dès lors conclu au rejet du recours.

En réplique du 5 novembre 2008, la recourante se prévaut d'un arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 22 janvier 2007 dans la cause C 157/06, également cité par l'intimée dans sa réponse, pour faire valoir que le fait qu'une société commerciale reste inscrite au registre du commerce ne constitue qu'un indice qu'elle conserve une activité commerciale, l'assuré devant être autorisé à rapporter la preuve que, malgré le maintien de l'inscription, la société a dans les faits disparu et que la reprise d'une activité est absolument exclue. En l'occurrence, la recourante invoque que le fait que la société a conservé son siège à l'adresse de son ancien commerce malgré la vente de celui-ci permet d'exclure la reprise d'une

activité d'ordre commercial de quelque titre que ce soit. Elle ajoute qu'elle a entrepris des démarches qui attestent de la fin de son activité, notamment en se faisant radier du registre des contribuables TVA, et justifie la durée de cinq mois entre la prise de jouissance de l'acheteur et la mise en œuvre de la liquidation de la société par son inexpérience, d'une part, et par son occupation dans le cadre de cours à plein temps mis en place par l'ORP, d'autre part. Considérant dès lors que la société était devenue une coquille vide à la vente du commerce, la recourante conclut avoir droit à des indemnités de chômage.

Par duplique du 24 novembre 2008, l'intimée a maintenu ses conclusions.

E n d r o i t :

1. Interjeté dans le délai légal de trente jours dès la notification de la décision entreprise, le recours est recevable en la forme (art. 60 al. 1 LPGA [loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales; RS 830.1]).

2. Aux termes de la disposition transitoire de l'art. 117 al. 1 LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative; RSV 173.36), en vigueur dès le 1^{er} janvier 2009, les causes pendantes devant les autorités administratives et de justice administratives à l'entrée en vigueur de dite loi sont traitées selon cette dernière.

La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, qui succède au Tribunal des assurances, est compétente pour statuer (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD).

3. Est litigieux en l'espèce le droit de la recourante à l'indemnité de chômage à partir du 7 novembre 2007, eu égard notamment à sa

fonction d'associée gérante avec signature individuelle puis d'associée liquidatrice avec signature individuelle.

4. a) L'art. 8 al. 1 LACI (loi sur l'assurance-chômage; RS 837.0) énumère les conditions cumulatives qui doivent être réalisées pour ouvrir le droit de l'assuré à l'indemnité de chômage. La loi apporte certaines exceptions à cette disposition; ainsi, l'art. 31 al. 3 let. c LACI prévoit que n'ont notamment 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.

b) De jurisprudence constante, 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, il continue de fixer les décisions de son ancien employeur ou à influencer celles-ci de manière déterminante. Dans le cas contraire, on détournerait en effet 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 précité (ATF 123 V 234; TFA, arrêt C 45/04 du 27 janvier 2005, consid. 3.1; TF, arrêt 8C 515/2007 du 8 avril 2008, consid. 2.2). Il s'agit dès lors de prévenir d'emblée d'éventuels abus commis par les personnes qui, grâce à leur statut au sein de l'entreprise, pourraient à la fois bénéficier de l'indemnité de chômage et décider de l'étendue ainsi que de la durée de leur perte de travail (Rubin, Assurance-chômage, 2^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2006, ch. 3.3.3.3.1, p. 121).

A cet égard, la jurisprudence précise qu'il n'est pas admissible de refuser, de façon générale, le droit à l'indemnité aux employés au seul motif qu'ils peuvent engager l'entreprise par leur signature et qu'ils sont inscrits au registre du commerce. L'autorité ne doit pas se fonder de façon stricte sur la position formelle de l'organe à considérer, mais bien plutôt établir l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances

concrètes. 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 en cause (arrêt C 45/04 précité, consid. 3.1 et les références). La seule exception à ce principe concerne les personnes dont le pouvoir de décision résulte de la loi; ainsi, les membres du conseil d'administration d'une société anonyme ou les associés-gérants d'une société à responsabilité limitée sont réputés disposer d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI, sans qu'il soit nécessaire de procéder à l'examen concret des responsabilités matérielles qu'ils exercent au sein de la société, fût-ce en ne disposant que d'une signature collective (arrêt 8C 515/2007 précité, consid. 2.2 in fine et les références; TFA, arrêt C 219/03 du 2 juin 2004, consid. 2.4; TF, arrêt C 224/06 du 3 octobre 2007, consid. 2.2; Rubin, op. cit., ch. 3.3.3.4.2, p. 126). De jurisprudence constante, l'inscription de l'assuré au registre du commerce (comme organe de la société) est décisive pour déterminer s'il occupe une position assimilable à celle de l'employeur (TF, arrêt C 211/06 du 29 août 2007, consid. 2.1 et les références).

La situation est différente lorsque le salarié, se trouvant dans une position assimilable à celle d'un employeur, quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci; dans ce cas, il ne risque plus, en effet, d'influencer une décision visant à son propre réengagement, puisque la société, fermée, n'a plus d'existence sociale et ne peut en conséquence plus rien décider. 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 (arrêt 8C 515/2007 précité, consid. 2.2; TFA, arrêt C 65/04 du 29 juin 2004, consid. 2 et les références; Rubin, op. cit., ch. 3.3.3.4.3 et 3.3.3.4.4, pp. 128 ss).

Un surendettement de l'entreprise, l'octroi d'un sursis concordataire ou la cessation temporaire de l'exploitation ne suffit pas à prouver que l'assuré a quitté définitivement l'entreprise, respectivement

que cette dernière doit être considérée comme "fermée" (TFA, arrêt C 235/03 du 22 décembre 2003). En effet, selon la jurisprudence, sont de nature à entraîner le départ ou l'abandon définitif de la position assimilable à celle d'un employeur d'un assuré (TFA, arrêts C 268/04 du 3 mars 2005, C 255/05 du 25 janvier 2006 et C 278/05 du 15 mars 2006) :

- la fermeture de l'entreprise;
- la faillite de l'entreprise;
- la vente de l'entreprise et/ou de la participation financière avec abandon de la position assimilable à celle d'un employeur;
- le congé avec perte de la position assimilable à celle d'un employeur.

La jurisprudence se montre particulièrement rigoureuse, considérant qu'aussi longtemps qu'une personne occupant une fonction dirigeante maintient des liens avec sa société, la perte de travail qu'elle subit est réputée incontrôlable et la possibilité subsiste qu'elle décide d'en poursuivre le but social. Ainsi, pour la 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 jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur (TFA, arrêt C 141/03 du 9 décembre 2003, consid. 4 et les références; arrêt C 163/04 du 29 août 2005, consid. 2.2 et les références).

c) Dans le domaine particulier des assurances sociales, le juge doit, pour autant que la loi n'en dispose autrement, se prononcer suivant le principe probatoire de la vraisemblance prépondérante. Selon ce principe, la simple possibilité d'un état de fait donné ne suffit pas à satisfaire aux exigences de preuve; le juge doit bien plutôt s'en tenir à la présentation des faits qu'il considère comme la plus vraisemblable parmi toutes les possibilités du cours des événements (Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3^{ème} éd., Berne 2003, n° 43, p. 451; Maurer, Bundessozialversicherungsrecht, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1993, pp. 422-423; ATF 125 V 193, consid. 2 in initio; ATF 119 V 9, consid. 3c/aa et les références).

5. a) En l'espèce, la recourante était inscrite au Registre du commerce en tant qu'associée majoritaire gérante avec signature individuelle de la société H._____ Sàrl. Conformément à la jurisprudence susmentionnée, il n'y a pas lieu d'examiner plus avant l'étendue concrète de son pouvoir de décision au sein de dite société; en effet, de par la loi (art. 810 CO), elle y exerçait une influence déterminante au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI. La caisse était donc fondée à lui nier tout droit à l'indemnité jusqu'à la radiation de ce statut, intervenue le 14 avril 2008.

La recourante fait valoir que la société n'aurait été qu'une "coquille vide" depuis la vente de son fonds de commerce le 1^{er} novembre 2007 et qu'elle devait dès lors être considérée comme fermée. Toutefois, l'aliénation du fonds de commerce en question n'empêche pas le but social, en l'occurrence l'exploitation d'un supermarché, de perdurer tant que la société n'a pas été liquidée et radiée du Registre du commerce. A cet égard, il importe peu que la société n'ait pas exercé d'activité commerciale après le 1^{er} novembre 2007, l'éventualité que la recourante, qui demeurait associée majoritaire gérante avec signature individuelle, reprenne l'exploitation avec d'autres moyens conformément au but social étant suffisante, selon la jurisprudence rappelée plus haut, particulièrement rigoureuse.

b) A partir du 14 avril 2008, la recourante a été inscrite au Registre du commerce en qualité d'associée liquidatrice avec signature individuelle de la société H._____ Sàrl désormais en liquidation. La jurisprudence estime que le statut d'associé liquidateur succédant à celui d'associé gérant avec signature individuelle d'une société à responsabilité limitée a pour effet de maintenir l'intéressé dans le cercle des personnes qui fixent les décisions de l'employeur ou qui les influencent de manière déterminante; le droit à l'indemnité de chômage doit dès lors être nié de ce chef (TFA, arrêt C 175/04 du 29 novembre 2005, consid. 3.1 in fine et les références).

En l'espèce, il n'existe aucune raison de déroger à ce principe, la recourante ayant conservé en tant que liquidatrice des prérogatives

analogues à celles dont elle disposait précédemment (TFA, arrêt C 175/04 précité, consid. 3.2 et les références).

c) Il résulte des considérations qui précèdent que c'est à juste titre que la caisse a nié le droit à l'indemnité dans le cas d'espèce, en application de l'art. 31 al. 3 let. c LACI.

6. Cela étant, le recours doit être rejeté, ce qui entraîne le maintien de la décision attaquée.

Il n'y a pas lieu de percevoir de frais de justice ni d'allouer de dépens (art. 61 let. a LPGA).

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

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision attaquée est confirmée.
- III.** Il n'est pas perçu de frais de justice ni alloué de dépens.

Le président :

Le greffier :

Du

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

- Me Joël Crettaz (pour A.R. _____);
- 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).

Le greffier :