

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 13 janvier 2010

Présidence de M. NEU
Juges : M. Jomini et Mme Röthenbacher
Greffier : M. Kramer

Cause pendante entre :

K._____, à Renens, recourante,

et

CAISSE CANTONALE DE CHOMAGE, division juridique, à Lausanne,
intimée.

Art. 8 al. 1 let. b LACI et 31 al. 3 let. c LACI

E n f a i t :

A. K._____ a travaillé pour la société Z.____ Sàrl à compter du 4 octobre 2005, effectuant des tâches de secrétariat. Licenciée avec effet au 31 décembre 2008 en raison de la cessation d'activité de cette entreprise, elle a revendiqué l'indemnité de chômage à partir du 7 janvier 2009.

B. Du registre du commerce, il ressort que l'époux de l'assurée, W._____, a été associé-gérant avec signature individuelle de la société Z.____ Sàrl jusqu'à la modification des statuts de cette entreprise intervenue le 9 mars 2009. Il est en outre administrateur unique de la société X._____ SA depuis la création de celle-ci le 14 mai 2008. Z.____ Sàrl avait été fondée le 4 octobre 2005, avec pour but social l'exploitation d'une entreprise de ferrailage, ayant des activités dans le domaine de la construction, de la maçonnerie et du béton armé. Le but social de X._____ SA est quant à lui l'exploitation d'une entreprise de construction, en particulier des travaux de coffrage, de ferrailage et de démolition de bâtiments.

C. Par prononcé du 23 février 2009, confirmé sur opposition par décision du 12 mai 2009, la Caisse cantonale de chômage (ci-après: la caisse) a dénié à l'assurée le droit aux prestations de l'assurance-chômage compte tenu du pouvoir décisionnel exercé par son époux W._____, tant en qualité d'employeur et d'associé-gérant de Z.____ Sàrl, qu'en qualité d'administrateur unique de X._____ SA, sociétés oeuvrant au demeurant dans le même champ d'activité.

D. K._____ a recouru contre cette décision devant le tribunal de céans par acte du 15 juin 2009, faisant en résumé valoir que, ne disposant même pas d'une formation de secrétaire, elle n'avait exercé aucun pouvoir décisionnel ni bénéficié d'un statut de dirigeant au sein de l'une ou de l'autre des deux sociétés en question, X._____ SA ayant du reste procédé à l'engagement d'une secrétaire qualifiée.

La caisse a conclu au rejet du recours par réponse du 7 juillet 2009. Les parties ont confirmé leurs conclusions dans le cadre d'un second échange d'écritures, clos le 18 novembre 2009.

E n d r o i t :

1. a) Interjeté dans le délai légal de trente jours suivant la notification de la décision attaquée, le recours a été déposé en temps utile (art. 60 al. 1 LPGA [loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales; RS 830.1]). Satisfaisant aux conditions des art. 56 à 60 LPGA, il est en outre recevable en la forme.

b) La valeur litigieuse pouvant excéder 30'000 fr., compte tenu de ce que le litige porte sur la négation du droit à l'indemnité, respectivement du nombre maximum d'indemnités journalières auxquelles la recourante pourrait, le cas échéant, avoir droit, la présente cause relève de la compétence d'une cour composée de trois magistrats (art. 83c al. 1 LOJV [loi vaudoise du 12 décembre 1979 d'organisation judiciaire; RSV 173.01]; 94 al. 1 let. a LPA-VD [loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative; RSV 173.36]).

2. Est seule litigieuse la négation du droit de la recourante à l'indemnité de chômage à compter du 7 janvier 2009, compte tenu de la position exercée par son époux au sein de la société Z.____ Sàrl d'une part, de la société X._____ SA d'autre part.

a) Selon la jurisprudence (ATF 123 V 234), 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'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, en particulier l'art. 31 al. 3 let. c LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et

l'indemnité en cas d'insolvabilité; RS 837.0). Selon cette disposition légale, 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. 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 à des indemnités de chômage (voir plus particulièrement ATF 123 V 234 consid. 7b/bb; voir aussi TFA C 65/04 du 29 juin 2004 consid. 2 in DTA 2004 n° 24 p. 259; C 279/00 du 9 mai 2001 consid. 2a in SVR 2001 ALV n° 14 p. 41 et C 208/99 du 27 janvier 2000 consid. 2 in DTA 2000 n° 14 p. 67).

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 tout lien avec la société qui l'employait peut certes paraître rigoureux selon les circonstances du cas d'espèce. Il ne faut néanmoins pas perdre de vue les motifs qui ont présidé à cette exigence. Il s'est agi avant tout 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 (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb p. 239; Boris Rubin, Assurance-chômage, Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, Procédure, 2^{ème} éd. mise à jour et complétée, Zurich 2006, p. 122).

b) 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 1997 n° 41 p. 227 consid. 1b et 2; SVR 1997 ALV n° 101 p. 311 consid. 5c). La seule exception à ce principe concerne les membres des conseils d'administration car ils disposent ex lege (art. 716 à 716 b CO [loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse; RS 220]) d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI (DTA 1997 n° 41 p. 224 consid. 1b et les références). 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 p. 273; TFA C 113/03 du 24 mars 2004 consid. 3.2 in DTA 2004 n° 21 p. 196). Il en va de même, dans une société à responsabilité limitée, des associés, respectivement des associés-gérants lorsqu'il en a été désigné, lesquels occupent collectivement une position comparable à celle du conseil d'administration d'une société anonyme (TFA C 31/02 du 22 novembre 2002 consid. 4 et C 71/01 du 30 août 2001).

c) Il peut par ailleurs arriver qu'une personne soit économiquement propriétaire de plusieurs entreprises. Si l'une d'entre elles tombe en faillite et que l'intéressé (qui occupait au sein de celle-ci une position analogue à celle d'un employeur) a la possibilité d'exercer une activité du même type au sein d'une autre entreprise qu'il contrôle, le droit à l'indemnité de chômage doit également être nié. Dans une telle éventualité, le risque d'abus que représente le versement d'indemnités à

un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur est également réalisé (TF C 65/04 du 29 juin 2004; BJM 2003 p. 131).

d) La jurisprudence étend l'exclusion du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail au droit à l'indemnité de chômage (cf. TFA C 193/04 du 7 décembre 2004 in DTA 2005 n° 9 p. 130; voir aussi Regina Jäggi, Eingeschränkter Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei arbeitgeberähnlicher Stellung durch analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG, in RSAS 2004 p. 1, spéc. p. 9 ss). En effet, les conjoints peuvent exercer une influence sur la perte de travail qu'ils subissent, ce qui rend leur chômage difficilement contrôlable (cf. Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], 2^{ème} éd. 2007, p. 2315 n° 461). En outre, aussi longtemps que cette influence subsiste, il existe une possibilité de réengagement. Dans ce cas également, il s'agit de ne pas détourner la réglementation en matière d'indemnité de chômage (TF 8C_461/2009 du 8 décembre 2009 et la jurisprudence citée). Il est vrai que cette jurisprudence – qui repose sur des dispositions légales excluant du droit à certaines prestations le conjoint occupé dans l'entreprise de son époux (art. 31 al. 3 let. b LACI) ou dans l'entreprise d'une personne mentionnée à l'art. 31 al. 3 let. c LACI – n'est pas directement applicable aux personnes qui entretiendraient des liens étroits avec leur employeur sans être mariées (par exemple un concubin). Toutefois, le Tribunal fédéral a nié que cette distinction soit constitutive d'une inégalité de traitement injustifiée, d'autant que le droit aux prestations doit être dans tous les cas refusé en présence de procédés destinés à éluder les conditions légales du droit aux prestations (TF C 113/06 du 6 juin 2007 consid. 2.2; TFA C 193/04 du 7 décembre 2004).

3. En l'occurrence, l'autorité intimée a correctement appliqué cette jurisprudence en niant le droit de l'assurée aux indemnités journalières litigieuses compte tenu des fonctions dirigeantes occupées par son époux, tant comme associé-gérant de Z.____ Sàrl jusqu'en mars 2009, que comme administrateur unique de X._____ SA dès mai 2008.

En effet, comme rappelé ci-dessus, compte tenu des fonctions exercées par l'époux, réputées dirigeantes en vertu de l'art. 31 al. 3 let. c LACI, le droit aux prestations de l'épouse doit être exclu sans qu'il soit nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités que l'un ou l'autre conjoint a exercé ou peut encore exercer au sein des deux sociétés. Cela se justifie d'autant que, de l'aveu même de la recourante, l'activité concrète de X. _____ SA que contrôle encore son mari est identique à celle de Z. ___ Sàrl qui l'avait employée. Enfin, le fait que X. _____ SA emploie déjà une secrétaire expérimentée n'est en soi pas de nature à exclure l'engagement de la recourante, respectivement à exclure le risque d'abus que la jurisprudence, constante et rigoureuse, entend déjà prévenir.

Fondée, la décision attaquée doit être confirmée et le recours rejeté en conséquence, sans suite de frais ni allocation de dépens (art. 61 let. a et g LPGA).

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

- I.** Le recours est rejeté.

- II.** La décision sur opposition rendue le 12 mai 2009 par la Caisse cantonale de chômage est confirmée.

- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires, 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 :

- K. _____,
- 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).

Le greffier :