

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 20 juillet 2011

Présidence de M. NEU
Juges : Mme Di Ferro Demierre et M. Métral
Greffier : Mme Matile

Cause pendante entre :

A.P. _____, à Lausanne, recourant,

et

X. _____, à Lausanne, intimée.

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

E n f a i t :

A. En qualité d'associés-gérants détenant ensemble la totalité du capital social, A.P._____ et son épouse B.P._____ ont créé la société « Restaurant G._____ Sàrl » (ci-après : la Sàrl), de siège social à Lausanne, inscrite au registre du commerce le 20 décembre 2006. L'époux A.P._____ a travaillé au service de cette entreprise jusqu'au 30 juin 2008, date à laquelle il fut mis en incapacité de travail pour raisons médicales, jusqu'au 31 octobre 2009. Il a revendiqué les prestations de l'assurance-chômage à compter du 1^{er} novembre 2009, demandant qu'il soit libéré des conditions relatives à la période de cotisation compte tenu d'une longue période d'incapacité de travail.

B. Par décision du 8 mars 2010, X._____ (ci-après : la caisse) a nié à A.P._____ tout droit à l'indemnité de chômage au motif qu'il était toujours inscrit au registre du commerce en qualité d'associé-gérant de la Sàrl qui l'avait employé et qu'il conservait de ce fait un pouvoir décisionnel l'excluant du cercle des ayants-droit de l'assurance.

A.P._____ s'est opposé à cette décision par acte du 11 mars 2010, concluant à l'ouverture d'un droit aux prestations à compter du 1^{er} novembre 2009. Il fit en substance valoir que la Sàrl n'avait plus aucune activité depuis le 30 juin 2008, qu'il avait lui-même cessé toute activité au service de cette entreprise pour des raisons médicales et qu'aucun établissement public n'était ouvert sous cette raison sociale. Jointe à son opposition, un document établi le 30 novembre 2009 par la Caisse de compensation [...] attestait que la Sàrl était inscrite dans leur registre en tant qu'administration inactive.

C. Par décision sur opposition rendue le 25 mars 2010, la caisse a confirmé le déni du droit à l'indemnité de l'assuré au motif de sa double qualité d'associé-gérant et de conjoint d'une associée-gérante, retenant en substance que la société en question n'était pas en liquidation, qu'elle n'avait pas été cédée à des tiers et que, nonobstant son licenciement,

l'intéressé occupait toujours sa fonction d'associé-gérant, laquelle restait assimilable à celle d'un employeur, au même titre du reste que son épouse.

A.P._____ a recouru devant le Tribunal cantonal contre cette décision par acte du 19 avril 2010. Il conclut à son annulation, respectivement à l'ouverture du droit aux prestations revendiquées, s'estimant totalement apte au placement à compter du 1^{er} novembre 2009. Il fait en résumé valoir que la Sàrl n'exerçait plus d'activité et que les démarches officielles avaient été entreprises devant notaire afin de dissoudre la société et la mettre en liquidation totale.

Dans sa réponse du 12 mai 2010, la caisse a conclu au rejet du recours. Observant que la Sàrl avait été effectivement mise en liquidation, cela par inscription au registre du commerce du 28 avril 2010, l'intimée releva que l'épouse du recourant, en sa qualité de liquidatrice de la société, était quant à elle réputée avoir conservé, selon la jurisprudence, une influence déterminante sur la marche de l'entreprise excluant que son époux puisse prétendre à l'indemnité de chômage.

Les parties ont confirmé leurs conclusions au terme d'un second échange d'écriture ; leurs arguments seront repris ci-après dans la mesure utile.

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 l'a été 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]); il satisfait en outre aux autres conditions légales (art. 61 let. b LPGA), de sorte qu'il est recevable à la forme.

Le litige ayant pour objet le déni du droit à l'indemnité, laquelle est en principe servie sur la durée d'un délai-cadre

d'indemnisation ouvert durant deux ans, la valeur litigieuse est réputée supérieure à 30'000 francs de sorte que la présente cause relève de la compétence d'une cour statuant à trois juges (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD [loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36]).

2. Le litige porte sur le droit du recourant à des indemnités journalières de chômage à compter du 1^{er} novembre 2009, plus précisément sur le point de savoir si ce droit doit être nié, comme le retient l'intimée, en raison des liens qui subsisteraient entre l'assuré et son dernier employeur, la société « Restaurant G. _____ Sàrl », dont son épouse et lui-même ont été les associés-gérants jusqu'à sa mise liquidation.

a) Selon l'art. 8 al. 1 LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.0), l'assuré a droit à l'indemnité de chômage, notamment, s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a) et s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (let. b).

Les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail lorsqu'ils remplissent les conditions décrites aux lettres a à d de l'art. 31 al. 1 LACI. Une réduction de l'horaire de travail peut consister non seulement en une réduction de la durée quotidienne, hebdomadaire ou mensuelle du travail, mais aussi en une cessation d'activité pour une certaine période, sans résiliation des rapports de travail (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb p. 237; TF 8C_204/2009 du 27 août 2009 consid. 3.1). N'ont pas droit à l'indemnité en question les travailleurs dont la réduction de l'horaire de travail ne peut pas être déterminée ou dont l'horaire n'est pas suffisamment contrôlable (art. 31 al. 3 let. a LACI), de même que 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 de l'entreprise; il en va de même des conjoints de ces

personnes, qui sont occupés dans l'entreprise (art. 31 al. 3 let. b et c LACI) (TF 8C_204/2009 du 27 août 2009 consid. 3.1).

b) La jurisprudence considère, par ailleurs, qu'un travailleur qui jouit d'une situation comparable à celle d'un employeur - ou son conjoint - n'a pas droit à l'indemnité de chômage (art. 8 ss LACI) lorsque, bien que licencié formellement par une entreprise, il continue à 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 des dispositions 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; dans ce sens, il existe un étroit parallélisme entre le droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail et le droit à l'indemnité journalière de chômage (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb; TF 8C_415/2008 du 23 janvier 2009, consid. 2.2; TF 8C_515/2007 du 8 avril 2008, consid. 2.2; TF C 211/06 du 29 août 2007, consid. 2.1; voir aussi DTA 2004 p. 259, C 65/04, consid. 2; SVR 2001 ALV n° 14 p. 41 s., TFA C 279/00, consid. 2a et DTA 2000 n° 14 p. 70, C 208/99, consid. 2). La situation est en revanche différente quand le salarié qui se trouve dans une position assimilable à celle d'un employeur quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci, car il n'y a alors pas de risque que les conditions posées par l'art. 31 al. 3 let. c LACI soient contournées; il en va de même si l'entreprise continue d'exister, mais que l'assuré rompt définitivement tout lien avec elle après la résiliation des rapports de travail; dans un cas comme dans l'autre, il peut en principe prétendre à des indemnités journalières de chômage (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb; TF 8C_415/2008 du 23 janvier 2009, consid. 3.2; TF 8C_515/2007 du 8 avril 2008, consid. 2.2; TF C 211/06 du 29 août 2007, consid. 2.1; voir aussi DTA 2004 p. 259, TFA C 65/04, consid. 2; SVR 2001 ALV n° 14 p. 41 s., TFA C 279/00, consid. 2a et DTA 2000 n° 14 p. 70, TFA C 208/99, consid. 2).

Selon le Tribunal fédéral, 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 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 l'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 des sociétés dans lesquelles 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; TF C 292/06 du 29 août 2007 consid. 4.2; TFA C 192/05 du 17 novembre 2006 consid. 2).

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 (TF C 157/06 du 22 janvier 2007, consid. 3.2; TFA C 163/04 du 29 août 2005 consid. 2.2; TFA C 141/03 du 9 décembre 2003, consid. 4; TFA C 92/02 du 14 avril 2003, in DTA 2003 n° 22 p. 242 consid. 4).

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 (TF 8C_515/2007 du 8 avril 2008, consid. 2.2; DTA 1996/1997 n° 41 p. 227 s. 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 716b CO [code des obligations du 30 mars 1911, RS 220]) d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI (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 ne soit nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'ils exercent au sein de la société (ATF 122 V 270 consid. 3 p. 273; TF 8C_515/2007 du 8 avril 2008, consid. 2.2; DTA 2004 n° 21 p. 196 consid. 3.2). 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 (TF 8C_515/2007 du 8 avril 2008, consid. 2.2 ; TFA C 37/02 du 22 novembre 2002, consid. 4; TFA C 71/01 du 30 août 2001).

Lorsqu'il s'agit d'un membre d'un conseil d'administration ou d'un associé d'une société à responsabilité limitée, l'inscription au registre du commerce constitue en règle générale le critère de délimitation décisif (ATF 122 V 270 consid. 3 p. 273; DTA 2004 n° 21 p. 198 consid. 3.2). La radiation de l'inscription permet d'admettre sans équivoque que l'assuré a quitté la société (TF C 157/06 du 22 janvier 2007, consid. 3.2; TFA C 175/04 du 29 novembre 2005).

d) En définitive, lorsque le salarié qui se trouve dans une position assimilable à celle d'un employeur quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci, il n'y a pas de risque que les conditions posées par l'art. 31 al. 3 let. c LACI soient contournées. Il en va de même si l'entreprise continue d'exister, mais que l'assuré rompt définitivement tout lien avec elle après la résiliation des rapports de travail. Dans un cas comme dans l'autre, il peut en principe prétendre des indemnités journalières de chômage. Toutefois, la jurisprudence exclut de considérer qu'un associé a définitivement quitté son ancienne entreprise en raison de la fermeture de celle-ci tant qu'elle n'est pas entrée en liquidation (cf. arrêts du Tribunal fédéral des assurances C 355/00 du 28 mars 2001, in DTA 2001 p. 164 et C 37/02 du 22 novembre 2002). Par ailleurs, dans le contexte d'une société commerciale, le prononcé de la

dissolution de la société et son entrée en liquidation ne suffisent en principe pas à considérer que l'assuré qui exerce encore la fonction de liquidateur a définitivement quitté son ancienne entreprise, en raison de la fermeture de celle-ci (arrêts C 267/04 du 3 avril 2006, in DTA 2007 p. 115 et C 373/00 du 19 mars 2002, in DTA 2002 p. 183; cf. également arrêt C 180/06 du 16 avril 2007, in SVR 2007 AIV no 21 p. 69). Demeurent réservés les cas dans lesquels une procédure de faillite a été suspendue faute d'actif, une reprise d'une activité de la société et le réengagement de l'intéressé pouvant alors être exclus (arrêt 8C_415/2008 du 23 janvier 2009 consid. 3.2 ; 8C_481/2010 du 15 février 2011 consid. 4.2).

3. a) En l'espèce, au vu de la jurisprudence rigoureuse rappelée ci-dessus, il n'est pas douteux que le recourant ait disposé, ex lege, du pouvoir de fixer les décisions de la Sàrl, à lui seul comme avec son épouse, cela dès leur inscription au registre du commerce en qualité d'associés-gérants le 20 décembre 2006 et jusqu'à la radiation de cette inscription intervenue le 22 avril 2010. Durant cette période, c'est donc à juste titre que l'intimée a dénié le droit à l'indemnité, compte tenu de la position réputée dominante de l'intéressé, comme de son épouse, une cessation d'activité de la société ne suffisant pas à exclure une possible réactivation.

Cela étant, à compter du 22 avril 2010, la société fut inscrite au registre du commerce sous la raison sociale « Restaurant G. _____ Sàrl en liquidation », le recourant y figurant en qualité de simple associé, sans pouvoir de signature, et son épouse en qualité d'associée liquidatrice disposant seule de la signature individuelle. Dès cette date, on peut douter que la position réputée influente du recourant ait perduré, dès lors qu'il demeure encore malgré tout inscrit au registre du commerce, mais en qualité de simple associé, sans pouvoir de signature. Ceci n'est toutefois pas déterminant pour l'issue du litige. En effet, devenue liquidatrice, l'épouse du recourant a conservé des prérogatives analogues à celles dont elle disposait précédemment. En particulier, elle s'est trouvée chargée de la gestion et de la représentation de la société en liquidation, avec pouvoir d'accomplir tous les actes qui entraient dans le

but de la liquidation. Cette situation perdurera jusqu'à la radiation de la société, soit bien au-delà de la date à laquelle la décision sur opposition a été rendue. En d'autres termes, le statut de liquidateur de la Sàrl a eu pour effet de maintenir l'épouse du recourant, et donc également celui-ci, dans le cercle des personnes qui fixent les décisions de l'employeur ou qui les influencent de manière déterminante. De ce chef, il n'a pas droit à l'indemnité, ce que la jurisprudence a d'ailleurs déjà admis dans des affaires analogues concernant des liquidateurs (arrêts 8C_415/2008 du 23 janvier 2009 consid. 3.3, 8C_481/2010 du 15 février 2011 consid. 4.2, ainsi que les arrêts cités au consid. 3.2 de l'arrêt C 175/04 du 29 novembre 2005).

b) Vu ce qui précède, la caisse était fondée, par sa décision sur opposition du 25 mars 2010, à nier le droit de A.P. _____ à une indemnité de chômage depuis le 1^{er} novembre 2009. Cette décision doit donc être confirmée, et le recours rejeté en conséquence.

Il convient toutefois de préciser que cette appréciation ne préjuge pas du statut du recourant, respectivement de son droit à l'indemnité, dans l'hypothèse où la société en question serait définitivement radiée, ce dont l'intimée ne disconvient à juste titre pas.

c) 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 (art. 55 al. 1 LPA-VD).

**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 25 mars 2010 par X. _____ est confirmée.

III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

IV. Il n'est pas alloué de dépens.

Le président :

La greffière :

Du

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

- M. A.P. _____,
- X. _____,
- 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 :