

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 19 avril 2013

Présidence de M. MÉTRAL
Juges : Mmes Thalmann et Roethenbacher
Greffière : Mme Pradervand

Cause pendante entre :

A.L. _____, à [...], recourante, représentée par Me Marc-Antoine Aubert,
avocat à Lausanne,

et

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

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

E n f a i t :

A. A.L._____ (ci-après: l'assurée ou la recourante), née en 1963, et son époux B.L._____, né en 1954, étaient associés gérants, avec Z._____, de X._____Sàrl. Chacun d'entre eux disposait d'un pouvoir de signature collective à deux et était titulaire de 15'000 fr. de parts sociales. Le capital social était de 45'000 fr. au total. X._____Sàrl avait pour but l'exploitation d'un ou de plusieurs café-restaurants ou autres établissements publics. La société a exploité le café restaurant G._____, à [...], qu'elle avait pris en location.

Le 19 avril 2010, Z._____ et B.L._____, pour X._____Sàrl, ont résilié le bail du café restaurant G._____, pour le 28 février 2011, au motif que l'un des associés gérants prenait sa retraite et que la conjoncture actuelle, ainsi qu'une année 2009 catastrophique, n'encourageaient pas les autres associés à poursuivre l'exploitation du restaurant. Le matériel du restaurant a été cédé à un repreneur, le 18 février 2011.

Le 22 février 2011, une assemblée des associés de X._____Sàrl a prononcé la dissolution de la société et a désigné Z._____ comme associé liquidateur, avec pouvoir de signature individuelle. A.L._____ et B.L._____ ont démissionné de leur fonction d'associés-gérants.

Le 29 mars 2011, X._____Sàrl a été inscrite au registre du commerce en tant que X._____Sàrl, en liquidation. Par erreur, Z._____ a toutefois été inscrit au registre du commerce comme associé liquidateur avec un pouvoir de signature collective à deux. Cette inscription erronée a été modifiée par la suite.

B. Entre-temps, l'assurée s'est inscrite le 10 mars 2011 comme demandeuse d'emploi auprès de l'Office régional de placement de [...] (ci-après: ORP).

L'attestation de l'employeur du 11 mars 2011 indiquait que l'assurée avait travaillé en qualité de directrice de restaurant de mars 2004 au 28 février 2011.

Par décision du 13 avril 2011, la Caisse cantonale de chômage, Agence de [...], a refusé à l'assurée le droit à des indemnités de chômage au motif qu'elle s'avérait être inscrite comme associée de X. _____ Sàrl avec signature collective à deux pour 150 parts de 100 francs. L'ORP estimait ainsi que l'assurée disposait d'un pouvoir décisionnel dans l'entreprise et que dès lors elle occupait une position assimilable à celle d'un employeur. Or, selon l'ORP, en vertu de 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), applicable par analogie à l'indemnité de chômage, les personnes qui se retrouvent totalement ou partiellement au chômage parce qu'elles ont perdu l'emploi qu'elles occupaient dans une entreprise où elles continuent néanmoins à occuper une position assimilable à celle d'un employeur n'ont pas le droit à l'indemnité de chômage, puisqu'elles conservent leur pouvoir d'influence sur les processus de décision de l'entreprise; tant que ces personnes n'ont pas définitivement quitté l'entreprise et abandonné leur position assimilable à celle d'un employeur, elles n'ont pas le droit à l'indemnité de chômage.

Le 26 avril 2011, l'assurée a fait opposition à la décision du 13 avril 2011 rendue par la Caisse cantonale de chômage. Elle a expliqué que l'annulation de l'inscription de la société X. _____ Sàrl auprès du registre du commerce était en cours et que si celle-ci prenait plus d'une année, elle n'en était pas responsable. Elle a également précisé que l'établissement exploité à l'époque par X. _____ Sàrl, à savoir le café restaurant G. _____, avait été repris depuis le 11 mars 2011 en société simple par un tiers.

Par décision sur opposition du 28 octobre 2011, la Caisse cantonale de chômage, Division juridique (ci-après: la Caisse ou l'intimée),

a rejeté l'opposition et confirmé la décision de la Caisse cantonale de chômage, Agence de [...], du 13 avril 2011. Elle a motivé sa décision comme suit:

«En l'espèce, lorsque l'assurée a demandé des indemnités-chômage, dès le 10 mars 2011, elle était encore inscrite au registre du commerce en tant qu'associé sans signature auprès de la société X. _____ Sàrl. En tant qu'associée, l'assurée ne détient pas de par la loi un pouvoir décisionnel au sein de cette société. Cependant, étant donné qu'elle détient le tiers des parts sociales, que l'associé nommé liquidateur ne peut signer valablement qu'avec un autre associé. Il y a donc lieu de constater que l'assurée détient encore un pouvoir décisionnel dans cette société.»

C. Par acte du 28 novembre 2011, A.L. _____, par son conseil, a recouru contre la décision sur opposition du 28 octobre 2011 auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal. Elle conclut à l'octroi des prestations de l'assurance-chômage à compter du mois de mars 2011, subsidiairement à l'annulation de la décision et à son renvoi à la Caisse cantonale de chômage pour complément d'instruction et nouvelle décision. Elle fait valoir, dans un premier moyen, que c'était par erreur que l'associé liquidateur avait été inscrit au registre du commerce comme titulaire d'un pouvoir de signature collective à deux. En réalité, il disposait de la signature individuelle. Elle n'était ainsi plus en mesure d'engager la société dès sa dissolution et sa mise en liquidation puisque seul l'associé liquidateur y était autorisé. Dans un second moyen, elle explique que l'activité de la société X. _____ Sàrl se confondait avec l'exploitation du café restaurant G. _____, de sorte qu'elle avait cessé toute activité lorsque le matériel d'exploitation avait été vendu et le bail commercial résilié. Elle ne pouvait dès lors influencer les décisions de la société, laquelle n'avait plus de stock ni de locaux. Dans un troisième moyen, la recourante soutient que, conformément à la jurisprudence (TF C 224/06 du 3 octobre 2007), c'est la date de sa démission en tant qu'associée gérante et non celle de la radiation de son inscription au registre du commerce qui est déterminante pour évaluer jusqu'à quand elle a pu influencer la gestion de l'entreprise. Enfin, elle fait valoir dans un dernier moyen que sa participation au capital social ne lui conférait aucun avantage sur le plan décisionnel par rapport aux autres associés.

Le 9 janvier 2012, l'intimée a maintenu ses conclusions.

Le 21 janvier 2013, l'inscription de la société X. _____ Sàrl, en liquidation, au registre du commerce a été radiée (cf. publication dans la FO SC du 24 janvier 2013).

Dans un courrier du 4 mars 2013, le Tribunal a invité l'assurée à lui communiquer la date de la séparation d'avec son époux et tout document pouvant l'établir, étant donné qu'il ressortait d'une confirmation d'inscription à l'ORP de [...] qu'elle était mariée, mais séparée de son époux.

Par écrit du 12 mars 2013, la recourante a expliqué qu'elle n'était pas séparée de son mari et qu'il s'agissait d'une méprise de l'ORP. Elle a joint à toutes fins utiles une copie de son livret de famille.

E n d r o i t :

1. a) Conformément à l'art. 56 al. 1 LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales; RS 830.1) applicable en vertu de l'art. 1 al. 1 LACI, les décisions sur opposition rendues par les autorités compétentes en matière d'assurance-chômage sont sujettes à recours auprès du tribunal cantonal des assurances (art. 57 LPGA) compétent selon l'art. 58 LPGA. Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA).

En l'espèce, le recours, interjeté en temps utile, est au surplus recevable quant à la forme (art. 61 let. b LPGA notamment), de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

b) Selon l'art. 93 al. 1 let. a LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative; RSV 173.36), la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer dans le présent cas. La valeur litigieuse étant susceptible de dépasser

30'000 fr., compte tenu du montant des indemnités journalières et du nombre maximum d'indemnités journalières auxquelles le recourant pourrait, le cas échéant, avoir droit (cf. art. 27 LACI), la présente cause doit être tranchée par la Cour composée de trois magistrats (art. 94 al. 4 LPA-VD et art. 83c al. 1 LOJV [loi cantonale vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01]).

2. Le litige porte sur le refus du droit de la recourante à l'indemnité de chômage dès le 10 mars 2011, au motif qu'elle était inscrite au registre du commerce en tant qu'associée disposant d'un tiers des parts sociales de X. _____ Sàrl, en liquidation.

a) En vertu de l'art. 8 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il remplit, de manière cumulative, les conditions fixées à l'alinéa 1 de cette disposition.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'art. 31 al. 3 let. c LACI s'applique par analogie à l'indemnité de chômage (ATF 123 V 234; TFA C 50/04 du 26 juillet 2005, consid. 3.2). Cette disposition prévoit 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 à l'entreprise, n'ont pas le droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail; il en va de même des conjoints de ces personnes qui sont occupées dans l'entreprise. En matière d'indemnité de chômage, cette disposition signifie que le travailleur qui jouit d'une situation professionnelle comparable à celle d'un employeur n'a pas le droit à l'indemnité de chômage, lorsque bien que licencié formellement par l'entreprise, il continue de fixer les décisions de l'entreprise ou de pouvoir les influencer de manière déterminante (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb; TF 8C_481/2010 du 15 février 2011, consid. 3.2; 8C_140/2010 du 12 octobre 2010, consid. 4.2).

Le parallélisme établi par la jurisprudence entre l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail et le droit à l'indemnité de

chômage repose sur le fait qu'un travailleur licencié disposant d'un pouvoir d'influer sur les décisions de la société peut, à tout moment, décider de son propre réengagement, de sorte que la perte de travail est comparable à une réduction de l'horaire de travail avec cessation momentanée d'activité. La jurisprudence en cause a pour but d'écartier un risque d'abus consistant notamment, de la part d'un assuré jouissant d'une situation comparable à un employeur, à décider à la fois de son licenciement et de son réengagement, ou à fixer le salaire déterminant le gain assuré (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb; Boris Rubin, Assurance-chômage, 2^e éd., 2006, p. 122).

b) La jurisprudence étend clairement l'exclusion du droit à l'indemnité de chômage au conjoint des personnes qui fixent les décisions que prend l'employeur et occupent une fonction dirigeante au sein de l'entreprise. En effet, les conjoints peuvent exercer une influence sur la perte de travail qu'ils subissent, ce qui rend leur chômage difficilement contrôlable; aussi longtemps que cette influence subsiste, il existe une possibilité de réengagement (cf. notamment TF 8C_155/2011 du 25 janvier 2012, consid. 3.3 et 8C_1004/2010 du 29 juin 2011, consid. 4.3, avec les références citées).

c) La jurisprudence précise qu'il n'est pas admissible de refuser, de façon générale, le droit à l'indemnité au seul motif que l'employé peut engager l'entreprise par sa signature et qu'il est inscrit au registre du commerce. Il en va de même des personnes qui ne disposent que d'une participation financière modeste dans l'entreprise. 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. C'est donc la notion matérielle de l'organe dirigeant qui est déterminante, car c'est la seule façon de garantir que l'art. 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 (TFA C 45/04 du 27 janvier 2005, consid. 3.1).

Par exception à ce principe, les membres du conseil d'administration d'une société anonyme ou les associés-gérants d'une société à responsabilité limitée sont d'emblée réputés disposer d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI, sans qu'il ne soit nécessaire de procéder à l'examen concret des responsabilités matérielles qu'ils exercent au sein de la société, fut-ce en ne disposant que d'une signature collective (cf. ATF 122 V 270 consid. 3; TF 8C_140/2010 du 12 octobre 2010, consid. 4.2; 8C_515/2007 du 8 avril 2008, consid. 2.2).

d) La situation est différente, en ce sens qu'il n'y a plus de risque d'abus à l'assurance-chômage, lorsque 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. Dans ce cas, l'intéressé peut en principe prétendre à des indemnités de chômage (ATF 123 V 234, consid. 7b/bb; TF 8C_515/2007 du 8 avril 2008, consid. 2.2). 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. 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 (TF 8C_481/2010 du 15 février 2011, consid. 4.2 et les réf.; 8C_415/2008 du 23 janvier 2009, consid. 3.2).

3. La recourante explique qu'elle a démissionné de sa qualité d'associée-gérante de X._____Sàrl lors de l'assemblée générale du 22 février 2011, à l'instar de son mari, perdant ainsi tout pouvoir décisionnel au sein de la société. Elle précise en outre que la société a été dissoute lors de cette assemblée et que la qualité de liquidateur a été attribuée à Z._____, avec pouvoir de signature individuelle. La recourante ajoute également que les activités de la société X._____Sàrl se confondaient avec celles de l'exploitation du café restaurant G._____, que le bail commercial y relatif avait été résilié avec effet au 28 février 2011 et le

matériel vendu le 18 février 2011, clôturant définitivement les activités de la société. Enfin, elle affirme qu'elle ne pouvait plus influencer les décisions de la société en mars 2011, à défaut d'en détenir majoritairement les parts sociales. Pour toutes ces raisons, elle estimait avoir droit aux prestations de l'assurance-chômage.

Cette position ne saurait être suivie. En effet, il convient de s'en tenir au fait que la recourante disposait, avec son mari, d'un pouvoir déterminant pour contrôler les décisions de l'assemblée des associés aussi longtemps qu'ils étaient inscrits en tant qu'associés de X. _____ Sàrl, en liquidation, possédant chacun un tiers des parts sociales. En tant qu'associés, la recourante et son époux avaient non seulement le droit, mais la compétence intransmissible de nommer et révoquer les gérants (art. 804 al. 2 ch. 2 CO [loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse; RS 220]). Privés de leur pouvoir de représentation de X. _____ Sàrl, en liquidation, dès leur démission du poste d'associés-gérants, les époux L. _____, titulaires ensemble de deux tiers des parts sociales de la société, restaient néanmoins en mesure d'influencer de manière déterminante les décisions de la société, puisqu'ils pouvaient contrôler les décisions de l'assemblée des associés (cf. à propos du lien entre le fait de disposer d'une participation financière de la société et d'avoir une position assimilable à celle d'un employeur, l'arrêt 8C_1044/2008 du 13 février 2009). En outre, il n'est pas déterminant que la société se soit trouvée en liquidation, dès lors qu'elle peut comprendre la poursuite de l'exploitation jusqu'à la vente ou la fermeture de la société, ni que l'exploitation du café restaurant G. _____ ait cessé, la société étant en mesure d'exploiter un autre café restaurant ou établissement public conformément à son but social. Partant, l'art. 31 al. 3 let. c LACI est applicable par analogie au cas d'espèce. Au regard de la jurisprudence rappelée ci-dessus, certes particulièrement rigoureuse, il y a bien lieu d'exclure le droit à l'indemnité de chômage dès le 10 mars 2011.

4. a) Il en résulte que l'intimée n'a pas violé le droit fédéral en niant le droit à la recourante de l'indemnité de chômage. Le recours doit

donc être rejeté, ce qui entraîne la confirmation de la décision attaquée du 28 octobre 2011.

b) La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA). Vu le sort de la cause, la recourante n'a pas le droit à l'allocation de dépens (art. 61 let. g LPGA a contrario).

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

- I. Le recours est rejeté.

- II. La décision sur opposition rendue le 28 octobre 2011 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est confirmée.

- III. Il n'est pas perçu de frais de justice ni alloué de dépens.

Le président :

La greffière :

Du

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

- Me Marc-Antoine Aubert (A.L. _____),
- 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).

La greffière :