

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 16 juillet 2013

Présidence de M. MERZ
Juges : Mmes Röthenbacher et Rossier, assesseur
Greffier : M. Addor

Cause pendante entre :

A.J._____, à Belmont-sur-Yverdon, recourante, représentée par Me Alain Dubuis, avocat à Lausanne,

et

CAISSE DE CHÔMAGE UNIA, à Lausanne, intimée.

Art. 31 al. 3 let. c LACI

E n f a i t :

A. La société à responsabilité limitée « Y._____ Sàrl » a été inscrite au Registre du commerce le 22 janvier 1999. Sise à [...], elle a pour but la commercialisation de piscines et de l'équipement y relatif ainsi que diverses activités dans le domaine immobilier. B.J._____ en a été l'associé-gérant, d'abord avec signature collective, puis, dès le 18 mars 2011, avec signature individuelle, désormais en tant qu'unique associé-gérant.

Par contrat de travail conclu le 13 juillet 2007, A.J._____ (ci-après: l'assurée ou la recourante), née en 1969, ressortissante bulgare au bénéfice d'un permis C et épouse de B.J._____, a été engagée pour une durée indéterminée au service de « Y._____ Sàrl ». Chargée de diverses tâches administratives et commerciales, elle a travaillé pour cette société du 1^{er} septembre 2007 au 30 avril 2012, date pour laquelle elle a été licenciée en raison de motifs économiques. Le dernier jour de travail effectué était le 30 avril 2012, le salaire ayant été payé jusqu'à cette date.

Ce même jour, le président du Tribunal d'arrondissement de [...] a prononcé l'ajournement de la faillite de la société « Y._____ Sàrl » jusqu'au 31 octobre 2012 et désigné un curateur chargé notamment de « ratifier les actes importants de l'associé gérant », puis il a accordé un sursis concordataire provisoire de deux mois, soit jusqu'au 31 décembre 2012 (décision du 31 octobre 2012), prolongé jusqu'au 30 juin 2013 (décision du 17 décembre 2012). A la suite de la décision du 31 octobre 2012, le curateur a assumé la fonction de commissaire au sursis.

B. Le 8 mars 2012, A.J._____ s'est inscrite à l'Office régional de placement (ci-après: l'ORP) d'Yverdon-les-Bains. Le 30 avril 2012, elle a sollicité l'octroi d'indemnités de chômage avec effet au 1^{er} mai suivant.

Par décision du 1^{er} juin 2012, la Caisse de chômage Unia (ci-après: la Caisse ou l'intimée) a dénié à l'assurée le droit à des indemnités

de chômage, au motif qu'elle avait conservé une position analogue à celle de l'employeur au sein de la société « Y. _____ Sàrl ».

Le 11 juin 2012, l'assurée s'est opposée à cette décision. Elle a indiqué ne jamais avoir occupé de position décisionnelle assimilable ou comparable à celle d'un employeur, précisant ne pas avoir eu les compétences techniques pour diriger l'entreprise. Elle a en outre relevé que tous les employés avaient été licenciés pour le 30 avril 2012 et que l'intégralité des activités avait été cédée à un « concurrent tiers » à cette date. Elle a dès lors prié la Caisse de réétudier la situation à la lumière de ces éléments.

Par décision du 12 septembre 2012, la Caisse a rejeté l'opposition et confirmé sa précédente décision.

C. Par acte du 11 octobre 2012, A.J. _____ a recouru contre cette décision devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Vaud, en concluant, avec suite de frais et dépens, à ce que « le droit à l'indemnité de chômage [lui soit octroyé] en prenant en considération les salaires qu'elle a perçus lors de son activité auprès de la société Y. _____ Sàrl du 1^{er} septembre 2007 au 30 avril 2012 ». Elle explique que cette entreprise a connu d'importantes difficultés financières, la contraignant à cesser toute activité et à licencier l'ensemble du personnel. La faillite a été ajournée afin de permettre à la société de réaliser son actif immobilier en vue de trouver un arrangement avec ses créanciers. Licenciée pour le 30 avril 2012, la recourante affirme avoir rompu dès cette date tout lien avec son ancien employeur, si bien que la jurisprudence fédérale excluant de l'indemnité de chômage le conjoint d'un travailleur jouissant d'une position comparable à celle d'un employeur ne saurait s'appliquer dans sa situation.

Dans sa réponse du 26 octobre 2012, l'intimée conclut au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. Elle soutient que la recourante ne peut prétendre l'octroi d'indemnités de chômage, dès lors

que son mari occupe une position analogue à celle d'un employeur au sein de l'entreprise où elle a travaillé.

Dans sa réplique du 21 novembre 2012, la recourante relève que le licenciement collectif auquel a procédé la société « Y._____ Sàrl » a eu pour effet de la mettre sur un pied d'égalité avec les autres employés, la position occupée par son époux dans l'entreprise n'y changeant rien. En effet, la désignation d'un commissaire au sursis a ôté tout pouvoir décisionnel au conjoint de la recourante. Celle-ci maintient par conséquent ses conclusions.

Dupliquant le 6 décembre 2012, l'intimée rappelle qu'un sursis concordataire laisse au débiteur une possibilité de réactiver son entreprise. Dès lors, le droit de la recourante à une indemnité de chômage doit être nié afin d'éviter tout risque d'abus dans cette éventualité. Elle confirme pour le surplus les conclusions prises dans sa réponse au recours.

Se prononçant sur la duplique dans une écriture du 16 janvier 2013, la recourante indique en premier lieu qu'un abus de droit se constate sur la base de circonstances concrètes et non pas au terme d'une appréciation in abstracto. En outre, elle explique que la société « Y._____ Sàrl » souhaite bénéficier d'un concordat par abandon d'actifs, afin de permettre aux créanciers d'obtenir un dividende supérieur à celui qu'ils obtiendraient en cas de faillite. L'issue des deux procédures est toutefois la même: la disparition de la société. Celle-ci est d'ailleurs inéluctable, dès lors qu'elle n'a plus d'employés et n'exerce plus aucune activité faite de contrat en cours. Dans ces conditions, la possibilité d'une renaissance de l'exploitation est très hypothétique, si bien que c'est à tort que l'intimée se prévaut d'un éventuel abus de droit pour refuser l'octroi des prestations sollicitées. La recourante maintient par conséquent ses conclusions.

Dans d'ultimes déterminations du 29 janvier 2013, l'intimée observe que les allégations de la recourante ne sauraient être prises en

considération dans le cadre de la présente procédure en tant qu'elles portent sur des faits postérieurs à la date de la décision attaquée. Tel est en particulier le cas du sursis concordataire accordé par décision du 31 octobre 2012 et prolongé le 17 décembre suivant. De plus, point n'est besoin d'un abus avéré pour refuser l'octroi d'indemnités de chômage à un assuré – ou à son conjoint – occupant une position assimilable à celle d'un employeur; un risque suffit. Partant, elle confirme son refus de prester.

Le 30 janvier 2013, ces déterminations ont été transmises au mandataire de la recourante en l'informant que, sauf réquisition de sa part d'ici au 20 février 2013, une décision sera rendue quand l'état du rôle le permettra.

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 obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité, à moins que la LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité; RS 837.0) ne déroge expressément à la LPGA (art. 1 al. 1 LACI).

La recourante étant soumise au contrôle des autorités de chômage du canton de Vaud, la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Vaud est compétente pour statuer sur le recours dirigé contre la décision de la Caisse (art. 100 al. 3 LACI, 128 et 119 al. 1 let. a OACI [ordonnance fédérale du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité; RS 837.02]; art. 2 al. 1 let. c et 93 al. 1 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative; RSV 173.36]). 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, interjeté dans le respect du délai et des autres conditions de forme (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable. Il y a donc lieu d'entrer en matière.

b) La valeur litigieuse étant susceptible de dépasser 30'000 fr., compte tenu du montant et du nombre maximum d'indemnités journalières auxquelles la recourante pourrait, le cas échéant, avoir droit (cf. art. 27 LACI), la présente cause doit être tranchée par la cour composée de trois magistrats et non par un juge unique (cf. art. 94 al. 1 let. a LPA-VD a contrario).

2. a) Le litige porte sur le droit de la recourante à des indemnités journalières de chômage à compter du 1^{er} mai 2012, plus précisément sur le point de savoir s'il faut nier ce droit en raison des liens entre l'assurée et son dernier employeur.

b) La décision sur opposition du 12 septembre 2012, qui a remplacé la décision initiale du 1^{er} juin 2012 et mis fin à la procédure administrative, constitue l'objet de la contestation soumis à l'autorité cantonale de recours. Elle définit également la limite temporelle jusqu'à laquelle s'étend en principe l'examen juridictionnel en cas de recours. En effet, selon une jurisprudence constante, le juge apprécie la légalité des décisions attaquées, en règle générale, d'après l'état de fait existant au moment où la décision sur opposition litigieuse a été rendue (ATF 131 V 242 consid. 2.1 p. 243; 121 V 362 consid. 1b p. 366). Les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 136 V 24 consid. 4.3 p. 27; 130 V 445 consid. 1.2.1 p. 447), étant précisé que le juge n'a pas à prendre en considération les modifications du droit ou de l'état de fait postérieures à la date déterminante de la décision litigieuse (ATF 129 V 1 consid. 1.2 p. 4).

3. 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 prévues à l'alinéa premier de cette disposition.

b) De jurisprudence constante, un travailleur qui jouit d'une situation professionnelle comparable à celle d'un employeur - ou son conjoint - 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 (voir ATF 123 V 234; TF 8C_776/2011 du 14 novembre 2012 consid. 3.2 et les références citées).

Selon cette disposition, 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. Celui-ci 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 (TF 8C_478/2008 du 2 février 2009). 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 des indemnités de chômage (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb p. 238; TF 8C_776/2011 du 14 novembre 2012 consid. 3.2 déjà cité et les références).

Le Tribunal fédéral se montre particulièrement rigoureux, considérant qu'aussi longtemps qu'une personne ayant occupé une fonction dirigeante maintient des liens avec sa société, la perte de travail qu'elle subit est réputée incontrôlable et la possibilité subsiste 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 pouvant conserver une influence sur la perte de travail qu'elles subissent (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb p. 238; TF 8C_1004/2010 du 29 juin 2011 consid. 5.2).

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 (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 (pour la société anonyme, art. 716 à 716b 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 1996/1997 n° 41 p. 226 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; DTA 2004 n° 21 p. 196 consid. 3.2, C 113/03). 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 (voir art. 810 CO; voir TF 8C_776/2011 du 14 novembre 2012 déjà cité consid. 3.2 et les références).

Lorsqu'il s'agit d'un membre du 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 273 consid. 3; DTA 2005 n° 23 p. 270 consid. 3 [C 102/04]; DTA 2004 n° 21 p. 198 consid. 3.2 [C 113/03]). La radiation de l'inscription permet d'admettre sans équivoque que l'assuré a quitté la société (TFA C 175/04 du 29 novembre 2005). Autrement, en effet, la possibilité demeure que celui-ci réactive l'entreprise et se fasse réengager (TF C 17/06 du 1^{er} mars 2007 consid. 3). 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; TF 8C_481/2010 du 15 février 2011 consid. 4.2). 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 n° 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 C 267/04 cité, consid. 4.3; TF 8C_415/2008 du 23 janvier 2009 consid. 3.2; TF 8C_481/2010 du 15 février 2011 consid. 4.2).

d) La jurisprudence du Tribunal fédéral étend l'exclusion du droit à l'indemnité au conjoint de la personne qui est dans une situation d'employeur (cf. arrêt C 193/04 du 7 décembre 2004, in DTA 2005 p. 130; voir aussi Regina Jäggi, *Eingeschränkter Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei arbeitgeberähnlicher Stellung durch analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG, RSAS 2004, p. 9 sv.*). En effet, les conjoints peuvent exercer une influence sur la perte de travail qu'ils subissent, ce qui rend leur chômage difficilement contrôlable (voir Thomas Nussbaumer, *Arbeitslosenversicherung*, in: *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR]*, 2^e 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 en cas de réduction de l'horaire de travail, par le biais d'une disposition sur l'indemnité de chômage (TF 8C_155/2011 du 25 janvier 2012 consid. 3.3, 8C_1004/2010 du 29 juin 2011 consid 4.3).

4. En l'espèce, la recourante est l'épouse de l'unique associé-gérant d'une société à responsabilité limitée, laquelle existait toujours à la date déterminante de la décision sur opposition de l'intimée. A l'évidence, les liens avec les organes de la société « Y._____ Sàrl » subsistent toujours objectivement. De plus, tant qu'il a la possibilité de remettre en activité l'entreprise, l'associé d'une société à responsabilité limitée ne perd pas sa qualité de personne qui fixe ou peut influencer considérablement les décisions que prend l'employeur (cf. art. 725a al. 2 CO, applicable par renvoi de l'art. 827 CO). L'époux de la recourante a conservé cette qualité tout au long de la période litigieuse, ce qui justifie de ne pas assimiler la recourante à une personne qui aurait définitivement quitté l'entreprise qui l'employait. Par ailleurs, la recourante se prévaut de l'octroi d'un sursis concordataire, avec désignation d'un commissaire au sursis, pour contester l'existence de tout pouvoir décisionnel à son conjoint. Outre que la cour de céans ne saurait prendre en considération des faits postérieurs à la date de la décision querellée - le 12 septembre 2012 - (cf. consid. 2b supra), il y a lieu de relever que la jurisprudence se montre stricte et exclut de considérer qu'un assuré a définitivement quitté son ancienne entreprise en raison de la fermeture de celle-ci tant qu'elle n'est pas entrée en liquidation voire, selon les circonstances, tant que dure la procédure de liquidation (cf. TF 8C_478/2008 du 2 février 2009 consid. 4 et les références citées). En l'occurrence, aucune pièce au dossier n'établit que la société « Y._____ Sàrl » a été dissoute ou est entrée en liquidation. En particulier, celle-ci n'est pas inscrite « en liquidation » au Registre du commerce. La recourante se trouve donc toujours, par l'intermédiaire de son mari, en position d'influencer de manière déterminante les décisions de son dernier employeur. Cela étant, on doit admettre que le but de la société est suffisamment large - commercialisation de piscines et de l'équipement y relatif ainsi que diverses activités dans le domaine immobilier - pour permettre le

réengagement de la recourante de manière directe ou indirecte, fût-ce par un éventuel repreneur. Peu importe dès lors que l'ensemble des employés ait été licencié (cf. TF 8C_155/2011 du 25 janvier 2012). En soutenant que la situation financière de l'entreprise n'autorise pas un réengagement, la recourante méconnaît le fait qu'un éventuel réengagement ne dépend pas des ressources pécuniaires, mais bien de l'influence qu'elle est susceptible d'exercer sur la perte de travail qu'elle subit. Dans un tel contexte, la perte de travail n'était pas aisément vérifiable par la caisse intimée, de sorte que la situation de la recourante entre incontestablement dans un des cas de figure visés par l'art. 31 al. 3 let. c LACI et la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui est certes sévère, mais dont le Tribunal de céans ne peut s'écarter.

5. Au vu de ce qui précède, fondée sur la jurisprudence restrictive du Tribunal fédéral résumée ci-avant et applicable en l'espèce, c'est à juste titre que la Caisse intimée a dénié à la recourante le droit à l'indemnité journalière de chômage à compter du 1^{er} mai 2012. Il s'ensuit que le recours, entièrement mal fondé, doit être rejeté, ce qui entraîne la confirmation de la décision attaquée.

6. Il n'y a pas lieu de percevoir de frais de justice, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer de dépens dès lors que la recourante n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA et 55 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 12 septembre 2012 par la Caisse de chômage Unia 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 :

- Me Alain Dubuis, avocat (pour A.J. _____),
- Caisse de chômage Unia,
- 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 :