

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 19 mai 2014

Présidence de Mme PASCHE
Juges : M. Neu et Mme Dessaux
Greffière : Mme Brugger

Cause pendante entre :

A.M. _____, à [...], recourant, représenté par Me Astyanax Peca, avocat à Montreux,

et

O. _____, à [...], intimée.

Art. 31 al. 3 let. c LACI

E n f a i t :

A. A.M._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], était associé-gérant avec une part de 10'000 fr. et signature individuelle de Z._____, inscrite le 13 janvier 1998 au Registre du commerce du canton de [...], avec le but suivant : « [...] ».

A compter du 12 mars 2009, l'assuré est devenu gérant de Z._____, avec un droit de signature individuelle.

L'épouse de l'assuré, B.M._____, a quant à elle été d'abord associée-gérante avec une part de 9'000 fr., puis avec une part de 10'000 fr. et, à compter du 12 mars 2009, est finalement devenue associée-gérante présidente de la Sàrl, avec droit de signature individuelle et 20 parts de 1'000 francs.

Selon le contrat de travail du 25 mai 2012, l'épouse de l'assuré a été engagée en qualité de cheffe d'entreprise de Z._____ pour un salaire mensuel brut de 4'000 fr. dès le 1^{er} juin 2012.

Selon la lettre de congé du 25 mars 2013, l'assuré a été licencié au motif que Z._____ cessait l'exploitation du café du commerce à [...].

L'assuré s'est inscrit le 3 juin 2013 auprès de l'Office régional de placement de [...]. Il a déposé une demande d'indemnité de chômage, selon le formulaire y relatif du 4 juin 2013, en précisant que l'employeur avait résilié les rapports de travail à la suite de la remise du commerce.

Selon l'attestation de l'employeur du 4 juin 2013, l'assuré a travaillé du 1^{er} avril 2009 au 31 mai 2013 en qualité de chef du personnel - responsable.

Par décision du 17 juillet 2013, O._____ (ci-après : O._____ ou l'intimée) a refusé à l'assuré le droit à des indemnités de chômage à

partir du 3 juin 2013 au motif qu'il avait conservé une position analogue à celle d'un employeur au sein de Z._____.

Le 13 septembre 2013, l'assuré, par l'intermédiaire de son conseil, s'est opposé à la décision d'O._____, en expliquant que depuis le 1^{er} juin 2013, Z._____ avait cessé l'exploitation du café-restaurant du commerce sis à [...] à [...], ainsi que toute activité dans le domaine de la restauration, en raison d'importantes difficultés financières rencontrées à la suite des travaux menés par la Commune de [...] ainsi que [...] et [...] dans le cadre du chantier des « [...] ». En raison de l'importance et de la durée des travaux, l'exploitation du café-restaurant avait été gravement perturbée et n'était plus possible, la Sàrl ayant adressé une requête de conciliation au Président du Tribunal d'arrondissement de [...] afin de réclamer une indemnisation pour le dommage subi. Dans ces conditions, l'assuré (et son épouse) tentaient de maintenir la Sàrl à flot pour la poursuite du procès. Toutefois, la perte d'emploi était effective et définitive et l'assuré (ainsi que son épouse) ne réalisaient plus de revenu. L'assuré sollicitait dès lors qu'un droit à l'indemnité de chômage lui soit reconnu dès le 3 juin 2013. Il a notamment joint à son opposition un avenant au bail conclu entre son bailleur et Z._____ et lui-même et son épouse, du 25 avril 2013, prévoyant le transfert du bail des locaux commerciaux « café-restaurant » sis à [...] à [...] aux locataires reprenant, à savoir P._____, dès le 1^{er} juin 2013, les locataires cédant répondant solidairement avec les locataires reprenant jusqu'au 30 juin 2015.

Par décision sur opposition du 28 octobre 2013, O._____ a rejeté l'opposition et confirmé la décision du 17 juillet 2013.

B. Par acte du 27 novembre 2013, A.M._____ a recouru contre cette décision auprès de la Cour des assurances sociales en concluant principalement à son annulation et à la constatation de son droit à une indemnité de chômage dès le 3 juin 2013, et subsidiairement au renvoi de la cause à l'intimée pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Le recourant fait valoir que Z._____ a cessé l'exploitation du café du commerce ainsi que toute activité dans le domaine de la restauration

depuis le 1^{er} juin 2013, alléguant rencontrer d'importantes difficultés financières depuis 2010 en raison de la réalisation du nouveau quartier « [...] », les travaux ayant gravement perturbé l'exploitation du café-restaurant, qui est devenue totalement impossible, expliquant, comme dans son opposition, avoir déposé une requête de conciliation auprès du Président du Tribunal d'arrondissement de [...] pour réclamer une indemnisation, la procédure se poursuivant faute de conciliation. C'est donc dans le seul but de poursuivre ce procès que la Sàrl n'avait pas été mise en faillite, quand bien même toute activité avait cessé, le fonds de commerce ayant été remis et les salariés étant tous partis.

Dans sa réponse du 16 décembre 2013, l'intimée a confirmé sa décision du 28 octobre 2013 et a conclu au rejet du recours.

Le 20 janvier 2014, le recourant a répliqué aux déterminations de l'intimée, en confirmant les conclusions prises dans son recours.

Invitée à se déterminer sur la réplique, l'intimée a renvoyé aux motifs développés au cours de la procédure.

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 aux contestations relevant de la LACI (art. 1 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité; RS 837.0]). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours (art. 56 al. 1 LPGA) auprès du tribunal des assurances compétent, à savoir celui du canton auquel appartient l'autorité qui a rendu la décision attaquée (art. 100 al. 3 LACI et 128 al. 2 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité; RS 837.02]), 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 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 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 (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 la question de savoir si le recourant a droit à l'indemnité de chômage à partir du 3 juin 2013.

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 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'écarter 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^{ème} 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. En outre, 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 (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. Demeurent réservés les cas dans lesquels une procédure de faillite a été suspendue faute d'actifs, une reprise d'une activité de la société et le réengagement de l'intéressé pouvant être exclus (TF 8C_481/2010 du 15 février 2011,

consid. 4.2 et les références citées; 8C_415/2008 du 23 janvier 2009, consid. 3.2).

4. En l'espèce, l'épouse du recourant a travaillé dès le 12 mars 2009 auprès de la société Z._____ en qualité d'associée-gérante présidente avec signature individuelle, disposant ex lege d'un pouvoir déterminant sur les décisions de l'employeur au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI. Ainsi le statut d'associée-gérante de la société a pour effet de placer l'épouse du recourant dans le cercle des personnes qui fixent les décisions de l'employeur ou qui les influencent de manière déterminante. Elle dispose donc d'une position privilégiée assimilée à un employeur au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI. Cette circonstance permet d'exclure le droit aux indemnités de chômage. Compte tenu de la fonction exercée par sa conjointe, le droit aux prestations du recourant devait également être exclu, la perte de travail n'étant pas aisément vérifiable par l'intimée.

Le recourant soutient encore qu'étant donné que la société Z._____ ne dispose plus de locaux pour exercer son activité, vu le bail du café-restaurant cédé depuis le 1^{er} juin 2013, il est impossible d'admettre une éventuelle reprise d'activité. Il ajoute que Z._____ se trouve dans l'impossibilité d'être inscrite en liquidation au Registre du commerce dès lors qu'elle est demanderesse dans le cadre d'un procès pendant devant le Tribunal d'arrondissement de [...].

Dans un arrêt du 25 janvier 2012, le Tribunal fédéral a retenu que, nonobstant la résiliation de tous les contrats, y compris celui relatif au bail des locaux de la société, le licenciement de tout le personnel et la vente des actifs, le recourant dont il était question - époux de l'unique associée-gérante d'une Sàrl - ne pouvait être assimilé à une personne qui aurait définitivement quitté l'entreprise qui l'employait. Les juges fédéraux ont ainsi considéré que la société en cause, dont le but était suffisamment large, permettait à l'épouse de se lancer dans de nouvelles activités en réengageant le recourant. Dans ce contexte, ils ont jugé que la perte de travail n'était pas aisément vérifiable par la caisse et que, par conséquent, la situation du recourant entrait incontestablement dans un des cas de

figure visés par l'art. 31 al. 3 let. c LACI (TF 8C_155/2011 du 25 janvier 2012).

La présente espèce ne diffère pas des circonstances de l'arrêt du Tribunal fédéral du 25 janvier 2012.

Au demeurant, dans un autre arrêt du Tribunal fédéral, un couple de directeurs d'hôtel-restaurant a interrompu l'exploitation de celui-ci lors de l'échéance du contrat de bail pour le bâtiment. Le couple a produit à l'appui de sa demande d'indemnité de chômage une lettre de sa fiduciaire attestant que la Sàrl du couple avait cessé son activité à l'échéance du bail, précisant que les démarches en vue de sa liquidation avaient été entreprises et confirmant que les intéressés n'avaient plus d'activité d'associés-gérants depuis cette date. Or, le Tribunal fédéral, constatant que le recourant était associé-gérant de la société qui l'employait jusqu'à sa dissolution et que son épouse exerçait ensuite la fonction de liquidatrice, a considéré que celle-ci n'avait pas perdu son influence déterminante sur les décisions de l'entreprise ni n'avait définitivement quitté celle-ci en raison de sa fermeture, y compris pour la période postérieure à la dissolution de la société. Les juges fédéraux ont ainsi retenu qu'en qualité de conjoint d'une personne pouvant exercer une influence déterminante sur les décisions de l'entreprise qui l'employait, le recourant ne pouvait pas davantage prétendre au paiement d'indemnités journalières, et ce indépendamment du fait qu'il n'était plus associé-gérant après la dissolution de la société (TF 8C_415/2008 du 23 janvier 2009).

Il découle de ce qui précède que malgré la cessation de l'exploitation du café-restaurant du commerce, le transfert du bail des locaux commerciaux et le départ de tous les salariés de la société, dès lors que l'épouse du recourant demeurait associée-gérante avec pouvoir de signature individuelle, elle n'avait pas perdu son influence sur les décisions de l'entreprise, avec pour conséquence qu'en sa qualité de conjoint d'une personne exerçant une influence déterminante sur les décisions de l'entreprise qui l'employait, le recourant ne pouvait prétendre

au paiement d'indemnités journalières. Dans ce contexte, le fait que le recourant allègue que c'est uniquement le procès pendant devant le Tribunal d'arrondissement qui empêche la mise en liquidation de la société n'est pas déterminant et ne conduit pas à un autre résultat. On relèvera enfin que la société, compte tenu de son but suffisamment large (en tant notamment qu'il prévoit la possibilité d'effectuer toutes activités dans le domaine de la restauration) permet à celle-ci de se lancer dans de nouvelles activités.

5. a) Il en résulte que l'intimée n'a pas violé le droit fédéral en niant le droit du recourant à l'indemnité de chômage. Le recours doit donc être rejeté, ce qui entraîne la confirmation de la décision attaquée du 28 octobre 2013.

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

Le recourant a été mis au bénéfice de l'assistance judiciaire, de sorte qu'une indemnité équitable au conseil juridique désigné d'office pour la procédure, sera supportée par le canton, provisoirement (art. 122 al. 1 let. a CPC [code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272], applicable par renvoi de l'art. 18 al. 5 LPA-VD). En effet, la partie qui a obtenu l'assistance judiciaire est tenue à remboursement dès qu'elle est en mesure de le faire (art. 123 al. 1 CPC). Le Service juridique et législatif fixera les conditions de remboursement (cf. art. 5 RA) [règlement cantonal vaudois du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire en matière civile; RSV 211.02.3] en tenant compte des montants payés à titre de franchise depuis le début de la procédure.

S'agissant du montant de l'indemnité – laquelle doit être fixée eu égard aux opérations nécessaires pour la conduite du procès, et en considération de l'importance de la cause, de ses difficultés, de l'ampleur du travail et du temps consacré par le conseil juridique commis d'office (art. 2 al. 1 RA) –, Me Astyanax Peca, conseil du recourant, a produit en

date du 14 mars 2014 une liste de ses opérations, dont il ressort que pour la période courant du 27 novembre 2013 au 14 mars 2014, il a consacré 7 heures et 30 minutes à la défense des intérêts de son client, mais également à celle de son épouse, le montant de ses débours pour ses deux clients étant de 83 fr. 60 (TVA incluse). Il convient dès lors de partager par moitié les opérations et débours pour chacune des causes (ACH 176/13 et ACH 175/13), de sorte que le temps consacré pour la défense du recourant peut être arrêté à 3 heures et 45 minutes au tarif horaire de 180 fr., le montant des débours s'élevant à 41 fr. 80. Le montant de l'indemnité auquel a droit le conseil du recourant s'élève en conséquence à 675 fr. ([3.75 x 180]), montant auquel il convient d'ajouter la TVA, par 54 fr., et les débours, par 41 fr. 80., ce qui donne un total de 770 fr. 80.

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

- I. Le recours est rejeté.
- II. La décision sur opposition rendue le 28 octobre 2013 par O. _____ est confirmée.
- III. L'indemnité d'office de Me Astyanax Peca, conseil du recourant est arrêtée à 770 fr. 80 (sept cent septante francs et quatre-vingt centimes), TVA comprise.
- IV. Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC applicable par renvoi de l'art. 18 al. 5 LPA-VD, tenu au remboursement de l'indemnité du conseil d'office mise à la charge de l'Etat.
- V. Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens

La présidente :

La greffière :

Du

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

- Me Astyanax Peca (Pour A.M. _____),
- O. _____,
- 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 :