

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 20 août 2015

Composition : Mme THALMANN, présidente
Mmes Röthenbacher et Di Ferro Demierre, juges
Greffière : Mme Barman Ionta

Cause pendante entre :

Z. _____, à [...], recourant,

et

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

Art. 31 al. 3 let. c LACI

E n f a i t :

A. Z._____ (ci-après : l'assuré) s'est inscrit comme demandeur d'emploi auprès de l'Office régional de placement de [...] (ci-après : l'ORP) le 1^{er} décembre 2014 et a sollicité l'octroi d'indemnités journalières de chômage dès cette date. Il a travaillé dès le 1^{er} mars 2013 en qualité de maçon à 100% auprès de D._____ Sàrl, société inscrite au registre du commerce le [...] 2009 avec pour but l'exploitation d'une entreprise de maçonnerie, et dotée d'un capital social de 20'000 fr. détenu en totalité par l'assuré, associé gérant avec signature individuelle.

Selon le formulaire « Demande d'indemnité de chômage », le contrat de travail a été résilié le 29 octobre 2014 avec effet le 30 novembre suivant, pour le motif « chômage technique par manque de travaux de maçonnerie sur les chantiers ».

B. Par décision du 8 décembre 2014, la Caisse cantonale de chômage, Agence de [...], a dénié à l'assuré le droit à des indemnités de chômage dès le 1^{er} décembre 2014, au motif qu'il avait conservé un pouvoir décisionnel effectif au sein de l'entreprise D._____ Sàrl. Se référant notamment à l'art. 31 al. 3 LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0) et aux points B12 et B14 de la Circulaire du Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : SECO) relative à l'indemnité de chômage, elle a retenu que l'assuré était toujours – et de surcroît le seul – inscrit au registre du commerce en qualité d'associé gérant de la société qui l'employait, qu'il en détenait la totalité des parts sociales et qu'il pouvait dès lors fixer ou influencer les décisions de la société, situation qui excluait le droit à l'indemnité.

Le 27 janvier 2015, l'assuré s'est opposé à cette décision. Il a relevé qu'un manque momentané de travail (chômage technique) l'avait obligé à déposer une demande d'indemnité, soulignant être employé de la société et, de ce fait, s'être acquitté des cotisations sociales.

Par décision sur opposition du 20 février 2015, la Caisse cantonale de chômage, Division juridique (ci-après : la Caisse), a rejeté l'opposition et confirmé la décision du 8 décembre 2014, dans le sens de la négation du droit de l'intéressé à l'indemnité de chômage à compter du 1^{er} décembre 2014. Elle retenait que l'assuré disposait, de par la loi, d'un pouvoir déterminant au sein de D._____ Sàrl puisqu'il était toujours inscrit, selon le registre du commerce, en tant qu'associé gérant et détenait l'entier des parts sociales de la société.

C. Par acte du 24 mars 2015, Z._____ a recouru auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal contre la décision sur opposition du 20 février 2015, concluant implicitement à son annulation. Il confirme être toujours inscrit au registre du commerce mais être sans revenu pour subvenir aux besoins de sa famille, s'être acquitté de ses cotisations sociales et poursuivre ses recherches d'emploi, s'estimant de ce fait en droit de percevoir les indemnités de chômage.

Dans sa réponse du 5 mai 2015, la Caisse déclare maintenir sa position et propose le rejet du recours.

Dans sa réplique du 10 juin 2015, le recourant rappelle sa situation financière précaire et ses recherches d'emploi continues depuis son inscription au chômage le 1^{er} décembre 2014.

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).

Le recourant étant soumis au contrôle des autorités de chômage du canton de Vaud, la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal vaudois est compétente pour statuer sur le recours dirigé contre la décision de la Caisse (art. 100 al. 3 LACI, 119 al. 1 let. a et 128 OACI [ordonnance 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 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 légal 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 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 et non par un juge unique (cf. art. 94 al. 1 let. a LPA-VD *a contrario*).

2. Le litige porte sur le droit du recourant à des indemnités journalières de chômage à compter du 1^{er} décembre 2014, singulièrement sur le point de savoir s'il faut nier ce droit en raison des liens entre l'assuré et son dernier employeur.

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 (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 ; TF 8C_776/2011 du 14 novembre 2012 consid. 3.2 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 ; TF 8C_1004/2010 du 29 juin 2011 consid. 5.2).

c) On rappellera brièvement les motifs qui ont présidé au développement de cette jurisprudence. Pour des raisons de conflits d'intérêts évidents, la loi exclut du cercle des bénéficiaires de l'indemnité en cas de réduction de travail les personnes qui occupent dans l'entreprise une position dirigeante leur permettant de déterminer eux-mêmes l'ampleur de la diminution de leur activité. Il en va de même des conjoints de ces personnes qui travaillent dans l'entreprise. Le Tribunal fédéral a identifié un risque de contournement de cette clause d'exclusion lorsque dans un contexte économique difficile, ces mêmes personnes procèdent à leur propre licenciement et revendiquent l'indemnité de chômage tout en conservant leurs liens avec l'entreprise. Dans une telle configuration, en effet, il est toujours possible pour elles de se faire réengager dans l'entreprise ultérieurement et d'en reprendre les activités dans le cadre de son but social. Cette possibilité d'un réengagement dans l'entreprise – même si elle est seulement hypothétique et qu'elle découle d'une pure situation de fait – justifie la négation du droit à l'indemnité de chômage. Ce droit peut toutefois être reconnu lorsque le dirigeant démontre qu'il a coupé tous les liens qu'il entretenait avec l'entreprise (en raison de la fermeture de celle-ci ou en cas de démission de la fonction dirigeante). Bien que cette jurisprudence puisse paraître très sévère, il y a lieu de garder à l'esprit que l'assurance-chômage n'a pas pour vocation à indemniser la perte ou les fluctuations de gain liées à une activité indépendante mais uniquement la perte de travail, déterminable et contrôlable, du travailleur ayant un simple statut de salarié qui, à la différence de celui occupant une position décisionnelle, n'a pas le pouvoir d'influencer la perte de travail qu'il subit et pour laquelle il demande l'indemnité de chômage (sur l'ensemble de cette problématique, voir Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, ad art. 10 n° 18 et ss ; également du même auteur, Droit à l'indemnité de chômage des

personnes occupant une position assimilable à celle d'un employeur, in DTA 2013 n° 1, p. 1-12 ; TF 8C_536/2013 du 14 mai 2014 consid. 3).

d) 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) 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 ; 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 ; TF 8C_776/2011 du 14 novembre 2012 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).

4. En l'occurrence, le recourant était associé gérant d'une société à responsabilité limitée avec signature individuelle, de surcroît la seule personne mentionnée sur l'extrait du registre du commerce, et détenait l'entier des parts sociales de D._____ Sàrl. A la date déterminante de la décision sur opposition de l'intimée (20 février 2015), comme d'ailleurs à la date du dépôt du recours (24 mars 2015) comme l'intéressé l'a laissé entendre, les faits précités demeuraient identiques ; ainsi, à l'époque considérée, l'assuré se trouvait toujours en position d'influencer de manière déterminante les décisions de son employeur. Dans un tel contexte, la situation du recourant entre incontestablement dans un des cas de figure visés par l'art. 31 al. 3 let. c LACI.

Singulièrement, le recourant demeurait inscrit au registre du commerce, maintenant ainsi objectivement des liens avec la société au sein de laquelle il occupait une fonction dirigeante. Il a conservé sa qualité de personne fixant ou pouvant influencer considérablement les décisions que prend l'employeur tout au long de la période litigieuse, pouvant de ce fait, à tout moment, décider de son propre réengagement. A cet égard, on soulignera que le recourant, dans le formulaire de demande d'indemnité de chômage puis dans son écriture d'opposition, a fait valoir un chômage technique par manque momentané de travaux de maçonnerie sur les chantiers. A l'évidence, le recourant ne prévoyait pas de quitter définitivement l'entreprise et rompre tout lien avec la société. Cette possibilité de réengagement dans l'entreprise justifie la négation du droit à l'indemnité de chômage, indépendamment du fait que l'assuré s'est acquitté de ses cotisations sociales et a effectué des recherches d'emploi. Les circonstances d'espèce ne sont pas aptes à mettre en cause - ni même à justifier de renoncer à appliquer au cas particulier - la jurisprudence précitée.

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 au recourant le droit à l'indemnité journalière de chômage à compter du 1^{er} décembre 2014.

Il s'ensuit que le recours, 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 le recourant n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA et 55 LPA-VD).

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

- I.** Le recours déposé le 24 mars 2015 par Z. _____ est rejeté.

- II.** La décision sur opposition rendue le 20 février 2015 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est confirmée.

- III.** 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 :

- Z. _____
- 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).

La greffière :