

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 2 juillet 2015

Composition : Mme DESSAUX, présidente
Mme Dormond Béguelin et M. Berthoud, assesseurs
Greffier : M. Addor

Cause pendante entre :

A.G._____, à U._____, recourante, représentée par M. Jean-Daniel Nicy, agent d'affaires breveté à Lausanne,

et

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

Art. 31 al. 3 let. c LACI

E n f a i t :

A. A.G._____ (ci-après : l'assurée ou la recourante), née en 1959, a travaillé depuis le 1^{er} décembre 1980 comme vendeuse et serveuse de la boulangerie-pâtisserie-tea-rom B.G._____, située au chemin Z._____ [...] à U._____.

La société à responsabilité limitée « T._____ Sàrl » a été inscrite au Registre du commerce le 8 avril 1999. Sise à U._____, elle a pour but l'exploitation de boulangeries, de pâtisseries, de kiosques, de magasins d'alimentation et de tous établissements publics (cafés, restaurants, tea-rooms et autres divers). Cette société exploitait la boulangerie et était détenue à 50% par l'assurée et à 50% par son époux, B.G._____. Tous deux étaient inscrits au Registre du commerce en tant qu'associés-gérants avec signature individuelle.

Par convention du 26 mai 2014, T._____ Sàrl a vendu le fonds de commerce de la boulangerie-pâtisserie à la société H._____ Sàrl avec remise effective au 1^{er} septembre 2014. Le fonds de commerce incluait la boulangerie tea-room Z._____, ainsi que le comptoir de vente de la rue W._____ [...] à U._____.

B. Le 18 août 2014, A.G._____ s'est inscrite à l'Office régional de placement d'U._____. Le 27 août 2014, elle a sollicité l'octroi d'indemnités journalières de chômage avec effet au 1^{er} septembre 2014, précisant que son contrat avait été résilié par son employeur au 31 août 2014 en raison de la remise du commerce.

Par décision du 9 décembre 2014, la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la Caisse ou l'intimée) a dénié à l'assurée le droit à des indemnités de chômage dès le 1^{er} septembre 2014, au motif qu'elle avait conservé un pouvoir décisionnel effectif au sein de la société T._____ Sàrl.

Le 14 janvier 2015, l'assurée s'est opposée à cette décision. Elle a relevé que la société T. _____ Sàrl n'avait plus d'activité puisque la boulangerie-pâtisserie avait été reprise par un tiers. Sa part sociale de 10'000 fr. n'avait donc aucune valeur et d'ailleurs la société allait prochainement donner au juge de la faillite l'avis prévu à l'art. 820 CO (loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse ; RS 220) quant à la perte de capital et au surendettement. Elle suggérait en conséquence la rectification de la décision litigieuse.

Complétant son opposition en date du 26 janvier 2015, elle a encore allégué qu'il n'avait jamais été question d'un licenciement provisoire ni d'une réduction temporaire de l'activité. Elle a ajouté que si son contrat de travail avait été résilié, c'est parce que la société T. _____ Sàrl avait cessé son activité par remise du commerce. En outre, sa position ne pouvait être assimilée à celle d'un employeur dès lors que la société à responsabilité limitée n'existait plus que pour procéder à sa propre liquidation.

Par décision du 20 février 2015, la Caisse a rejeté l'opposition et confirmé sa précédente décision.

Selon procès-verbal notarié du 16 mars 2015, l'assemblée générale des porteurs de parts de la société T. _____ Sàrl a prononcé la dissolution de cette dernière, B.G. _____ ayant été chargé de sa liquidation avec signature individuelle. La signature individuelle d'A.G. _____ a été simultanément radiée.

C. Par acte du 25 mars 2015, A.G. _____ a saisi la Cour de céans d'un recours contre la décision du 20 février 2015 dont elle demande, avec suite de frais et dépens, la réforme « en ce sens qu'il est donné une suite favorable à la demande d'indemnités journalières présentée le 1^{er} septembre 2014 ». Elle explique qu'après avoir envisagé un dépôt de bilan pur et simple, son époux et elle-même ont décidé de procéder à une dissolution de la société. Selon un extrait du Registre du commerce daté du 23 mars 2015 de la société T. _____ Sàrl en liquidation produit à

l'appui du recours, B.G._____ est seul inscrit en tant qu'associé liquidateur avec signature individuelle, son épouse ne figurant désormais plus qu'en tant qu'associée sans droit de signature. La recourante estime pour le surplus qu'elle a droit à l'indemnité de chômage en raison de la cessation de l'exploitation de la boulangerie et de la mauvaise situation financière de la société T._____ Sàrl en liquidation.

Dans sa réponse du 10 avril 2015, l'intimée relève pour l'essentiel qu'on ne saurait déduire de la vente du fonds de commerce lié à l'exploitation de la boulangerie tea-room Z._____ et du magasin de la rue W._____ que la société T._____ Sàrl avait cessé toute activité à partir du 1^{er} septembre 2014. En effet, la société aurait pu poursuivre la réalisation du but social avec d'autres établissements, et ceci jusqu'à sa dissolution. Elle ajoute que pendant la liquidation, les organes sociaux conservent leurs pouvoirs légaux et statutaires, bien que restreints aux actes nécessaires à cette opération et qui, de par leur nature, ne sont pas du ressort des liquidateurs. En fait notamment partie le choix de la poursuite des activités de l'entreprise jusqu'à sa vente ou sa radiation. Cette situation exclut le droit à l'indemnité de chômage de la ou des personnes qui occupent la fonction de liquidateur. Pour ces raisons, l'intimée estime que la recourante, en tant qu'épouse du liquidateur de la société qui l'a licenciée, n'aurait pas non plus droit à l'indemnité de chômage à compter du 17 mars 2015. Elle maintient en conséquence sa position et propose le rejet du recours.

En réplique du 5 mai 2015, la recourante s'étonne que l'intimée puisse soutenir que la société aurait pu poursuivre la réalisation du but social avec d'autres établissements et ceci jusqu'à sa dissolution, dans la mesure où cette déclaration relève d'une hypothèse qui ne s'est pas réalisée. Par ailleurs, elle peine à comprendre que - par souci d'économie - le fait que son époux procède aux opérations de liquidation en lieu et place d'un liquidateur extérieur fasse obstacle à l'octroi de l'indemnité de chômage revendiquée, alors même qu'elle a cotisé à cette assurance en tant qu'employeur. Ayant finalement procédé au dépôt du bilan de la société T._____ Sàrl en liquidation en date du 4 mai 2015,

elle requiert la suspension de la présente cause jusqu'à droit connu sur le prononcé de faillite.

Le 8 mai 2015, le magistrat instructeur a fait savoir à la recourante que sa requête était rejetée. Outre qu'il n'existait pas de motif de suspension au sens de l'art 207 LP (loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite ; RS 281.1), la procédure de faillite demeure sans incidence sur la présente cause, dès lors qu'elle a été introduite postérieurement à la décision sur opposition litigieuse, qui seule circonscrit l'objet de la contestation.

L'écriture de la recourante a été transmise pour information à l'intimée, qui n'a pas procédé plus avant.

Le 9 juin 2015, la recourante a produit le prononcé de faillite de la société T. _____ Sàrl en liquidation, rendu le 4 juin 2015 par le Président du Tribunal d'arrondissement de [...].

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 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 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} septembre 2014, 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 20 février 2015, qui a remplacé la décision initiale du 9 décembre 2014 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) 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. La même chose vaut pour le conjoint de la personne qui se trouve dans une position assimilable à un employeur lorsque, bien que licencié par ladite entreprise, il conserve des liens avec celle-ci au travers de sa situation de conjoint d'un dirigeant d'entreprise. 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) ou, s'agissant du conjoint licencié, lorsque celui-ci a travaillé dans une autre entreprise que celle dans laquelle son mari ou sa femme occupe une position assimilable à un employeur. 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 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 [Tribunal fédéral des assurances] 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).

4. On doit convenir avec la caisse que 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.

En l'occurrence, la recourante était associée-gérante d'une société à responsabilité limitée et disposait encore de la signature individuelle à la date déterminante de la décision sur opposition de l'intimée (20 février 2015). Ainsi, à l'époque considérée, l'assurée se trouvait toujours en position d'influencer de manière déterminante les décisions de son dernier employeur. A l'évidence, les liens avec les organes de la société T._____ Sàrl subsistaient alors 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, applicable par renvoi de l'art. 827 CO). La recourante a conservé cette qualité tout au long de la période litigieuse, ce qui justifie de ne pas l'assimiler à une personne qui aurait définitivement quitté l'entreprise qui l'employait. En outre, le but de la société est suffisamment large (exploitation de boulangeries, de pâtisseries, de kiosques, de magasins d'alimentation et de tous établissements publics tels que cafés, restaurants, tea-rooms et autres divers) pour permettre le réengagement de la recourante de manière directe ou indirecte, fût-ce par un éventuel repreneur. Quant à l'activité commerciale de la société à responsabilité limitée, elle était ex lege présumée se poursuivre et le pouvait d'autant plus que le but social ne se limitait pas à l'exploitation de la boulangerie tea-room Z._____. Dans un tel contexte, la perte de travail n'était pas aisément vérifiable par la caisse intimée, si bien que la situation de la recourante entre incontestablement dans un des cas de figure visés par l'art. 31 al. 3 let. c LACI.

Pour le surplus, à la date de l'inscription au chômage, respectivement à celle du 1^{er} septembre 2014, comme d'ailleurs à la date de la décision dont est recours (20 février 2015), la dissolution n'était pas encore prononcée de telle sorte qu'il n'y a pas lieu d'examiner plus avant si la recourante disposait encore ou non d'un pouvoir décisionnel. Enfin, l'ouverture de la procédure de faillite de la société T._____ Sàrl en liquidation en date du 4 mai 2015 n'est d'aucun secours à la recourante car, à la date du 20 février 2015, elle n'avait ni quitté définitivement l'entreprise T._____ Sàrl, ni rompu tout lien avec celle-ci.

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} septembre 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 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
prononce :**

- I.** Le recours 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 :

Le greffier :

Du

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

- M. Jean-Daniel Nicaty, agent d'affaires breveté (pour A.G. _____),
- 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).

Le greffier :