

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 18 juillet 2017

Composition : Mme BERBERAT, présidente
Mmes Röthenbacher et Pasche, juges
Greffière : Mme Rochat

Cause pendante entre :

A.W._____, à [...] , recourant, représenté par Me Gilles-Antoine Hofstetter, avocat à Lausanne,

et

K._____, à Lausanne, intimée.

Art. 8 et 31 LACI

E n f a i t :

A. a) A.W._____ (ci-après : l'assuré ou la recourant), né en [...], s'est inscrit le 5 décembre 2013 en tant que demandeur d'emploi auprès de l'Office régional de placement (ci-après: ORP) d' [...] et a sollicité des prestations de l'assurance-chômage à 100% auprès de la Caisse de chômage, agence d' [...] (ci-après : l'agence) à compter du 1^{er} janvier 2014. Auparavant, il a travaillé du 1^{er} janvier au 31 décembre 2013 à 100% en qualité de « [...] » auprès de l'entreprise [...], sise à [...]. Par courrier du 25 septembre 2013, le contrat de travail de l'assuré a été résilié pour le 31 décembre 2013 pour cause de restructuration.

Le 22 décembre 2014, l'assuré a déposé auprès de l'ORP une demande d'allocation d'initiation au travail (AIT) afin de pouvoir être engagé du 5 janvier au 3 juillet 2015 à 100% en qualité d'ingénieur technico-commercial auprès de [...] (ci-après : l'employeur), sise à [...] pour un salaire de 7'908 fr. 35 (avec 13^e salaire ou gratification).

Par décision du 23 décembre 2014, l'ORP a accepté la demande précitée en versant une allocation d'initiation au travail de 60% du salaire du 5 janvier au 3 juillet 2015.

Par décision datée du 24 juillet 2016, l'ORP a annulé sa décision du 23 décembre 2014 et a admis la demande du 23 décembre 2014 en acceptant de verser des AIT à 60% du 5 janvier au 30 juin 2015, à 43% en juillet 2015 et à 40% du 1^{er} août au 31 décembre 2015. Finalement pour la période d'exécution totale, soit du 5 janvier au 31 décembre 2015, les AIT étaient de l'ordre de 50% en moyenne.

L'assuré a finalement travaillé du 5 janvier 2015 au 31 octobre 2016 à 100% auprès de l'entreprise [...]. Par courrier du 20 août 2016, l'employeur a résilié le contrat de travail de l'assuré pour le 31 octobre 2016.

b) L'assuré s'est réinscrit le 12 octobre 2016 en tant demandeur d'emploi auprès de l'ORP d' [...] et a sollicité des prestations de l'assurance-chômage à 100% auprès de l'agence à compter du 1^{er} novembre 2016.

Selon l'extrait du registre du commerce (ci-après : RC), la société [...], inscrite depuis le 30 janvier 2008, est active dans le commerce de [...]. L'épouse de l'assuré était associée gérante présidente avec signature collective à deux dès le 30 janvier 2008, puis associée gérante avec signature individuelle de la société précitée dès le 13 mars 2009 et possédait toutes les parts sociales.

A la demande de l'agence du 20 octobre 2016, l'assuré a confirmé le 1^{er} décembre 2016 que B.W._____, associée gérante de l'entreprise [...], était son épouse. Il a en outre fourni un extrait de son compte individuel AVS/AC et un extrait du « compte privé sociétaire » au nom d'B.W._____ et A.W._____ pour la période allant du 1^{er} janvier 2015 au 21 octobre 2016.

Par décision du 2 décembre 2016, l'agence a refusé de donner suite à la demande d'indemnisation présentée le 1^{er} novembre 2016 par l'assuré et ce, conformément aux art. 10 al. 2bis, 11 al. 1 et 31 al. 3 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage ; RS 837.0]. L'agence a constaté que durant les deux ans qui précédaient son inscription, soit du 1^{er} novembre 2014 au 31 octobre 2016, l'assuré justifiait d'une activité en qualité d'ingénieur technico-commercial auprès de [...]. Le contrat de travail avait été résilié le 20 août 2016 avec effet au 31 octobre 2016 pour des raisons économiques. Compte tenu de l'inscription de son épouse auprès de la société [...] en qualité d'associée gérante avec signature individuelle de la totalité des parts sociales de 20'000 fr., l'agence a considéré qu'elle avait effectivement un pouvoir décisionnel. Par conséquent, l'assuré ne pouvait pas bénéficier des prestations de l'assurance-chômage à compter du 1^{er} novembre 2016.

Le 9 janvier 2017, l'assuré, par son conseil Me Gilles-Antoine Hofstetter, s'est opposé à la décision précitée en alléguant qu'en l'occurrence, l'art. 31 al. 3 let. c LACI n'était pas applicable. Il a relevé que l'engagement de l'assuré pour le compte de [...] avait été préconisé et validé par l'ORP, lequel s'était abstenu de le prévenir des risques d'absence de droit aux prestations de chômage en cas de licenciement. Il a en outre allégué que son licenciement était inévitable compte tenu de la situation financière extrêmement précaire de la société [...]. Il a exclu toute éventualité de réengagement au vu de la situation de la société qui était au bord de la faillite.

Par courrier du 17 février 2017, l'assuré par son conseil, a déposé un lot de poursuites et avis de saisie adressé à [...] et à l'intéressé (notamment commandement de payer de la Caisse AVS, Fédération vaudoise des entrepreneurs, d'un montant de 14'273 fr. 05 « N° d'affiliation 152441, Arriéré sur compte courant, calcul des cotisations du 01.10.2016, dû depuis le 19.12.2016 »), attestant de la situation économique très précaire de son ancien employeur.

Dans le cadre de l'instruction de l'opposition, la Caisse cantonale de chômage, division juridique (ci-après : la caisse ou l'intimée), a sollicité le dossier complet de l'ORP, notamment le dossier relatif à la demande AIT et les procès-verbaux d'entretien. Le procès-verbal d'entretien du 24 novembre 2014 a la teneur suivante : « *Monsieur A.W._____ nous informe que son épouse gère une société ([...]) spécialisée dans le vente de [...]. Elle pourrait éventuellement l'engager pour développer cette activité et faire de la prospection* ».

Par décision sur opposition du 20 mars 2017, la caisse a rejeté l'opposition formée par l'assuré et a confirmé la décision rendue par l'agence le 2 décembre 2016. Elle a notamment considéré ce qui suit :

« 14. En l'espèce, après examen, il apparaît que l'épouse de l'opposant est toujours inscrite au registre du commerce en tant qu'associée gérante avec signature individuelle, qu'elle détient l'entier des parts sociales de la société et que cette dernière n'est pas en faillite. Madame B.W._____ dispose donc, de par la loi, d'un pouvoir déterminant au sein de cette société. Le fait que la société rencontre des difficultés financières n'est pas relevant dans la mesure où seule la

faillite de l'entreprise entraîne la disparition définitive de la position comparable à celle d'un employeur. En outre, on ne saurait reprocher à l'ORP de n'avoir, à aucun moment, attiré l'attention de l'assuré sur le risque de ne pas pouvoir bénéficier des indemnités de chômage en cas de licenciement, le but de l'AIT étant de favoriser des engagements durables et non de permettre l'ouverture d'un nouveau droit au chômage.

15. Au vu de ce qui précède, le droit à l'indemnité de chômage ne peut être reconnu à l'assuré, dont l'épouse exerce une fonction dirigeante. Il convient de rappeler que ce n'est pas l'abus avéré comme tel que la loi et la jurisprudence entendent sanctionner. L'exclusion du droit à l'indemnité s'impose dès qu'il y a risque ou possibilité de contournement de la loi. C'est donc à juste titre que la caisse lui a nié le droit dès le 1^{er} novembre 2016 ».

B. Par acte du 25 avril 2017 de son mandataire, A.W. _____ recourt contre la décision sur opposition du 20 mars 2017 et conclut, sous suite de frais et dépens, à l'admission du recours, principalement à la réforme de la décision précitée en ce sens qu'il a droit à l'octroi de prestations de l'assurance-chômage dès le 1^{er} novembre 2016 ; subsidiairement, à l'annulation de la décision attaquée et au renvoi du dossier de la cause à l'intimée pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Il confirme que l'art. 31 al. 3 let. c LACI ne trouve pas application dans le cas d'espèce et les arguments qu'il a développés au stade de l'opposition. Il allègue que son droit d'être entendu n'a pas été respecté faute pour l'intimée de lui avoir remis le dossier de l'ORP. Au contraire de l'intimée, il reproche à l'ORP de n'avoir à aucun moment attiré son attention sur le risque de ne pas pouvoir bénéficier des indemnités de chômage en cas de licenciement. Il aurait ainsi pu trouver un emploi plus stable, certes ultérieurement à son engagement auprès de [...], mais qui se serait sans doute poursuivi également postérieurement à son licenciement. Il a agi pour diminuer son dommage, à l'invitation de son conseiller ORP, et non par convenance personnelle. Il dépose enfin un lot de pièces sous bordereau.

Dans sa réponse du 22 mai 2017, l'intimée propose le rejet du recours sans suite de frais et dépens.

Le recourant ne s'est pas déterminé plus avant.

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 (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 (art. 100 al. 3 LACI et art. 119 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02], par renvoi de l'art. 128 al. 1 OACI). 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 a été interjeté dans le délai imparti par la loi et satisfait en outre aux autres conditions formelles de recevabilité (art. 61 let. b LPGA notamment), de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

b) La loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD ; RSV 173.36) s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD). La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer (art. 93 let. a LPA-VD).

2. a) En procédure juridictionnelle administrative, ne peuvent être examinés et jugés, en principe, que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée préalablement d'une manière qui la lie sous la forme d'une décision, laquelle détermine l'objet de la contestation (ATF 134 V 418 consid. 5.2.1 et ATF 130 V 138 consid. 2.1 ; également TF 8C_245/2010 du 9 février 2011 consid. 2 et 8C_627/2009 du 8 juin 2010 consid. 1.2). De surcroît, dans le cadre de l'objet du litige, le juge ne vérifie pas la validité de la décision attaquée dans son ensemble, mais se borne à examiner les

aspects de cette décision que le recourant a critiqués, exception faite lorsque les points non critiqués ont des liens étroits avec la question litigieuse (ATF 125 V 413 consid. 2c ; ATF 110 V 48 consid. 4a ; RCC 1985 p. 53).

b) En l'espèce, est litigieuse la question de savoir si l'assuré, licencié de la société dont son épouse est l'unique associée-gérante avec signature individuelle, a droit à l'indemnité de chômage à compter du 1^{er} novembre 2016. Il n'est pas contesté qu'il n'a pas cotisé durant douze mois pour un autre employeur durant son délai-cadre de cotisation.

3. a) Conformément à l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est – entre autres conditions – sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a), s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (let. b) et s'il est apte au placement (let. f). En vertu de l'art. 31 al. 3 let. c LACI, n'ont pas droit à l'indemnité 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 ; il en va de même des conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise.

b) D'après la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, un travailleur qui jouit d'une situation 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 à 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 des dispositions 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. Dans ce sens, il existe un étroit parallélisme entre le droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail et le droit à l'indemnité journalière de chômage (ATF 123 V 234; TF 8C_1016/2012 du 19 août 2013 consid. 4.2, 8C_776/2011 du 14 novembre 2012 consid. 3.2, 8C_481/2010 du 15 février 2011 consid. 3.2 et la référence citée).

Lorsque le salarié qui se trouve dans une position assimilable à celle d'un employeur quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci, il n'y a pas de risque que les conditions posées par l'art. 31 al. 3 let. c LACI soient contournées. Il en va de même si l'entreprise continue d'exister, mais que l'assuré rompt définitivement tout lien avec elle après la résiliation des rapports de travail. Dans un cas comme dans l'autre, il peut en principe prétendre à des indemnités journalières de chômage. 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'activité de la société et le réengagement de l'intéressé pouvant alors être exclus (TF précités 8C_1016/2012 consid. 4.3 et 8C_481/2010 consid. 4.2 et les références citées).

En d'autres termes, pour qu'une personne occupant une position semblable à celle d'un employeur ait droit à l'indemnité de chômage, son départ de l'entreprise doit revêtir un caractère définitif. La faillite de l'entreprise constitue un critère. Les personnes occupant une position semblable à celle d'un employeur, qui ont officié en tant que liquidateurs une fois la faillite ouverte, n'ont en général pas le droit à l'indemnité de chômage. Cependant, lorsque la faillite est suspendue faute d'actifs, il ne reste la plupart du temps plus rien à liquider. Il n'y a dès lors aucun risque d'abus. C'est pourquoi, à compter de là, le fait d'avoir occupé durablement une position semblable à celle d'un employeur ne constitue plus un motif valable pour refuser à un assuré le droit à l'indemnité de chômage (DTA 2007 p. 115; 2004 p. 193 et 2002 p. 183).

c) Le fait de subordonner, pour un travailleur jouissant d'une position analogue à celle d'un employeur, le versement des indemnités de chômage à la rupture de tout lien avec la société qui l'employait peut certes paraître rigoureux selon les circonstances du cas d'espèce. Il ne faut néanmoins pas perdre de vue les motifs qui ont présidé à cette exigence. Il s'agit avant tout de permettre le contrôle de la perte de travail du demandeur d'emploi, qui est l'une des conditions mises au droit à l'indemnité de chômage. Or, si un tel contrôle est facilement exécutable s'agissant d'un employé qui perd son travail ne serait-ce que partiellement, il n'en va pas de même des personnes occupant une fonction dirigeante qui, bien que formellement licenciées, poursuivent une activité pour le compte de la société dans laquelle elles travaillaient. De par leur position particulière, ces personnes peuvent en effet exercer une influence sur la perte de travail qu'elles subissent, ce qui rend justement leur chômage difficilement contrôlable (Tribunal fédéral, arrêt C 203/06 du 29 août 2007 consid. 4.2 et la référence citée).

d) Dans les arrêts 8C_642/2013 du 4 juillet 2014 et 8C_536/2013 du 14 mai 2014 consid. 3 et les références citées, le Tribunal fédéral a rappelé que, 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 – poursuit le Tribunal fédéral –, 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.

4. En l'occurrence, le recourant est l'époux de l'unique associée-gérante de [...], laquelle existait encore à la date déterminante de la décision sur opposition. On ne peut donc pas parler d'une circonstance propre à exclure la poursuite du but social de l'entreprise (pour un exemple dans ce sens TF 8C_1016/2012 du 19 août 2013). Ainsi, le recourant se trouvait toujours, par l'intermédiaire de son épouse, en position d'influencer de manière déterminante les décisions de son dernier employeur. Par ailleurs, son épouse, en sa qualité d'administratrice unique, a gardé à tout moment la faculté de réengager son mari dans sa société. Il n'y a certes pas lieu de douter que c'est la baisse du volume des affaires qui a conduit au licenciement de l'assuré. Mais c'est justement en cela que le cas d'espèce présente une analogie avec une réduction en matière d'horaire de travail. Le fait que les affaires aient baissé n'est pas déterminant. En effet, il n'est pas impossible que l'entreprise puisse obtenir dans un avenir proche d'autres commandes que l'épouse de l'assuré pourrait derechef lui confier. Dans un tel contexte, la perte de travail n'est pas aisément vérifiable par la caisse, ce qui justifie de ne pas assimiler le recourant à une personne qui aurait définitivement quitté

l'entreprise qui l'employait. La situation de l'assuré entre incontestablement dans l'un des cas de figure visés par l'art. 31 al. 3 let. c LACI, malgré ses nombreuses explications et dénégations. Ainsi, le lien de parenté entre l'assuré et l'administratrice unique de la société rend un contournement de la loi possible, même s'il demeure hypothétique eu égard à la conjoncture économique. Comme déjà dit, cela suffit à nier le droit au chômage du recourant. Par ailleurs, le recourant n'avait pas conclu de contrat de travail avec une autre société depuis la résiliation de ses rapports de travail. Par conséquent, la demande d'indemnités de l'assurance-chômage faisait suite à celle-ci et l'on ne saurait retenir une rupture des liens entre le recourant et la société au sein de laquelle son épouse occupait une position assimilable à celle d'un employeur. De ce fait, un risque de contournement de la clause d'exclusion de l'art. 31 al. 3 let. c LACI et de la jurisprudence y relative ne peut être écarté au regard des circonstances du cas d'espèce.

5. Dans un dernier moyen, le recourant reproche à l'ORP ne pas l'avoir prévenu des risques d'absence de droit aux prestations de chômage en cas de licenciement.

Il convient de rappeler qu'en date du 28 octobre 2014, l'assuré ne disposait plus que de 47 indemnités journalières et que les recherches d'emploi restaient infructueuses (procès-verbal d'entretien du 29 octobre 2014) malgré plusieurs entretiens et une possibilité d'AIT auprès de [...] qui n'a pas abouti faute de commandes. Le 5 décembre 2014, le conseiller ORP de l'assuré constatait que ses recherches d'emploi demeuraient infructueuses et que son droit aux indemnités de chômage prenait fin au début du mois de janvier 2015. Le recourant a alors signalé à son conseiller ORP que son épouse possédait une entreprise et qu'elle était prête à l'engager. Dans ce contexte, on ne saurait nier que l'assuré avait un réel intérêt à obtenir une AIT dès le 5 janvier 2015 en raison de l'épuisement de ses indemnités de chômage. Le fait que le conseiller ORP ne l'aurait finalement pas prévenu d'éventuels risques quant au droit à l'indemnité de chômage en cas de nouvelle inscription n'est pas décisif. En effet, la situation était telle que le recourant n'était plus en mesure

d'attendre – comme il le prétend – de trouver ultérieurement un emploi plus stable et qui « *se serait sans doute poursuivi également postérieurement à son licenciement ayant pris effet au 31 octobre 2016* », faute pour lui de disposer encore d'indemnités de chômage. Dans ces circonstances, le moyen soulevé par le recourant ne justifie pas que l'on s'écarte de la solution retenue par l'intimée. Enfin, quant à la violation du droit d'être entendu alléguée, même si elle était avérée, elle aurait dû être considérée comme réparée par la production du dossier de l'ORP devant l'autorité de céans, qui dispose d'un plein pouvoir de cognition.

6. Au vu de ce qui précède, il y a dès lors lieu de confirmer la décision sur opposition rendue par l'intimée le 20 mars 2017. Le recours, mal fondé, doit donc être rejeté.

Il n'y a pas lieu de percevoir de frais de justice, la procédure étant en principe gratuite (art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer de dépens dès lors que le recourant n'obtient pas gain de cause (art. 55 LPA-VD ; art. 61 let. g LPGA).

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

- I.** Le recours est rejeté.

- II.** La décision sur opposition rendue le 20 mars 2017 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 :

- Me Gilles-Antoine Hofstetter (pour A.W. _____),
- Caisse cantonale de chômage, Division juridique,
- Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO),

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 :