

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 17 septembre 2019

Composition : Mme DURUSSEL, présidente
Mmes Dessaux et Berberat, juges
Greffière : Mme Laurency

Cause pendante entre :

C. _____, à [...], recourant, représenté par M. Georges Louis Berchtold,
administrateur de la Fiduciaire Lorine SA à Vuarrens,

et

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

Art. 8 et 31 al. 3 let. c LACI

E n f a i t :

A. C._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant) était inscrit depuis le 24 juin 2015 en qualité d'associé gérant de la société H._____ Sàrl avec signature individuelle. La société a pour but le commerce de voitures neuves et d'occasion, l'achat, la vente, l'importation, l'exportation et le commerce de pièces détachées, neuves et d'occasion, ainsi que toutes opérations commerciales en relation directe ou indirecte avec le but principal. L'assuré occupait le poste de responsable d'atelier depuis le 1^{er} octobre 2016.

Dans un courrier du 30 août 2018, la société [...] – Fiduciaire Sàrl a informé l'assuré de son licenciement au 31 octobre 2018. Il était précisé que la décision était motivée par l'arrêt d'activité de la société au 1^{er} novembre 2018 à la suite de l'incendie survenu en juillet 2017 dans les locaux de la société.

Par décision du 26 novembre 2018, la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la Caisse ou l'intimée) n'a pas donné suite à la demande d'indemnité présentée le 1^{er} novembre 2018, au motif suivant :

« Votre contrat de travail auprès de H._____ Sàrl a été résilié le 30 août 2018 avec effet au 31 octobre 2018, pour des raisons économiques. Cependant, vous êtes toujours inscrit au registre du commerce en tant qu'associé gérant de la société susmentionnée, avec signature individuelle pour une part sociale de CHF 20'000.- (Sàrl). [...]

Vous avez donc toujours un pouvoir décisionnel dans cette entreprise. Dès lors, vous n'êtes pas en droit de bénéficier des prestations de l'assurance-chômage pour la période revendiquée, soit dès le 1^{er} novembre 2018. »

Le 27 décembre 2018, l'assuré, sous la plume de M. Georges Louis Berchtold, administrateur de la Fiduciaire Lorine SA, a formé opposition, invoquant qu'il ne pouvait pas être tenu pour responsable ou considéré comme détenant un pouvoir décisionnel dans les circonstances qui ont conduit à la fermeture de l'entreprise H._____ Sàrl. La fermeture

avait été rendue inévitable à la suite de l'incendie du 12 juillet 2017. L'impossibilité d'exploiter l'établissement s'était poursuivie jusqu'à fin juillet 2018. Comme l'entreprise n'était pas au bénéfice d'une assurance couvrant la perte d'exploitation, la fermeture était devenue inéluctable et cela sans que l'assuré ne puisse intervenir.

Par décision sur opposition du 5 février 2019, la Caisse a rejeté l'opposition. Elle a réitéré que l'assuré était toujours l'unique associé et gérant de la société H._____ Sàrl. A ce titre, il exerçait, de par la loi, une influence significative sur les décisions de l'employeur.

B. Par acte du 5 mars 2019, C._____, toujours représenté par M. Georges Louis Berchtold, a déféré la décision sur opposition précitée devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant à l'octroi d'indemnités journalières de l'assurance-chômage. En substance, il a fait valoir qu'il n'avait pas pu prendre la décision de cesser l'activité de sa société, dès lors qu'un incendie, dû à des causes techniques, était la seule et unique raison de la fermeture de l'établissement. Elle n'était pas le fait d'une décision personnelle qu'il aurait pu influencer. Il a invoqué être doublement puni par la perte de son entreprise et par le refus du versement des indemnités journalières.

Dans sa duplique du 22 mars 2019, la Caisse a conclu au rejet du recours et maintenu sa position.

E n d r o i t :

1. a) La LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) est, sauf dérogation expresse, applicable en matière d'assurance-chômage (art. 1 al. 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 peuvent faire l'objet d'un recours auprès du tribunal des assurances

compétent (art. 56 al. 1 LPGA ; 100 al. 3 LACI, 128 al. 1 et 119 al. 1 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 leur notification (art. 60 al. 1 LPGA).

b) En l'occurrence, déposé en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

2. Le litige a pour objet le droit du recourant à des indemnités de chômage dès le 1^{er} novembre 2018, plus particulièrement la question de savoir s'il se trouvait en position d'influencer de manière déterminante les décisions de la société H. _____ Sàrl.

3. a) Aux termes 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. La jurisprudence considère qu'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 (art. 8 ss LACI) 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. 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. 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 142 V 263 consid. 4.1 ; 123 V 234

consid. 7b/bb ; TF 8C_511/2014 du 19 août 2015 consid. 5.1 ; 8C_1016/2012 du 19 août 2013 consid. 4.2).

La jurisprudence en cause a pour but d'écartier un risque d'abus consistant notamment, de la part d'un assuré jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur, à décider à la fois de son licenciement et de son réengagement, ou à fixer le salaire déterminant le gain assuré. On précisera que la jurisprudence se fonde sur l'unique critère du risque d'abus et non sur celui de l'abus avéré, le risque suffisant donc à ce que le droit à l'indemnité soit nié d'emblée (TF 8C_587/2012 du 19 septembre 2012 consid. 3.2 ; également BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n° 21 *ad art. 10 LACI*).

b) Pour 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. La seule exception à ce principe concerne les membres des conseils d'administration d'une société anonyme, car ils disposent *ex lege* (art. 716 à 716b CO) d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI. En ce qui concerne les membres du conseil d'administration, le droit aux prestations peut dès lors être exclu sans qu'il ne soit nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'ils exercent au sein de la société (ATF 122 V 270 consid. 3). 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 (ATF 145 V 200 consid. 4.2 ; TF 8C_171/2012 du 11 avril 2013 consid. 6.1 et les références).

c) La situation est en revanche différente quand 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, car il n'y a alors 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, par suite de la résiliation de son contrat, rompt définitivement tout lien avec la société et n'est donc plus en mesure d'influencer les décisions de l'employeur. Dans un cas comme dans l'autre, il peut en principe prétendre au versement d'indemnités journalières de chômage (ATF 123 V 234 ; TF 8C_511/2014 précité consid. 3.2 ; 8C_1016/2012 précité consid. 4.3 ; 8C_481/2010 du 15 février 2011 consid. 4.2).

Toutefois, la jurisprudence est stricte. Elle 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 (TFA C 355/00 du 28 mars 2001 consid. 3 ; TF 8C_511/2014 précité consid. 5.1 ; C_172/2013 du 23 janvier 2014 consid. 3.2 ; 8C_1016/2012 précité consid. 4.3 et les références), voire, selon les circonstances, pendant la durée de la procédure de liquidation. Parmi les circonstances dans lesquelles il faut exclure qu'un assuré a quitté définitivement son ancienne entreprise même pendant la durée de la procédure de liquidation de la société, il y a lieu de mentionner le cas de l'assuré qui exerce la fonction de liquidateur (TFA C 267/04 du 3 avril 2006 consid. 4.2 ; TF 8C_738/2015 du 14 septembre 2016 consid. 3.1), celui qui est titulaire d'une large part du capital social et dont le conjoint est inscrit au registre du commerce (TF C 180/06 du 16 avril 2007 consid. 3.4 ; voir également TFA C 373/00 du 19 mars 2002 consid. 3) et celui du conjoint d'une associée-gérante d'une Sàrl qui a cessé d'exploiter l'entreprise mais qui n'est pas inscrite « en liquidation » au registre du commerce (TF 8C_492/2008 du 21 janvier 2009 consid. 3). En revanche, en cas de suspension de la faillite faute d'actifs, il ne reste la plupart du temps plus rien à liquider, partant, il n'y a aucun risque d'abus. Une reprise d'une activité de la société et le réengagement de l'intéressé peuvent alors être exclus. C'est pourquoi le fait d'avoir occupé durablement une position assimilable à celle d'un employeur ne constitue pas un motif valable pour dénier à l'assuré concerné le droit à l'indemnité de chômage (TFA C 267/04 précité consid. 4.3 ; TF 8C_511/2014 précité consid. 5.1 ; 8C_481/2010 du 15 février 2011 consid. 3.2 ; C 72/06 du 16 avril 2007 consid. 7.3).

4. a) En l'espèce, on constate que le recourant est demeuré, depuis la date de sa demande d'indemnités de chômage (1^{er} novembre 2018) jusqu'à la date de la décision litigieuse, associé gérant de la société H._____ Sàrl. Il était donc toujours inscrit au registre du commerce le 5 février 2019, à la date de la décision sur opposition. Le recourant était à ce moment le seul et unique détenteur des parts sociales. Par ailleurs, la société n'était pas entrée en liquidation, ce qui exclut de considérer que le recourant avait définitivement quitté son ancienne entreprise malgré le licenciement (consid. 3c *supra*). La cessation des activités de la société au 1^{er} novembre 2018 n'est pas non plus démontrée au degré de la vraisemblance prépondérante. Seule la lettre de licenciement du 30 août 2018 la mentionne, alors que le recourant était inscrit comme associé gérant jusqu'au 10 mai 2019, date à laquelle il a cédé ses parts sociales à l'administrateur de sa fiduciaire.

b) Le recourant invoque qu'en raison d'un incendie, il n'y avait pas d'autres choix que de résilier son contrat de travail et de fermer l'établissement. Il en déduit qu'il n'avait aucun pouvoir décisionnel. Dans le cas d'espèce, ces arguments ne peuvent pas être pris en considération au vu de la jurisprudence stricte en la matière. Le Tribunal fédéral retient en effet qu'un risque d'abus suffit pour nier le droit aux prestations et qu'un risque d'abus avéré n'est pas requis (consid. 3a *supra*). On relève au surplus que le recourant n'apporte pas la preuve de l'existence d'un incendie. Il n'explique pas non plus pour quelles raisons il est resté inscrit comme associé gérant et employé de la société pendant plus d'une année après l'incendie. Cela étant, même à considérer qu'un incendie a empêché l'exploitation temporaire de l'établissement entre le 12 juillet 2017 et fin juillet 2018 comme le soutient le recourant, on constate que ce dernier a été licencié par courrier du 30 août 2018, soit plus d'un an après l'incendie et même un mois après la reprise de l'exploitation. Lors de son licenciement, le recourant travaillait ainsi dans une entreprise qui était active et qui n'avait pas fermé ses portes.

c) Au vu de ce qui précède, le recourant ne peut pas prétendre à l'indemnité de chômage pour la période litigieuse. Il appartiendra en revanche à l'intimée d'examiner le droit du recourant à des prestations de chômage à compter du 10 mai 2019, date de la radiation du recourant du registre du commerce de la société et de la cession de ses parts sociales à un tiers.

5. a) En définitive, le recours, mal fondé, doit être rejeté, ce qui entraîne la confirmation de la décision litigieuse.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, 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).

**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 5 février 2019 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 :

- M. Georges Louis Berchtold (pour C. _____),
- 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 :