

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 28 décembre 2012

Présidence de M. MÉTRAL
Juges : Mme Thalmann, et M. Pittet, assesseur
Greffier : M. Simon

Cause pendante entre :

A.D. _____, à Lausanne, recourante, représentée par Me Olivier Boschetti, avocat à Lausanne,

et

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, à Lausanne, intimée.

Art. 6 § 1 CEDH; art. 31 al. 3 let. b LACI

E n f a i t :

A. A.D. _____ (ci-après: l'assurée) était inscrite comme associée gérante avec signature individuelle, avec son mari B.D. _____, de la société F. _____ Sàrl, à Prilly. Cette société, fondée en 2004, avait pour but l'exploitation d'un restaurant et toute activité liée à la restauration, y compris le service traiteur, selon l'inscription au registre du commerce. D'après un contrat de gestion du 9 février 2009 la liant à M. _____ SA, F. _____ Sàrl exploitait un tea-room situé à Lausanne, attenant à une station-service.

Par courrier du 21 mai 2010 remis aux époux A.D. _____, M. _____ SA a résilié le contrat de gestion avec effet au 30 septembre 2010.

Le 22 octobre 2010, le Service de l'économie, du logement et du tourisme du canton de Vaud a annulé avec effet au 30 septembre 2010 la licence du tea-room accordée à F. _____ Sàrl, en raison de la cessation des autorisations d'exercer et d'exploiter. A la même date, la société a modifié ses statuts, son but, inscrit au registre du commerce, étant désormais: "entreprise générale et exploitation de lieux publics (pour but complet, cf. statuts). Obligation de fournir des prestations accessoires, droits de préférence, de préemption ou d'emption: pour les détails, voir les statuts".

Le 1^{er} novembre 2010, l'inscription de l'assurée comme associée gérante avec signature individuelle de F. _____ Sàrl a été radiée du registre du commerce, son mari restant inscrit en cette qualité et comme détenteur unique des parts sociales.

L'assurée s'est inscrite à l'assurance-chômage et a réclamé le versement d'indemnités journalières à compter du 1^{er} octobre 2010. Elle a indiqué que ses rapports de travail avaient pris fin au 30 septembre 2010.

Par décision du 30 novembre 2010, la Caisse cantonale de chômage a refusé d'allouer des indemnités à l'assurée. Elle a retenu que le mari de l'assurée, B.D._____, avait un pouvoir décisionnel dans l'entreprise F._____ Sàrl, du fait de son inscription en qualité d'associé gérant avec signature individuelle.

En date du 8 décembre 2010, par son mandataire, l'assurée a formé opposition contre cette décision et réclamé l'octroi d'indemnités de l'assurance-chômage. Elle a fait valoir qu'elle n'avait plus aucune influence dans la société F._____ Sàrl, qui avait au demeurant cessé définitivement ses activités en raison de la fermeture du tea-room.

Le 10 décembre 2010, la Caisse cantonale de chômage a expliqué que la société F._____ Sàrl était toujours active, de sorte que sa décision du 30 novembre 2010 devait être maintenue. Dans un courrier du 14 décembre 2010, l'assurée a précisé que la société F._____ Sàrl était toujours active, mais uniquement pour les activités liées à la station-service (vente d'essence notamment). L'activité accessoire de cette société, soit la tenue d'un tea-room, avait pris fin et l'assurée, qui tenait cet établissement, se retrouvait sans aucune activité lucrative.

Le 14 janvier 2011, l'assurée a réitéré ses conclusions et repris ses arguments.

Par décision sur opposition du 9 mai 2011, la Caisse cantonale de chômage a confirmé sa position. Elle a notamment exposé que le conjoint de l'assurée, B.D._____, était inscrit en qualité d'unique associé gérant de F._____ Sàrl, de sorte qu'il disposait d'une position dominante. La cessation des activités de F._____ Sàrl et la fermeture du tea-room ne permettaient pas de retenir que l'intéressée n'était plus dans une position assimilable à celle d'un employeur, dès lors qu'elle pouvait travailler dans un autre établissement en étant le cas échéant réengagée par son mari.

B. Par acte de son mandataire du 9 juin 2011, A.D._____ a recouru contre cette décision sur opposition au Tribunal cantonal et conclu à l'octroi de pleines indemnités de chômage, subsidiairement au renvoi du dossier à la Caisse cantonale de chômage pour complément d'instruction et nouvelle décision.

Elle soutient qu'elle ne se trouve pas dans une position assimilable à celle d'un employeur, dès lors qu'elle a abandonné son statut d'associée gérante de F._____ Sàrl au 1^{er} novembre 2010. Cette société n'a du reste plus aucune activité commerciale depuis la résiliation du contrat de gestion par M._____ SA, de sorte qu'il n'y a plus de possibilité de réengagement. La totalité de l'activité et des revenus de la société F._____ Sàrl dépendait dudit contrat, dont la résiliation a directement créé la cessation de l'activité exercée par l'intéressée. Son conjoint est engagé dans une entreprise tierce, de sorte qu'elle ne peut pas être engagée dans un autre commerce de la société F._____ Sàrl, laquelle, n'ayant plus d'activité commerciale, ne constitue plus qu'une "coquille vide".

A titre de mesures d'instruction, l'assurée demande à être entendue sur les éventuelles déterminations de la Caisse cantonale de chômage dans le cadre d'un mémoire complémentaire. Elle demande en outre à pouvoir être entendue personnellement lors d'une audience, lors de laquelle elle requiert la possibilité de faire assigner des témoins. Elle sollicite par ailleurs l'octroi de l'assistance judiciaire gratuite.

C. Dans sa réponse du 14 juillet 2011, la Caisse cantonale de chômage a confirmé sa position de refus du droit aux indemnités de chômage.

Par décision du 23 août 2011, le juge instructeur de la Cour de céans a accordé à l'assurée l'assistance judiciaire gratuite avec effet au 9 juin 2011 et lui a désigné Me Olivier Boschetti en qualité d'avocat d'office.

Le 12 septembre 2011, la recourante a expliqué ne pas avoir d'explications, de pièce ou de requête complémentaire.

Le 8 novembre 2012, les parties ont été informées du fait que sauf nouvelle réquisition un jugement serait rendu dès que l'état du rôle le permettrait.

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. 58 LPGA). 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 délai légal et respectant pour le surplus les autres règles de forme prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

b) La LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, 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 al. 1 let. c LPA-VD).

2. En l'espèce, est litigieux le droit de la recourante à l'indemnité de chômage à compter du 1^{er} octobre 2010.

a) Selon l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage, notamment, s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a) et s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (let. b).

b) Les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail lorsqu'ils remplissent les conditions décrites aux lettres a à d de l'art. 31 al. 1 LACI. Une réduction de l'horaire de travail peut consister non seulement en une réduction de la durée quotidienne, hebdomadaire ou mensuelle du travail, mais aussi en une cessation d'activité pour une certaine période, sans résiliation des rapports de travail (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb p. 237; TF 8C_204/2009 du 27 août 2009 consid. 3.1). N'ont pas droit à l'indemnité en question les travailleurs dont la réduction de l'horaire de travail ne peut pas être déterminée ou dont l'horaire n'est pas suffisamment contrôlable (art. 31 al. 3 let. a LACI), de même 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 de l'entreprise; il en va de même des conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise (art. 31 al. 3 let. b et c LACI) (TF 8C_204/2009 du 27 août 2009 consid. 3.1).

La jurisprudence considère, par ailleurs, 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; 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 consid. 7b/bb; TF 8C_415/2008 du 23 janvier 2009 consid. 2.2; TF 8C_515/2007 du 8 avril 2008 consid. 2.2; TF C 211/06 du 29 août 2007 consid. 2.1; voir aussi DTA 2004 p. 259, C 65/04 consid.

2; SVR 2001 ALV n° 14 p. 41 s., TFA C 279/00 consid. 2a et DTA 2000 n° 14 p. 70, C 208/99 consid. 2).

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 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 des indemnités journalières de chômage (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb; TF 8C_415/2008 du 23 janvier 2009 consid. 3.2; TF 8C_515/2007 du 8 avril 2008 consid. 2.2; TF C 211/06 du 29 août 2007 consid. 2.1; voir aussi DTA 2004 p. 259, TFA C 65/04 consid. 2).

c) Selon le Tribunal fédéral, 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 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'est agi 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 (cf. art. 8 al. 1 let. b LACI). 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 des sociétés dans lesquelles 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 (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb p. 239; TF C 292/06 du 29 août 2007 consid. 4.2; TFA C 192/05 du 17 novembre 2006 consid. 2).

Dans un tel cas de figure, il est donc impossible de déterminer si les conditions légales sont réunies sauf à procéder à un examen a

posteriori de l'ensemble de la situation de l'intéressé, ce qui est contraire au principe selon lequel cet examen a lieu au moment où il est statué sur les droits de l'assuré; au demeurant, ce n'est pas l'abus avéré comme tel que la loi et la jurisprudence entendent sanctionner ici, mais le risque d'abus que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur (TF C 157/06 du 22 janvier 2007 consid. 3.2; TFA C 163/04 du 29 août 2005 consid. 2.2; TFA C 141/03 du 9 décembre 2003 consid. 4; TFA C 92/02 du 14 avril 2003, in DTA 2003 n° 22 p. 242 consid. 4). 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'écartier 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 p. 238; TF 8C_776/2011 du 14 novembre 2012 consid. 3.3.2; Boris Rubin, Assurance-chômage, 2^{ème} édition, 2006, p. 122).

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 (TF 8C_515/2007 du 8 avril 2008 consid. 2.2). La seule exception à ce principe concerne les membres des conseils d'administration, car ils disposent ex lege (art. 716 à 716b CO [code des obligations du 30 mars 1911, RS 220]) 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 citées); pour 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 p. 273; TF 8C_515/2007 du 8 avril 2008 consid. 2.2; DTA 2004 n° 21 p. 196 consid. 3.2). 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 (TF 8C_515/2007 du 8 avril 2008 consid. 2.2; TFA C 37/02 du 22 novembre 2002 consid. 4; TFA C 71/01 du 30 août 2001).

Lorsqu'il s'agit d'un membre d'un 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 270 consid. 3 p. 273; DTA 2004 n° 21 p. 198 consid. 3.2). La radiation de l'inscription permet d'admettre sans équivoque que l'assuré a quitté la société (TF C 157/06 du 22 janvier 2007 consid. 3.2; TFA C 175/04 du 29 novembre 2005).

3. a) Dans le cas présent, la recourante n'est plus associée gérante de la société F._____ Sàrl depuis le 1^{er} novembre 2010. Son époux, B.D._____, est pour sa part resté associé gérant avec signature individuelle et détenteur unique des parts sociales. La société F._____ Sàrl n'a jamais été radiée du registre du commerce; elle a au contraire modifié son but social, depuis le 22 octobre 2010, afin de pouvoir exploiter des lieux publics et exercer des prestations accessoires, soit des droits de préférence, de préemption ou d'emption. En ce sens, si M._____ SA a résilié le contrat de gestion la liant à F._____ Sàrl avec effet au 30 septembre 2010 et si le Service de l'économie, du logement et du tourisme du canton de Vaud a annulé à cette même date la licence du tea-room qui lui avait été accordée, cette société garde la possibilité d'exploiter un nouvel établissement commercial et d'exercer les prestations accessoires susmentionnées.

Ainsi, il n'est pas déterminant que la société F._____ Sàrl n'exploitait plus d'établissement commercial au moment de la décision litigieuse (constituant une "coquille vide" selon la recourante), dès lors que le mari de la recourante y exerçait toujours une fonction dirigeante et pouvait donc décider de la réengager dans un nouvel établissement,

même s'il était également engagé dans une entreprise tierce (dans ce sens: TF C 157/06 du 22 janvier 2007 consid. 3.1).

b) En conséquence, B.D._____ est dans une position assimilable à celle d'un employeur et la recourante, étant son épouse, ne peut prétendre le paiement d'indemnités de l'assurance-chômage du fait de la cessation de ses activités pour la société F._____ Sàrl. L'audition de la recourante ou de témoins en vue d'établir les faits allégués en procédure - à savoir la cessation de l'exploitation du tea-room attendant à une station service, ainsi que de cette station service elle-même - n'est pas nécessaire, ces faits étant admis par le Tribunal.

Partant, le recours doit être rejeté sans autre mesure d'instruction, ce qui conduit à la confirmation de la décision attaquée. 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, la recourante n'obtenant pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA).

4. La recourante a été mise au bénéfice de l'assistance judiciaire, de sorte que les frais judiciaires, ainsi qu'une indemnité équitable au conseil juridique désigné d'office pour la procédure, seront supportés par le canton, provisoirement (art. 122 al. 1 let. a et b 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, applicable par renvoi de l'art. 18 al. 5 LPA-VD). Le Service juridique et législatif fixera les conditions de ce remboursement, en tenant compte des montants éventuellement payés à titre de franchise depuis le début de la procédure.

L'indemnité due au conseil d'office porte sur les opérations nécessaires à la conduite de la procédure elle-même, et qui entrent dans le cadre temporel fixé par la décision du juge instructeur, qui a accordé l'assistance judiciaire avec effet au 9 juin 2011. En l'occurrence, l'indemnité pour l'activité de Me Olivier Boschetti, comme avocat d'office,

doit être fixée à 1'855 francs. La liste des opérations du 14 novembre 2012 mentionne que cet avocat a passé 10 heures et 42 minutes pour la défense de la recourante. Les opérations mentionnées dans cette liste ne sont pas datées, mais elles comprennent selon toute vraisemblance le travail effectué pendant la procédure devant l'autorité intimée déjà, notamment en ce qui concerne les 14 correspondances adressées à l'assurée et les 3 correspondances adressées à la Caisse cantonale de chômage. A défaut, il faudrait de toute façon considérer qu'une partie de ces correspondances n'était pas nécessaire pour mener à bien le mandat d'office. Dès lors, une indemnité de 1'855 fr. (montant arrondi), comprenant 1'710 fr. d'honoraires, 100 fr. de débours et 144 fr. 80 de TVA, rémunère équitablement le travail de Me Boschetti comme avocat d'office (cf. en particulier art. 2 al. 1 let. a et al. 3, ainsi qu'art. 3 al. 2 et al. 3 RAJ [règlement du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire en matière civile, RS 211.02.3]).

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

- I. Le recours est rejeté.
- II. La décision sur opposition rendue le 9 mai 2011 par la Caisse cantonale de chômage est confirmée.
- III. L'indemnité d'office de Me Olivier Boschetti, conseil de la recourante, est arrêtée à 1'855 (mille huit cent cinquante-cinq) francs, 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 des frais judiciaires et de l'indemnité du conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

V. Il n'est pas perçu de frais de justice ni alloué de dépens.

Le président :

Le greffier :

Du

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

- Me Olivier Boschetti, avocat à Lausanne (pour A.D. _____)
- Caisse cantonale de chômage
- 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 :