

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 18 juillet 2019

Composition : Mme DI FERRO DEMIERRE, présidente
M. Neu et Mme Brélaz Braillard, juges
Greffier : M. Favez

Cause pendante entre :

A. _____, à [...], recourant,

et

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, DIVISION JURIDIQUE, à Lausanne,
intimé.

Art. 8 al. 1 et 31 al. 3 let. c LACI

E n f a i t :

A. A._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en 1964 a travaillé comme gérant de l'Auberge B._____ dès le 1^{er} janvier 2015. Il était inscrit au registre du commerce en qualité d'associé-gérant de la société Auberge B._____ Sàrl. Il a subi un accident le 26 juin 2017.

Le 1^{er} décembre 2017, l'Auberge B._____ Sàrl a résilié le contrat de travail de l'assuré pour le 31 janvier 2018. Ce dernier a perçu un salaire jusqu'au 31 mai 2018.

Par décision du 15 février 2018, le Service cantonal de la promotion économique et du commerce a annulé la licence « café-restaurant » de l'Auberge B._____.

L'assuré s'est inscrit à l'Office régional de placement d'U._____ (ci-après : l'ORP) et a sollicité l'octroi d'indemnités de chômage à partir du 1^{er} août 2018 auprès de la Caisse cantonale de chômage, agence de E._____ (ci-après : la Caisse ou l'intimée), indiquant avoir recouvré une capacité de travail de 20 %.

Il ressort du procès-verbal de l'assemblée extraordinaire des associés d'Auberge B._____ Sàrl établi par Me D._____, notaire à [...], le 5 juillet 2018, que l'assemblée a voté sa dissolution et désigné A._____ en qualité de liquidateur.

Par décision du 8 août 2018, la Caisse a dénié le droit de A._____ aux prestations de l'assurance-chômage, au motif que, selon les informations en sa possession, il était 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 et que, partant, il conservait un pouvoir décisionnel au sein de cette entreprise.

La liquidation de la société a été publiée à la Feuille officielle suisse du commerce du 10 août 2018 (Registre journalier n° 14371).

L'assuré a fait opposition à cette décision en date du 23 août 2018 par l'intermédiaire de son notaire. Il a invoqué que la société était en liquidation et que, sans activité, elle ne pouvait plus fournir d'emploi à son associé-gérant.

Par décision sur opposition du 21 septembre 2018, la Caisse a rejeté l'opposition formée par l'assuré et confirmé la décision attaquée. Elle a retenu que l'intéressé, en sa qualité d'organe d'Auberge B. _____ Sàrl en liquidation n'avait pas droit aux indemnités de chômage jusqu'à la radiation de l'inscription de la société au registre du commerce.

B. Par acte du 22 octobre 2018, A. _____ a recouru contre cette décision sur opposition auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant principalement à son annulation, son droit à l'indemnité de chômage lui étant reconnu depuis le 1^{er} août 2018.

Dans sa réponse du 26 novembre 2018, la Caisse a conclu au rejet du recours et à la confirmation de la décision entreprise.

Le 19 décembre 2018, l'assemblée générale d'Auberge B. _____ Sàrl en liquidation a requis la radiation de l'inscription de A. _____ au Registre du commerce.

Par réplique et duplique des 20 décembre 2018 et 14 janvier 2019, les parties ont maintenu leurs conclusions respectives.

La radiation de A. _____ en sa qualité de liquidateur a été publiée à la Feuille officielle suisse du commerce du 14 janvier 2019 (Registre journalier n° 827).

Les arguments des parties seront repris, dans la mesure utile, dans les considérants en droit ci-après.

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 porte sur le droit du recourant à des indemnités journalières de l'assurance-chômage à compter du 1^{er} août 2018, plus particulièrement sur le fait de savoir s'il occupait une position assimilable à un employeur dans la société Auberge B. _____ Sàrl en liquidation.

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 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 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_171/2012 du 11 avril 2013 consid. 6.3).

b) La jurisprudence précise encore qu'il n'est pas admissible de refuser, de façon générale, le droit à l'indemnité au seul motif que l'employé peut engager l'entreprise par sa signature et qu'il est inscrit au Registre du commerce. L'autorité ne doit pas se fonder de façon stricte sur la position formelle de l'organe à considérer, mais bien plutôt établir l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes. C'est donc la notion matérielle de l'organe dirigeant qui est déterminante, car c'est la seule façon de garantir que l'art. 31 al. 3 let. c LACI, qui vise à combattre les abus, remplisse son objectif (TF 8C_642/2015 du 6 septembre 2016 consid. 3.2). En particulier, 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 (TF 8C_1044/2008 du 13 février 2009 consid. 3.2.1).

La seule exception à ce principe que reconnaît le Tribunal fédéral concerne les personnes dont le pouvoir décisionnel résulte de la loi. Ainsi les membres du conseil d'administration d'une société anonyme ou les associés et les associés-gérants d'une société à responsabilité limitée sont réputés disposer d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI sans qu'il soit nécessaire de procéder à l'examen concret des responsabilités matérielles qu'ils exercent au sein de la société, fut-ce en ne disposant que d'une signature collective (ATF 122 V 270 consid. 3 ; TF 8C_171/2012 du 11 avril 2013 consid. 6.1 et les références citées ; 8C_515/2007 du 8 avril 2008 consid. 2.2 *in fine*). Dans ces cas, le droit est nié même si, dans les faits, les personnes concernées ne s'occupent pas des affaires de la société (TF 8C_776/2011 du 14 novembre 2012 consid. 3.3.1).

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 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 à des indemnités journalières de chômage (TF 8C_481/2010 du 15 février 2011 consid. 4.2 ; 8C_140/2010 du 12 octobre 2010 consid. 4.2 et les références citées).

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 (TF 8C_511/2014 du 19 août 2015 consid. 5.1 ; 8C_172/2013 du 23 janvier 2014 consid. 3.2 ; 8C_1016/2012 du 19 août 2013 consid. 4.3 et les références ; TFA C 355/00 du 28 mars 2001 consid. 3 *in* DTA 2001 p. 218),

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 notamment lieu de mentionner le cas de l'assuré qui exerce la fonction de liquidateur (TF 8C_738/2015 du 14 septembre 2016 consid. 3.1 ; TFA C 267/04 du 3 avril 2006 consid. 4.2 in DTA 2007 n° 6 p. 115).

d) De jurisprudence constante, le juge des assurances sociales apprécie la légalité des décisions attaquées d'après l'état de fait existant au moment où la décision litigieuse a été rendue. Les faits survenus postérieurement et ayant modifié cette situation doivent faire l'objet d'une nouvelle décision administrative (ATF 131 V 242 consid. 2.1 ; 121 V 362 consid. 1b ; TF 9C_719/2016 du 1^{er} mai 2017 consid. 2).

4. a) Le recourant prétend que sa situation réunit les conditions cumulatives pour l'octroi d'indemnités de chômage. Il considère en particulier que sa société a été valablement dissoute le 5 juillet 2018 et qu'à ce titre, elle n'avait plus d'activité depuis de nombreux mois et ne pouvait aucunement lui fournir un emploi ou toute forme de revenu. Il indique être resté associé gérant liquidateur afin de procéder aux formalités légales, précisant que sa « patente » avait également été radiée. Il considère avoir ainsi définitivement quitté l'entreprise depuis de nombreux mois, du fait de la cessation de toute activité et du fait de la décision de dissolution intervenue. Dans ces circonstances, il soutient ne plus détenir aucun pouvoir sur la société et que sa seule fonction de liquidateur ne fait pas, à elle seule, obstacle au droit à l'indemnité de chômage. L'exigence de radiation du registre du commerce serait en l'espèce excessive dans la mesure où les formalités comme l'appel aux créanciers ou les démarches fiscales prennent de nombreux mois. Il considère ainsi ne plus être en mesure de réactiver l'entreprise et d'être réengagé, hypothèse qui selon lui ne serait pas considérée comme un détournement de la loi par la jurisprudence.

L'intimée soutient quant à elle que le recourant n'a pas prouvé, au degré de la vraisemblance prépondérante, qu'il a définitivement quitté son ancienne société en raison de la liquidation de celle-ci. A cet égard, elle observe que la radiation du recourant au Registre du commerce a été requise au stade de la procédure judiciaire et que la situation doit s'apprécier à la date à laquelle la décision sur opposition entreprise a été rendue. Elle observe que le but de la société était « l'exploitation d'un ou plusieurs cafés, restaurants ou hôtels », ce qui permettait donc la poursuite de l'activité de la société indépendamment du sort spécifique de la licence de l'Auberge B._____. Elle relève aussi que le recourant n'a pas produit de document attestant la radiation de sa patente et qu'il a recouvré une capacité de travail de 20 % dès le 1^{er} août 2018. Dans ces circonstances, la jurisprudence en matière de pouvoir décisionnel du liquidateur était applicable au recourant, de sorte que son droit aux indemnités de chômage devait être dénié.

b) Force est de constater, à l'instar de l'intimée, que la décision sur opposition a été rendue le 21 septembre 2018, soit antérieurement à la réquisition de radiation adressée au Registre du commerce le 19 décembre 2018 et à sa publication à la Feuille officielle suisse du commerce le 14 janvier 2019. La situation doit être appréciée au moment du prononcé de la décision sur opposition et non d'après l'état de fait au moment de la clôture de l'instruction devant la Cour de céans. Or, le 21 septembre 2018, A._____ était encore inscrit au registre du commerce en qualité de liquidateur.

Dans la situation au 21 septembre 2018, le recourant était inscrit au Registre du commerce en qualité d'associée liquidateur avec signature individuelle. Le statut d'associé liquidateur succédant à celui de gérant d'une société à responsabilité limitée a pour effet de maintenir l'intéressé dans le cercle des personnes qui fixent les décisions de l'employeur ou les influencent de manière déterminante. De ce chef, il n'a pas droit à l'indemnité, ce que la jurisprudence a d'ailleurs déjà admis dans des affaires analogues concernant des liquidateurs (cf. consid. 3c *supra*). Il apparaît en l'occurrence qu'en sa qualité de liquidateur, le

recourant demeurerait chargé de la gestion et de la représentation de la société en liquidation, avec pouvoir d'accomplir tous les actes entrant dans le cadre du but de liquidation, y compris le cas échéant de nouvelles opérations, voire une réinscription. Au demeurant, la décision du 15 février 2018 du Service cantonal de la promotion économique et du commerce annulant la licence « café-restaurant » de l'Auberge B._____ n'est pas pertinente dans la mesure où comme le souligne à juste titre l'intimée dans sa réponse du 26 novembre 2018, le but social de la société Auberge B._____ Sàrl en liquidation n'empêche pas l'exploitation d'autres établissements.

c) En définitive, il y a lieu de confirmer que la Caisse était légitimée de refuser, par décision sur opposition du 21 septembre 2018, l'octroi d'indemnités de chômage au recourant à partir du 1^{er} août 2018. Dans sa duplique du 14 janvier 2019, la Caisse a précisé qu'il était loisible au recourant de solliciter l'ouverture d'un délai-cadre d'indemnisation une fois les documents pertinents en main de son agence ; il appartiendra au recourant de procéder de la sorte.

5. a) Le recours doit par conséquent être rejeté.

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 21 septembre 2018 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 :

- A. _____ (recourant),
- Caisse cantonale de chômage, Division juridique (intimée),
- 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 :