

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 24 janvier 2013

Présidence de M. NEU
Juges : Mmes Brélaz Braillard et Dessaux
Greffière : Mme Vuagniaux

Cause pendante entre :

X. _____, à Lausanne, recourant, représenté par Me Denis Weber, avocat
à Lausanne,

et

UNIA CAISSE DE CHÔMAGE, à Lausanne, intimée.

Art. 31 al. 3 let. c LACI; 4 al. 2, 34 al. 1 et 36 LADB; 26, 31 al. 1 et 32 RLADB

E n f a i t :

A. X._____, né en 1972, a sollicité les indemnités de l'assurance-chômage en s'annonçant à l'Office régional de placement de Lausanne le 1^{er} mai 2011 et en s'inscrivant auprès de Unia Caisse de Chômage, à Lausanne (ci-après : Unia).

X._____ a été employé par la société P._____ du 1^{er} mai 2010 au 30 avril 2011, en qualité de gérant du salon de jeux D._____. Il travaillait du mardi au vendredi de 17 h à 01 h, le samedi de 15 h à 01 h et le dimanche de 15 h à 19 h ou 01 h. Selon l'employeur, l'assuré a été licencié « conventionnellement » le 28 avril 2011 avec effet au 30 avril 2011 en raison de la baisse du chiffre d'affaires. Interpellé par Unia en ce qui concernait le non paiement du salaire du mois de mai 2011, X._____ a répondu qu'il renonçait à cette prétention salariale.

B. Selon l'extrait du Registre du canton de Vaud regroupant les licences d'établissement et les autorisations simples versé au dossier, X._____ est titulaire d'une autorisation d'exercer pour le salon de jeux D._____ et la société P._____ peut l'exploiter du 1^{er} janvier 2010 au 31 décembre 2014.

C. Le 4 janvier 2010, X._____ et P._____ ont convenu ce qui suit :

« D._____ prend à sa charge tous les frais d'écolage et d'examens pour les cours de M. X._____ auprès de GastroSocial, Société Vaudoise de cafetiers, pour l'obtention de la patente.

En contrepartie :

M. X._____ s'engage à laisser sa patente jusqu'au 31 décembre 2012, gratuitement, et sans aucune prétention, qu'il soit employé ou pas employé dans notre établissement ».

D. X._____ a été administrateur-secrétaire de la société P._____ du 15 janvier 2010 au 28 janvier 2011. Depuis cette dernière date, seul son père, [...], est administrateur de la société.

E. Par décision du 12 août 2011, Unia a nié le droit au chômage à X._____ au motif qu'il occupait une position assimilable à celle d'un employeur au sein du salon de jeux D._____.

Par décision sur opposition du 31 janvier 2012, Unia a rejeté l'opposition de l'assuré du 13 septembre 2011 en confirmant la position assimilable à celle d'un employeur et en constatant que l'intéressé ne pouvait pas justifier du versement de ses salaires pour une durée minimale de douze mois.

F. X._____ a recouru contre la décision sur opposition du 31 janvier 2012 par acte du 27 février 2012. Il a conclu, avec dépens pour les procédures d'opposition et de recours, au versement de l'indemnité de chômage dès le 1^{er} mai 2011.

E n d r o i t :

1. Interjeté dans le délai légal de trente jours dès la notification de la décision entreprise, le recours est déposé en temps utile (art. 60 al. 1 LPGA [loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales; RS 830.1]); il satisfait en outre aux autres conditions légales (art. 61 let. b LPGA), de sorte qu'il est recevable à la forme.

Le recourant demande l'octroi des prestations de l'assurance-chômage à partir du 1^{er} mai 2011. La valeur litigieuse étant ainsi supérieure à 30'000 fr., la cause est de la compétence de la Cour (art. 94 al. 1 let. a et al. 4 LPA-VD [loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative; RSV 173.36] applicable par renvoi de l'art. 83c al. 2 LOJV [loi vaudoise du 12 septembre 1979 d'organisation judiciaire; RSV 173.01]).

2. a) Le recourant soutient qu'il ne détient pas une position assimilable à celle d'un employeur au sein la société P._____ et qu'il justifie d'une période de cotisation de douze mois, de sorte qu'il a droit aux indemnités de l'assurance-chômage.

b) Selon l'art. 31 al. 3 let. c LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité; RS 837.0), 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; il en va de même des conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise.

D'après la jurisprudence (ATF 123 V 234), un travailleur qui jouit d'une situation professionnelle comparable à celle d'un employeur 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. 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. 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. 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'est agi avant tout de permettre le contrôle de la perte de travail du demandeur d'emploi, qui est 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 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 (ATF 123 V 234 c. 7b/bb; DTA 2004 p. 259; TFA 8C_134/2007 du 25 février 2008 c. 1; TFA C_65/04 du 29 juin 2004 c. 2; TFA C_279/00 du 9 mai 2001 c. 2a).

Lorsqu'il s'agit d'un membre du conseil d'administration ou d'un associé d'une Sàrl, l'inscription au registre du commerce constitue en règle générale le critère de délimitation décisif (TFA C_373/00 du 19 mars 2002, DTA 2002 c. 2b et c, p. 185; TFA C_353/05 du 4 octobre 2006 c. 2). L'analogie avec la réduction de l'horaire de travail réside dans le fait qu'une personne licenciée qui occupe une position décisionnelle peut, à tout moment, contribuer à décider de son propre réengagement, si bien que sa perte de travail ressemble potentiellement à une réduction de l'horaire de travail avec cessation momentanée d'activité (Rubin, Assurance-chômage, Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, Procédure, 2^e éd., Zurich 2006, p. 122).

Lorsque l'administration statue pour la première fois sur le droit à l'indemnité d'un chômeur, elle émet un pronostic quant à la réalisation des conditions prévues par l'art. 8 LACI. Aussi longtemps qu'une personne occupant une fonction dirigeante maintient des liens avec sa société, non seulement la perte de travail qu'elle subit est incontrôlable mais la possibilité subsiste qu'elle décide d'en poursuivre le but social (DTA 2002 p. 183; TFA C_37/02 du 22 novembre 2002). 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 (ATF 123 V 234) 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 (TFA C_163/04 du 29 août 2005 c. 2.2; DTA 2003 p. 242 c. 4).

c) Aux termes de l'art. 34 al. 1 LADB (loi vaudoise du 26 mars 2002 sur les auberges et les débits de boissons; RSV 935.31), la licence d'établissement comprend l'autorisation d'exploiter et l'autorisation d'exercer. Elle est accordée pour des locaux déterminés.

Les titulaires des autorisations d'exercer et d'exploiter répondent de la direction en fait de l'établissement (art. 36 LADB). Ils sont en tout temps, solidairement responsables en fait de l'exploitation de leur établissement. Ils répondent notamment du respect des dispositions légales fédérales, cantonales et communales relatives à l'exploitation des établissements (art. 31 al. 1 RLADB [règlement d'exécution du 9 décembre 2009 de la loi vaudoise du 26 mars 2002 sur les auberges et les débits de boissons; RSV 935.31.1]). Les titulaires de l'autorisation d'exercer, qui ne sont pas également exploitants, ou les titulaires d'autorisation simple au sens des art. 21 et 23 de la loi, doivent pouvoir démontrer qu'ils exercent une présence effective d'un tiers au moins d'une activité à temps complet dans l'établissement pour lequel ils ont obtenu une autorisation (art. 32 RLADB). La même personne ne pourra obtenir, au maximum, que trois autorisations d'exercer en même temps (art. 26 RLADB).

L'autorisation d'exercer est délivrée à la personne physique responsable de l'établissement (art. 4 al. 2 LADB). Celle-ci doit assurer une présence dans l'établissement pendant au moins le tiers de son temps afin de contrôler le respect des dispositions légales applicables à l'exploitation de l'établissement. En outre, son contrat de travail doit être conforme à la convention collective nationale de travail des cafetiers-restaurateurs. Une

occupation à titre bénévole n'est pas compatible avec la législation vaudoise qui interdit toute forme de prêt ou de location de la licence ou de l'autorisation d'exercer ou d'exploiter (CASSO ACH 92/08-4/2009 du 27 novembre 2008; CDAP PS.2004.0122 du 26 avril 2005).

d) En l'espèce, il est constant que le recourant n'est plus administrateur de la société P._____, elle-même titulaire de l'autorisation d'exploiter le salon de jeux D._____. En revanche, en sa qualité de titulaire de l'autorisation d'exercer, le recourant répond de la direction en fait du salon de jeux au même titre que son ancien employeur et est en tout temps, solidairement avec celui-ci, responsable en fait de l'exploitation de l'établissement. C'est la raison pour laquelle le recourant a l'obligation de par la loi – et quoi qu'en dise la convention du 4 janvier 2010 conclue entre lui et son ancien employeur – de justifier d'une présence rémunérée au sein du salon de jeux pendant au moins un tiers d'un temps complet, afin notamment de s'assurer du respect des dispositions légales fédérales, cantonales et communales relatives à l'exploitation de l'établissement. Dans cette position particulière, force est donc de constater qu'au moment où il a été statué sur son droit aux indemnités de chômage, le recourant n'avait pas rompu définitivement tout lien avec son ancien employeur et détenait encore un pouvoir de décision au sein de la société P._____. Le pronostic d'un risque d'abus, soit le fait que le recourant puisse en tout temps – sans que cela ne soit contrôlable – décider de son propre réengagement et ainsi faire valoir une cessation momentanée des rapports de travail par le biais des dispositions de l'indemnité de chômage au lieu de celles en matière de réduction de l'horaire de travail, est manifestement réalisé.

Il s'ensuit que le recourant n'a pas droit aux indemnités de l'assurance-chômage. Son recours doit par conséquent être rejeté et la décision entreprise confirmée par substitution de motifs.

3. 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 (art. 61 let. g LPGA).

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

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision attaquée est confirmée.
- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens.

Le président :

La greffière :

Du

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

- Me Denis Weber (pour X. _____)
- Unia Caisse 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).

La greffière :