

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 18 janvier 2019

Composition : Mme DI FERRO DEMIERRE, présidente
Mmes Brélaz Braillard et Durussel, juges
Greffière : Mme Chaboudez

Cause pendante entre :

D._____, à [...], recourante, représentée par Me Hüsnü Yilmaz, avocat à Lausanne,

et

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, à Lausanne, intimée.

Art. 8 al. 1 LACI

E n f a i t :

A. D. _____ (ci-après : l'assurée ou la recourante) a été engagée en octobre 2011 comme secrétaire-réceptionniste par la société I. _____ Sàrl. En date du 27 avril 2017, son employeur lui a signifié la résiliation de son contrat de travail à plein temps pour le 30 juin 2017 en raison d'une restructuration, tout en lui proposant de poursuivre son activité à 50 % à partir du 1^{er} juillet 2017, ce qu'elle a accepté. L'assurée s'est annoncée à l'Office régional de placement de [...] et a sollicité l'octroi d'indemnités de chômage à partir du 1^{er} juillet 2017 auprès de la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la Caisse ou l'intimée).

Par décision du 8 septembre 2017, la Caisse a décidé de ne pas donner suite à la demande d'indemnités présentée par l'assurée le 3 juillet 2017 au motif que son conjoint occupait une position assimilable à celle d'un employeur. Ce dernier était en effet inscrit au registre du commerce en tant qu'associé gérant de la société I. _____ Sàrl, avec signature collective à deux, de sorte qu'il bénéficiait d'un pouvoir décisionnel dans cette entreprise, ce qui excluait le droit de l'assurée de bénéficier de prestations de chômage.

L'assurée a fait opposition contre cette décision en date du 27 septembre 2017 par l'intermédiaire de son mandataire. Elle a invoqué que dans les faits, son mari ne prenait plus part à la vie de la société et que le seul fait qu'il détienne des parts dans la société n'avait eu aucune influence sur la marche des affaires, respectivement sur l'obligation de devoir réduire les charges et modifier le contrat de travail de l'assurée.

Par décision sur opposition du 25 octobre 2017, la Caisse a rejeté l'opposition formée par l'assurée et confirmé la décision attaquée. Elle a retenu que le conjoint de l'assurée, J. _____, avec lequel elle était toujours mariée, avait un pouvoir décisionnel découlant directement de la loi et qui était toujours actuel, compte tenu de sa position d'associé gérant, avec signature collective à deux, dans la société I. _____ Sàrl.

B. Par acte de son mandataire du 27 novembre 2017, D. _____ a recouru contre cette décision sur opposition auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant principalement à son annulation et au renvoi de la cause à la Caisse pour qu'elle détermine le début et le montant de ses indemnités journalières de l'assurance-chômage, subsidiairement, à l'annulation de la décision sur opposition et au renvoi du dossier à la Caisse pour complément d'instruction et nouvelle décision. Elle a allégué que son mari n'avait jamais été actif dans la gestion d'I. _____ Sàrl, dans la mesure où il était toujours sur le terrain avec les autres employés. Elle a produit notamment une lettre du 17 octobre 2017 et un courriel du 20 novembre 2017 d'A. _____, administrateur d'I. _____ Sàrl, qui attestait que J. _____ n'avait jamais bénéficié d'un droit de signature individuelle, qu'il avait résilié son contrat de travail pour le 31 décembre 2015 en raison de problèmes de santé, qui étaient pris en charge par l'assurance-invalidité. Il a précisé que les décisions étaient prises à la majorité absolue des voix, soit concrètement par B. _____ et lui-même, qui disposaient conjointement de la majorité des voix, que c'étaient eux exclusivement qui avaient décidé de la diminution du taux de travail de l'assurée, que son mari n'avait participé à aucune séance de la société depuis fin 2015 et n'aurait de toute façon pas pu s'opposer à cette décision puisque sa voix était minoritaire. Il a expliqué que les effectifs de la société avaient diminué de plus de 50 % depuis 2015 en raison d'une baisse drastique des affaires et qu'il était possible que le poste de l'assurée soit supprimé courant 2018. La recourante a reproché à la Caisse de n'avoir arbitrairement pas examiné les rapports internes au sein de la société pour juger de l'influence possible de son mari. Elle a requis la tenue d'une audience afin que son mari et A. _____ soient entendus.

Dans sa réponse du 29 janvier 2018, la Caisse a précisé qu'il n'y avait pas lieu de déterminer la possibilité effective pour un dirigeant d'influencer le processus de décision de l'entreprise dans le cas d'un associé gérant d'une société à responsabilité limitée, qui bénéficiait

collectivement d'un pouvoir déterminant, comme c'était le cas du mari de la recourante.

Par réplique du 20 avril 2018, la recourante a produit une attestation d'I._____ Sàrl du 29 mars 2018 indiquant que J._____ n'était plus associé gérant d'I._____ Sàrl et que sa signature avait été radiée du registre du commerce avec effet au 5 mars 2018. Il n'avait en outre touché aucune part du bénéfice depuis la fin de son contrat de travail.

Dans sa duplique du 14 mai 2018, la Caisse a fait savoir que la radiation de l'inscription au registre du commerce du mari de la recourante était intervenue postérieurement à la décision litigieuse, qui concernait l'inscription au chômage de l'assurée du 1^{er} juillet 2017. Rien n'empêchait toutefois la recourante de communiquer formellement ce nouvel élément à l'agence de [...] de la Caisse afin de solliciter l'ouverture d'un délai-cadre d'indemnisation dès le 9, voire le 6 mars 2018.

Dans sa détermination du 22 mai 2018, la recourante a maintenu ses conclusions.

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 de la recourante à des indemnités journalières de l'assurance-chômage à compter du 1^{er} juillet 2017, plus particulièrement sur le fait de savoir si son époux occupait une position assimilable à l'employeur dans la société I._____ 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 ; cela vaut aussi pour les conjoints de ces personnes qui sont occupés dans 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 (cf. 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'écarter 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 – pour lui-même ou son conjoint – 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 (Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, ad art. 10 n° 21 p. 98).

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 (cf. 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 (cf. 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 (TF 8C_171/2012 du 11 avril 2013 consid. 6.1 et références citées).

c) La situation est en revanche différente quand la personne 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 - respectivement son conjoint 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).

Lorsque le salarié - ou son conjoint - est membre d'un conseil d'administration ou 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). La radiation de l'inscription permet d'admettre sans équivoque que l'assuré a quitté la société (TF C 211/06 du 29 août 2007 consid. 2.1 et 2.3 et les références). Autrement, en effet, la possibilité demeure que celui-ci réactive l'entreprise et se fasse réengager. En fait, il suffit qu'une continuité des activités soit possible pour que le droit doive être nié en raison d'un risque de contournement de la loi (Boris Rubin, op. cit., ad art. 10 n° 32 p. 101). Cependant, si malgré le maintien de l'inscription au registre du commerce, l'assuré prouve qu'il ne possède effectivement plus ce pouvoir, il n'y a pas détournement de la loi (TF 8C_1016/2012 du 19 août 2013 consid. 4.3 et références citées).

4. L'argumentation de la recourante vise à établir que son mari, malgré son statut d'associé gérant, n'exerçait pas de pouvoir déterminant au sein d'I._____ Sàrl. Ce faisant, elle perd de vue qu'un risque d'abus en lien avec l'assurance-chômage est d'emblée réalisé en ce qui concerne les associés gérants d'une société à responsabilité limitée, ceux-ci disposant ex lege d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI et que, dès lors, la jurisprudence exclut leur droit et celui de leur conjoint à des prestations sans qu'il soit nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'ils exercent au sein de la société. Aussi, n'y a-t-il pas lieu de considérer que le risque d'abus est écarté du simple fait que J._____ n'est plus employé de la société I._____ Sàrl ou qu'il ne participe plus aux séances de gestion. Tant qu'il a été inscrit au registre du commerce comme associé gérant, il était toujours en mesure d'influencer de manière déterminante les décisions de l'employeur. Il n'est par ailleurs pas déterminant qu'il détenait peu de parts sociales, étant

donné que celles-ci, même minoritaires, lui permettaient d'exercer ses prérogatives d'associé gérant, notamment de participer aux processus de décisions et, a fortiori, de pouvoir influencer les décisions prises au nom de la société. Enfin, il n'est pas contesté que la recourante et J. _____ sont toujours mariés.

Force est de constater qu'au moment où la recourante a sollicité l'octroi d'indemnités de chômage ainsi que lorsque la Caisse a statué, J. _____ était encore inscrit au registre du commerce en tant qu'associé gérant d'I. _____ Sàrl. Cette inscription a finalement été radiée le 5 mars 2018. Ce n'est dès lors qu'à partir du 5 mars 2018 que J. _____ a définitivement rompu tout lien avec la société et qu'il n'était plus à même d'influencer les décisions de l'employeur. Dans la mesure où il appartient à la Cour de céans de statuer sur la base de l'état de fait tel qu'il se présentait au moment où la décision attaquée a été rendue (ATF 131 V 242 consid. 2.1 ; 121 V 362 consid. 1b ; TF 9C_719/2016 du 1^{er} mai 2017 consid. 2), il y a lieu de confirmer que la Caisse était légitimée de refuser, par décision sur opposition du 25 octobre 2017, l'octroi d'indemnités de chômage à la recourante à partir du 1^{er} juillet 2017. Dans sa duplique du 14 mai 2018, la Caisse a précisé qu'il était possible pour la recourante de solliciter l'ouverture d'un délai-cadre d'indemnisation à partir du 9, voire du 6 mars 2018 compte tenu de la radiation de son époux au registre du commerce.

5. Il n'y a pas lieu de procéder aux auditions de témoins requises. En effet, de telles mesures d'instruction ne modifieraient pas l'appréciation qui précède (appréciation anticipée des preuves, cf. ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 et 134 I 140 consid. 5.2 et les références).

6. 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 la recourante 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 25 octobre 2017 par la Caisse cantonale de chômage est confirmée.

- III. Il est statué sans frais ni dépens.

La présidente :

La greffière :

Du

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

- Me Hüsnü Yilmaz (pour la recourante),
- 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).

La greffière :