

Un recours en matière de droit public interjeté contre ce jugement a été rejeté par le Tribunal fédéral en date du 17 octobre 2016 (8C_163/2016)

200.2015.880.AC

APA/BEJ

Tribunal administratif du canton de Berne
Cour des affaires de langue française

Jugement du 22 janvier 2016

Droit des assurances sociales

C. Meyrat Neuhaus, présidente
M. Moeckli et C. Tissot, juges
A. Aprile, greffière



A. _____
recourant

contre

beco Economie bernoise, Caisse de chômage
Service spéciaux, Lagerhausweg 10, 3018 Berne

intimé

relatif à une décision sur opposition de ce dernier du 25 septembre 2015

En fait:

A.

A. _____, né en 1970, père de famille, a travaillé depuis le 1^{er} octobre 2007 en tant qu'employé dans les secteurs comptabilité et vente auprès d'une société active dans le domaine de l'achat, vente, promotion et administration d'immeubles et de services immobiliers dotée d'un capital social de Fr. 100'000.-, dont son épouse est présidente du conseil d'administration avec signature collective à deux (extrait du registre du commerce [RC], accessible en ligne à partir de www.zefix.admin.ch, dossier [dos.] Tribunal administratif [TA] et dos. beco Economie bernoise, Caisse de chômage du canton de Berne, [beco] 13). En raison d'une restructuration, la société a résilié le contrat de travail de cet employé le 28 avril 2015 avec effet au 31 juillet 2015 (dos. beco 17).

Le 3 août 2015, l'assuré a déposé une demande d'indemnités de chômage à partir du 1^{er} août 2015 auprès de beco.

B.

Par décision du 3 septembre 2015, beco a nié le droit de l'intéressé à des indemnités journalières à partir du 1^{er} août 2015 (dos. beco 6).

C.

Suite à l'opposition formée le 9 septembre 2015 par l'assuré contre la décision précitée, beco a confirmé le prononcé initial par décision sur opposition du 25 septembre 2015 (dos. beco 4).

D.

Par acte du 2 octobre 2015, l'intéressé a formé recours contre la décision sur opposition précitée, concluant implicitement à son annulation et à la reconnaissance de son droit à l'indemnité de chômage dès le 1^{er} août 2015.

Dans son mémoire de réponse du 2 novembre 2015, beco a conclu au rejet du recours.

En droit:

1.

1.1 La décision sur opposition du 25 septembre 2015 représente l'objet de la contestation ; elle ressortit au droit des assurances sociales et concerne le droit du recourant aux prestations de l'assurance-chômage (AC) à partir du 1^{er} août 2015. L'objet du litige porte sur l'annulation de ladite décision et le droit à des prestations de l'AC à partir du 1^{er} août 2015.

1.2 Interjeté en temps utile, dans les formes prescrites, auprès de l'autorité de recours compétente, par une partie disposant de la qualité pour recourir, le recours est recevable (art. 56 ss de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales [LPGA, RS 830.1]) et art. 74 ss de la loi cantonale du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives [LPJA, RSB 155.21]).

1.3 Le jugement de la cause incombe à la Cour des affaires de langue française du TA dans sa composition ordinaire de trois juges (art. 54 al. 1 let. c et 56 al. 1 de la loi cantonale du 11 juin 2009 sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public [LOJM, RSB 161.1]).

1.4 Le TA examine librement la décision contestée et n'est pas lié par les conclusions des parties (art. 61 let. c et d LPGA; art. 80 let. c ch. 1 et 84 al. 3 LPJA).

2.

Ainsi que le souligne le recourant, dans sa partie "considérants", la décision sur opposition contestée comporte des passages rédigés, ou traduits, dans un français maladroit. Ces passages sont toutefois complétés par une introduction (forme et faits) et un exposé de près de deux pages de dispositions légales et de directives en français courant et correct. Le recours démontre que le recourant, en dépit de ses remarques quant aux tournures de phrases et aux fautes que comporte la décision attaquée, a parfaitement compris les réflexions qui ont guidé l'autorité et sur lesquelles se fonde la décision. Du reste, même si le recourant mentionne que les tournures et les fautes rendent le contenu incompréhensible, il ne prétend pas que les points importants menant au prononcé ne figureraient pas dans la décision. Dès lors, dans la mesure où le recourant formule ses critiques dans le sens d'un grief de violation de son droit d'être entendu par le fait d'une motivation insuffisante, il ne peut être suivi (art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst., RS 101] et 49 al. 3 LPGA; ATF 136 I 229 c. 5.2, 124 V 180 c. 1a). A toutes fins utiles, on peut ajouter que l'éventuel défaut de motivation de la décision attaquée aurait en l'espèce été réparé. En effet, le recourant a usé de son droit de répliquer suite à l'exposé des motifs contenus dans la réponse de l'intimé et il n'en a subi aucun inconvénient (ATF 116 V 28 c. 4b, 107 la 1 c. 1). Dans sa réplique, il n'a d'ailleurs que confirmé ses précédentes écritures et a apporté des compléments sans relation avec les lacunes syntaxiques et grammaticales de la décision sur opposition.

3.

3.1 Conformément à l'art. 31 al. 1 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage (LACI, RS 837.0), les travailleurs dont la durée normale de travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (ci-après: IRHT) lorsqu'ils remplissent les conditions prévues aux let. a à d. Selon l'art. 31 al. 3 let. c LACI, n'ont pas droit à l'IRHT 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. L'art. 31 al. 3 let. c LACI a pour but d'éviter les abus (établissement des attestations nécessaires pour l'IRHT par l'assuré lui-même, établissement d'attestations de complaisance, impossibilité de contrôle de la perte de travail effective, participation à la décision ou à la responsabilité en cas d'introduction de la réduction de l'horaire de travail [ci-après: RHT] entre autres, en particulier en cas d'employeur occupant une fonction dirigeante et possédant une participation dans la société ou une participation au capital de l'entreprise; ATF 123 V 234 c. 7b/bb). Selon la jurisprudence, chez les employeurs pour lesquels la question se pose, en raison de leur participation à la gestion, de savoir s'ils appartiennent à l'organe décisionnel le plus élevé et si dans cette position ils disposent d'une influence décisive sur les décisions de l'entreprise, il convient d'examiner quel pouvoir de décision leur revient en fonction de la structure interne de l'entreprise. En règle générale, il n'est pas admissible de refuser le droit à l'indemnité à des employés exerçant des fonctions dirigeantes, au motif unique qu'ils sont autorisés à représenter l'entreprise par leur signature et qu'ils sont inscrits au registre du commerce. Lorsqu'en revanche un employeur agit en tant que membre du conseil d'administration, un pouvoir de décision déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LAI est reconnu ex lege, rendant superflues d'autres investigations quant à sa responsabilité concrète dans l'entreprise (ATF 123 V 234 c. 7a, 122 V 270 c. 3, SVR 2010 ALV n°9 c. 2). S'agissant du moment de la fin de la fonction d'organe d'une personne occupant une position assimilable à celle d'un employeur, il ne convient pas de se fier à la date de la radiation de l'inscription dans le RC. Conformément à la jurisprudence, il s'agit bien plus de se fonder, par analogie à la jurisprudence relative à l'art. 52 LAVS, sur le moment du retrait dans les faits, qui devient directement effectif (ATF 126 V 134 c. 5b; DTA 2008 p. 148 c. 3.2).

3.2 D'après la jurisprudence, l'art. 31 al. 3 let. c LACI doit être appliqué par analogie dans certains cas de figure aux personnes occupant une position assimilable à celle d'employeur qui prétendent des indemnités de

chômage, ainsi qu'à leurs conjoints (133 V 133 c. 2.4.2). La RHT ne consiste pas uniquement en une réduction du temps de travail quotidien, hebdomadaire ou mensuel, mais peut aussi consister dans le fait que l'exploitation (en cas de maintien du rapport de travail) soit mise totalement à l'arrêt pour un certain temps (RHT de 100%). Dans un tel cas, le salarié avec une position assimilable à celle d'un employeur ne peut prétendre aux prestations. Si toutefois le rapport de travail est résilié, il s'agit alors d'un chômage au sens propre et il existe en principe un droit à l'indemnisation aux conditions prévues aux art. 8 ss LACI. En cas de fermeture de l'entreprise, il ne peut s'agir de fraude à la loi, le retrait de l'employé concerné étant alors définitif. Tel est également le cas lorsque l'entreprise continue d'exister, mais que l'employé, lors du licenciement, perd définitivement la qualité qui le privait d'indemnité en cas de RHT sur la base de l'art. 31 al. 3 let. c LACI. Il en va différemment lorsque suite à la résiliation, le salarié conserve sa position assimilable à celle d'un employeur et qu'il peut ainsi continuer de fixer les décisions de l'employeur ou les influencer considérablement (ATF 123 V 234 c. 7b/bb). Cette jurisprudence ne vise pas seulement à parer à l'abus établi en soi, mais aussi et déjà au risque d'un tel abus, qui est inhérent au versement d'indemnités de chômage à des personnes ayant une position assimilable à celle d'employeur ou à leurs conjoints (DTA 2011 p. 239 c. 5.1; SVR 2007 ALV n° 21 c. 3.1).

4.

4.1 L'intimé a nié le droit à l'indemnité de chômage à partir du 1^{er} août 2015 à l'assuré, estimant que sa conjointe, par son inscription au RC en tant que présidente du conseil d'administration de la société ayant résilié le contrat de travail de ce dernier, occupait une position assimilable à celle d'un employeur au sein de celle-ci. Le recourant conteste cette argumentation en faisant valoir que certes son épouse est présidente du conseil d'administration de la société dans laquelle il travaillait, néanmoins elle n'a pas une position dominante et n'a, par ailleurs, pas participé à la séance au cours de laquelle la résiliation de son contrat de travail a été décidée, dans la mesure où elle était hospitalisée à ce moment-là.

4.2 En l'occurrence, il s'agit de déterminer dans le cas présent si l'intimé, en refusant au recourant le droit aux indemnités de chômage à partir du 1^{er} août 2015, a violé le droit.

4.3 En l'espèce, il ressort du RC que le conseil d'administration de l'entreprise en question est composé d'une présidente, qui est l'épouse du recourant, ainsi que de deux autres membres. Il est vrai que la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF) table sur la notion matérielle d'organe. Elle mentionne qu'il s'agit d'établir, pour retenir une position assimilable à celle d'un employeur, l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes, à savoir qu'il convient de déterminer quelle est la possibilité effective d'un dirigeant d'influencer le processus de décision de l'entreprise par la prise en compte des rapports internes existant dans celle-ci. Toutefois, il existe une exception au principe de l'examen en fonction des circonstances. Elle concerne les membres des conseils d'administration et autres organes de direction qui disposent ex lege et de façon contraignante d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI. C'est sans examen des circonstances particulières que les personnes en question sont d'emblée exclues du droit. Cela signifie que le droit est nié même si, dans les faits, la personne disposant ex lege d'un pouvoir décisionnel déterminant ne s'occupe pas des affaires de la société (TF 8C_776/2011 du 14 novembre 2012 c. 3.3). Cela vaut pour toutes les personnes morales, comme par exemple les sociétés commerciales (TF 8C_171/2012 du 11 avril 2013 c. 6.2; voir aussi les art. 716 ss du Code des obligations du 11 mars 1911 [CO, RS 220]; BORIS RUBIN, *Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage*, 2014, art. 10 n. 25). Dès lors, par sa seule fonction de présidente du conseil d'administration de la société dans laquelle travaillait le recourant, la conjointe de ce dernier doit être considérée comme disposant de par la loi d'un pouvoir dirigeant. Il découle de la jurisprudence précitée que dans ces circonstances point n'est besoin de déterminer plus concrètement les responsabilités matérielles qu'elle exerce au sein de la société. A noter que le fait qu'elle n'ait qu'une signature collective est plutôt une modalité de signature qu'une restriction de l'étendue des pouvoirs de représentation. La limitation ne concerne pas tant cette dernière, mais plutôt le fait de ne pas permettre qu'une personne agisse seule (TERCIER/AMSTUTZ, *Commentaire romand du Code des*

obligations II, 2008, art. 718a n. 21). Dès lors, en application de la jurisprudence du TF précitée, l'épouse du recourant par sa fonction au sein de l'entreprise se trouve dans une position assimilable à celle d'un employeur. Ainsi, peu importe en l'espèce qu'elle n'ait pas (directement) décidé de la résiliation du contrat de travail du recourant en raison de son absence. Ce qui importe est qu'elle peut décider, bien que de manière collective, du réengagement de celui-ci eu égard au fait que l'embauche de collaborateurs est en principe considérée comme un but social que le représentant (ici: représentation en commun moyennant la signature de deux personnes) est autorisé à effectuer au nom de la société (TERCIER/AMSTUTZ, op. cit., art. 718a n. 6). C'est donc à juste titre que l'intimé a retenu en l'espèce qu'en raison de sa position au sein de l'entreprise en question, l'épouse du recourant devait être considérée comme appartenant au cercle des personnes visées à l'art. 31 al. 3 LACI, sans plus ample examen de l'étendue et du mode de gestion interne de ladite société.

4.4 Le fait que l'épouse occupe une position analogue à celle d'un employeur auprès de l'entreprise qui a licencié le recourant ne suffit toutefois pas en soi pour fonder le refus du droit à l'indemnité de l'AC. En effet, le droit à l'indemnité de chômage ne peut en principe pas être nié lorsque le salarié, qui occupe une position assimilable à celle d'un employeur, quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci ou rompt définitivement tout lien avec l'entreprise qui continue d'exister (ATF 123 V 234 c. 7b/bb p. 238). Dans un cas comme dans l'autre, la situation ne présente plus aucun parallélisme avec une RHT (B. RUBIN, op. cit., art. 10 n. 29). En l'espèce, rien au dossier ne laisse supposer qu'une fermeture de l'entreprise dans laquelle l'épouse du recourant préside le conseil d'administration serait envisagée (point n'est dès lors besoin de préciser la notion de fermeture pour une société commerciale). En outre, la conjointe du recourant est toujours inscrite au RC en tant que présidente du conseil d'administration de la société. Dans les faits, un éventuel retrait de l'épouse de ses fonctions d'organe de l'entreprise ne ressort pas du dossier et n'a par ailleurs pas été allégué. Le fait qu'elle souffre de problèmes de santé ne permet pas à lui seul d'arriver à une autre conclusion. Ainsi, il découle de ce qui précède que la conjointe

du recourant occupe bien toujours une fonction dirigeante auprès de la société, qui continue d'exister. L'épouse du recourant serait donc à même de le réengager ou, du moins, d'influencer une décision dans ce sens. Les liens du recourant (et de son épouse) avec l'ancien employeur ne sont pas rompus. Un risque d'abus ne peut être exclu au sens de la jurisprudence précitée.

4.5 Dans ces circonstances, une hypothèse pourrait encore permettre au recourant d'échapper à la négation de son droit à des indemnités de chômage. En effet, une personne occupant une position assimilable à celle d'un employeur qui a travaillé pendant au moins six mois dans une entreprise tierce et y perd son emploi peut prétendre des indemnités de chômage, en dépit du maintien de la position assimilable à celle d'un employeur au sein de la première entreprise. Si toutefois la personne assurée travaille en premier lieu dans une entreprise tierce puis dans une entreprise dans laquelle elle occupe une position assimilable à celle d'un employeur et qu'elle y perd son emploi, il n'existe pas de droit à l'indemnité de chômage (DTA 2006 p. 232 c. 2.4 et 2.5). Lorsque le travailleur est congédié par une entreprise tierce (entreprise dans laquelle il n'a pas le statut de dirigeant – ou conjoint de dirigeant) et que la durée de travail dans l'entreprise tierce a duré six mois au minimum, on part du principe que le rapport de travail ouvrant le droit était normal et non destiné à masquer une RHT (TF C 263/02 du 24 juin 2003; B. RUBIN, op. cit., art. 10 n. 35). Les personnes qui occupent une position assimilable à celles d'un employeur sans que leur situation ne ressemble à une RHT potentielle ne peuvent toutefois obtenir l'indemnité de chômage que si elles sont aptes au placement, à savoir susceptibles d'accepter une activité salariée (DTA 2000 p. 72 c. 3; B. RUBIN, op. cit., art. 10 n. 36). En l'espèce, le recourant n'a pas conclu un contrat de travail avec une société autre que celle auprès de laquelle sa conjointe occupe une position analogue à celle d'un employeur depuis la résiliation de ses rapports contractuels. Par conséquent, la demande d'indemnités de l'AC de l'intéressé fait bien suite à celle-ci. Ainsi, l'on ne saurait retenir une rupture des liens entre le recourant et la société au sein de laquelle son épouse occupe une position assimilable à celle d'un employeur. De ce fait, un risque de contournement

de l'art. 31 al. 1 let. c LACI ne saurait être exclu au regard des circonstances du cas d'espèce.

4.6 Finalement, l'argument du recourant selon lequel il aurait droit à l'indemnité de chômage dans la mesure où il a payé d'importants montants à titre de cotisations à l'AC ne saurait être retenu. Le simple fait pour le recourant d'avoir payé des cotisations n'implique pas un droit aux prestations de l'AC, encore faut-il remplir les conditions justifiant un tel droit. Or, selon la jurisprudence bien établie examinée ci-dessus, tel n'est pas le cas pour les personnes qui, malgré le fait qu'elles aient cotisé à l'AC sur la base d'un statut de travailleur dépendant, n'ont pas coupé tout lien avec l'entreprise qui a résilié leur contrat par un emploi dans une entreprise tierce pour six mois au moins et qui, en raison du pouvoir décisionnel de leur conjoint, seraient en mesure de se faire engager une nouvelle fois par leur ancien employeur. Sans cette restriction, elles pourraient bénéficier abusivement de l'indemnité de chômage car elles seraient en mesure d'influer sur la décision concernant l'étendue ainsi que de la durée de leur perte de travail.

Les principes posés par cette jurisprudence sont certes souvent mal compris. Ils ont pourtant été jugés compatibles avec divers principes généraux du droit ainsi que divers droits fondamentaux (TF 8C_608/2007 du 9 juin 2008 c. 7.1 et 7.2: compatibilité avec la liberté économique et la garantie de la propriété de même qu'avec le principe d'égalité de traitement et la protection contre l'arbitraire et de la bonne foi; TF C 216/05 du 16 août 2006 c. 2.3: compatibilité avec les principes de la légalité, de la réserve de la loi, de la protection de la sphère privée, du droit au mariage et de la famille). Il faut garder à l'esprit que si la jurisprudence ici concernée restreint le droit à l'indemnité de chômage des personnes occupant une position assimilable à celle d'un employeur (ainsi que de leur conjoint) eu égard aux risques d'abus, ces assurés ne sont pas pour autant totalement exclus de la protection de l'AC s'ils abandonnent définitivement toutes les caractéristiques qui les privent de leurs droits au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI et remplissent les conditions (générales) du droit aux indemnités de l'art. 8 LACI. En cela, la situation de ces assurés est différente de celle des travailleurs indépendants qui ne sont pas soumis à l'obligation de cotiser à

l'AC. Il faut en outre relever que l'obligation de cotiser à l'AC ne saurait être remise en cause après coup, dans les situations où le droit est nié par application de l'ATF 123 V 234 (DTA 2005 p. 201; B. RUBIN, op. cit., art. 10 n. 18).

4.7 Il résulte de ce qui précède qu'en refusant au recourant le droit aux indemnités de chômage à partir du 1^{er} août 2015, l'intimé n'a pas violé le droit. Il a en tout point appliqué la réglementation ancrée dans la LACI, développée par la jurisprudence constante du TF, de façon conforme aux principes et droits constitutionnels.

5.

5.1 Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté.

5.2 Il n'y a pas lieu de percevoir de frais de procédure, ni d'allouer de dépens au recourant, qui succombe (art. 61 let. a et g LPGA).

Par ces motifs:

1. Le recours est rejeté.

2. Il n'est pas perçu de frais de procédure, ni alloué de dépens.

3. Le présent jugement est notifié (R):

- au recourant,
- à l'intimé,
- à beco Economie bernoise, Service de l'emploi, Service juridique,
Lagerhausweg 10, case postale 730, 3018 Berne,
- au Secrétariat d'Etat à l'économie (seco).

La présidente:

La greffière:

Voie de recours

Dans les 30 jours dès la notification écrite de ses considérants, le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, au sens des art. 39 ss, 82 ss et 90 ss de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110).