

200.2020.409.AC

N° AVS
BEP/REN

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

Jugement du 21 avril 2021

Droit des assurances sociales

C. Meyrat Neuhaus, présidente
M. Moeckli et C. Tissot, juges
Ph. Berberat, greffier

A. _____

recourant

contre

UNIA Cassa Disoccupazione / Unia Caisse de chômage

Centro di competenze regionale

Piazza G. Buffi 6, casella postale 1217, 6500 Bellinzona

intimée

relatif à une décision sur opposition de cette dernière du 29 avril 2020



En fait:

A.

A. _____, né en 1971, titulaire d'un permis d'établissement et père de famille, a travaillé depuis le 1^{er} juin 2015 comme cuisinier dans le restaurant exploité par la société B. _____ Sàrl, dont il était associé à raison d'un tiers des parts sociales et gérant avec signature individuelle (voir l'extrait du registre du commerce disponible sur le site internet www.zefix.admin.ch). Après un courrier d'avertissement adressé le 24 juin 2019 à l'intéressé, signé par l'autre associé et gérant de B. _____ Sàrl, son contrat de travail a été résilié avec effet immédiat par lettre du 9 juillet 2019.

Le 5 septembre 2019, l'assuré s'est inscrit auprès de l'Office régional de placement (ORP) de C. _____ en vue du placement et a déposé le 23 septembre 2019 une demande d'indemnité de chômage auprès de la Caisse de chômage UNIA (dossier [dos.] UNIA 177 ss et 196 ss).

B.

Par décision du 18 décembre 2019, la Caisse de chômage UNIA a nié à l'assuré le droit à l'indemnité de chômage au motif qu'il occupait, en tant qu'associé-gérant inscrit au registre du commerce de la société B. _____ Sàrl, une position analogue à celle d'un employeur.

C.

Suite à l'opposition formée le 31 janvier 2020 par l'assuré contre la décision précitée, après avoir requis des informations complémentaires auprès de l'opposant et de la fiduciaire de son ancien employeur, la Caisse de chômage UNIA a confirmé le prononcé initial par décision sur opposition du 29 avril 2020.

D.

Par acte du 29 mai, complété les 3 et 10 juin 2020, l'assuré a recouru auprès du Tribunal administratif du canton de Berne contre la décision sur opposition du 29 avril 2020 précitée, concluant, sous suite de frais et dépens, à son annulation et au renvoi de la cause à l'autorité compétente pour qu'elle lui octroie dans une nouvelle décision les indemnités auxquelles il a droit. Dans son mémoire de réponse du 16 juin 2020, la Caisse de chômage UNIA conclut au rejet du recours et à la confirmation de la décision sur opposition du 29 avril 2020.

En droit:

1.

1.1 La décision sur opposition du 29 avril 2020 représente l'objet de la contestation; elle ressortit au droit des assurances sociales et confirme la décision du 18 décembre 2019 qui nie le droit du recourant à l'indemnité de chômage. L'objet du litige porte sur l'annulation de ladite décision sur opposition et l'octroi de prestations de l'assurance-chômage.

1.2 Interjeté en temps utile, dans les formes prescrites, auprès de l'autorité de recours compétente et 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]). La conclusion du recourant visant l'annulation pour vices de forme du prononcé contesté, et non le constat de sa nullité (à raison: ATF 143 V 66 c. 4.2), ne fait pas obstacle à la recevabilité du recours (a contrario, en cas de nullité: ATF 129 V 485 c. 2.3; RCC 1986 p. 568 c. 4).

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.

Le recourant invoque tout d'abord que la décision sur opposition contestée est entachée de vices formels et devrait d'emblée être annulée pour cause de défaut de compétence de la succursale de Bellinzone de l'intimée, qui l'a rendue en langue italienne au lieu du français, alors que lui-même est domicilié à C._____. Cet argument ne peut être suivi. Comme la juge instructrice l'a déjà relevé dans son ordonnance du 3 juin 2020, la Caisse de chômage UNIA n'est pas une caisse publique cantonale et elle n'est dès lors pas soumise à la LPJA. L'organisation d'une caisse de chômage privée agréée, d'importance nationale, telle l'intimée (art. 78 al. 1 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité [LACI, RS 837.0]), et la répartition du travail entre ses différents centres de compétence ne relèvent pas des règles de for applicables aux autorités étatiques. Le fait que la décision sur opposition contestée ait été rédigée en italien ne remet pas non plus en cause sa validité. C'est tout au plus à l'autorité judiciaire compétente de décider s'il y a lieu d'exiger une traduction de l'acte attaqué ou d'autres pièces figurant au dossier administratif. Le recourant ne peut donc se prévaloir d'aucun motif formel susceptible de justifier l'annulation cassatoire de la décision sur opposition attaquée. Par ailleurs, il faut souligner que si l'intimée a correspondu en italien avec le recourant au cours de la procédure administrative, c'est manifestement dans le but de lui rendre service, dans la mesure où lui aussi a adressé sa correspondance à l'intimée dans cette langue, qui est sa langue maternelle. Le recourant ne saurait par conséquent faire valoir quelque désavantage que ce soit qui serait résulté en sa défaveur de l'usage de l'italien par l'intimée à son égard.

3.

3.1 Conformément à l'art. 31 al. 1 LACI, 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: indemnité RHT) 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'indemnité RHT 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 occupées dans l'entreprise. L'art. 31 al. 3 let. c LACI a pour but d'éviter les abus (établissement des attestations nécessaires pour l'indemnité RHT 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 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 ou en tant qu'associé d'une Sàrl, un pouvoir de décision déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI est reconnu ex lege, rendant superflues d'autres investigations quant à sa responsabilité concrète dans l'entreprise (ATF 145 V 200 c. 4.2, 123 V 234 c. 7a, 122 V 270 c. 3, DTA 2018 p. 100 c. 3.2 et c. 5.1). 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

registre du commerce. Conformément à la jurisprudence, il s'agit bien plus de se fonder, par analogie à la jurisprudence relative à l'art. 52 de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS, RS 831.10), sur le moment du retrait dans les faits, qui devient directement effectif (ATF 126 V 134 c. 5b; DTA 2018 p. 171 c. 6.3).

3.2 D'après la jurisprudence constante, 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 (ATF 145 V 200 c. 4.1, 133 V 133 c. 2.4.2). La réduction de l'horaire de travail 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 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'un employeur ou à leurs conjoints (ATF 142 V 263 c. 4.1 et 5.3; DTA 2011 p. 239 c. 5.1; SVR 2007 ALV n° 21 c. 3.1).

3.3 Selon le principe de la libre appréciation des preuves, le juge des assurances sociales doit, quelle que soit leur provenance, examiner l'ensemble des moyens de preuve de manière objective et décider s'ils permettent de trancher la question des droits litigieux de manière sûre (ATF

143 V 124 c. 2.2.2, 125 V 351 c. 3a). L'administration en tant qu'autorité de décision et le juge, en cas de recours, ne peuvent considérer un fait comme établi que lorsqu'ils sont convaincus de son existence. En droit des assurances sociales, pour autant que la loi n'en dispose pas autrement, le juge doit fonder sa décision sur les faits qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. La simple possibilité de l'existence d'un fait ne suffit pas. Le juge doit bien plus retenir les éléments qui, parmi les faits possibles, lui paraissent les plus probables (ATF 144 V 427 c. 3.2). Le juge des assurances sociales apprécie la légalité des décisions attaquées, en règle générale, d'après l'état de fait existant au moment où la décision litigieuse a été rendue. Les faits survenus postérieurement et qui ont modifié cette situation doivent normalement faire l'objet d'une nouvelle décision administrative (ATF 131 V 242 c. 2.1, 130 V 138 c. 2.1).

4.

4.1 L'intimée a nié le droit du recourant à l'indemnité de chômage en considérant que même en admettant que le versement effectif de son salaire est établi, au moment de la décision sur opposition, il était toujours inscrit au registre du commerce comme associé gérant de la société B._____ Sàrl et y participait financièrement. Dès lors, l'intimée a estimé qu'il disposait de par la loi de pouvoirs qui excluent un droit aux indemnités journalières de l'assurance-chômage, du fait qu'il occupait une position assimilable à celle d'un employeur et que ces circonstances ne permettaient pas une indemnisation.

4.2 Le recourant fait quant à lui valoir que c'est à tort que l'intimée a retenu qu'il avait une position assimilable à celle d'un employeur. Il invoque que malgré son statut de gérant figurant au registre du commerce, il n'a jamais été en mesure d'engager ou de gérer du personnel au vu de sa participation minoritaire et que l'autre seul associé, majoritaire, directeur de la société, D._____, l'en a toujours empêché, le réduisant au statut de simple employé. Le recourant ajoute qu'entre-temps, il a abandonné son statut de gérant, mais que D._____ a refusé de lui racheter ses parts, l'obligeant à rester associé.

5.

5.1

5.1.1 En l'espèce, il ressort du registre du commerce que la société B._____ Sàrl a été inscrite le [...] février 2015 avec un capital de Fr. 21'000.- divisé en 21 parts sociales de Fr. 1'000.-. Au moment de son inscription, elle était composée de deux associés et gérants, le recourant et E._____, ainsi que d'un associé et président de l'organe de gestion, D._____, les trois disposant de la signature individuelle et ayant chacun un tiers des parts sociales (soit chacun 7 parts de Fr. 1'000.-). Par acte du [...] janvier 2017, publié dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) le [...] janvier 2017, l'associé et gérant E._____ a été radié au registre du commerce et ses parts ont été reprises par D._____, qui a alors détenu deux tiers des parts sociales et est devenu associé et président des gérants avec signature individuelle.

5.1.2 Au vu du dossier, le recourant a été engagé comme cuisinier à partir du 1^{er} juin 2015 par contrat de travail du 25 mai 2015 signé par D._____. D'après ses fiches de salaire, il percevait un revenu mensuel net (y compris 13^e salaire) ayant varié entre Fr. 5'854,45 (décembre 2018) et Fr. 5'191,15 (avril 2019; voir pièces justificatives [p.j.] recourant), qu'il recevait en liquide. Il ressort également du dossier qu'en 2019, le recourant s'était inscrit à des examens à F._____ pour obtenir la patente de restaurateur, qui se sont déroulés entre le 20 mai et le 17 juin 2019 (dos. UNIA 165 ss). En vue de se préparer à ces examens, le recourant ne s'est plus rendu à son lieu de travail après Pâques. Par courrier du 28 mai 2019, D._____ a averti le recourant qu'il n'allait pas recevoir son salaire de mai, pour cause d'absence injustifiée à son lieu de travail. Un avertissement lui a ensuite été envoyé par lettre recommandée du 24 juin 2019, le rendant attentif qu'il n'était plus venu travailler depuis Pâques et que s'il ne retournait pas immédiatement au travail, son contrat allait être résilié avec effet immédiat (dos. UNIA 207). Sur ces entrefaites, l'avocat mandaté par le recourant a, en date du 5 juillet 2019, mis D._____ en demeure de payer les salaires échus et proposé à ce dernier une résiliation à l'amiable des rapports de travail avec un rachat par D._____ des parts sociales du recourant (dos. UNIA 161). Par courrier du 9 juillet 2019

signé par D._____, le recourant a été licencié avec effet immédiat (dos. UNIA 160).

5.1.3 Un contentieux entre le recourant et D._____ s'en est suivi, par l'entremise de leurs avocats respectifs. Il apparaît que les parties ne sont pas parvenues à s'entendre sur la reprise des parts sociales du recourant (dos. UNIA 151 ss). Sur demande de l'intimée, l'avocat du recourant a déclaré, par courrier du 6 décembre 2019, que son client avait été évincé sans droit de la société B._____ Sàrl et qu'il n'avait plus aucune implication dans ladite société (dos. UNIA 90). Lors de l'assemblée extraordinaire des associés de B._____ Sàrl tenue le 3 juin 2020, dont le procès-verbal a été produit par le recourant à l'appui de son recours, ce dernier a été révoqué comme gérant de la société B._____ Sàrl. La modification correspondante a été inscrite au registre du commerce le [...] juin 2020 et publiée dans la FOOSC le [...] juin 2020.

5.2 Au vu de ce qui précède, il faut retenir que du [...] février 2015 jusqu'au [...] juin 2020, le recourant était inscrit au registre du commerce en tant qu'associé et gérant de B._____ Sàrl avec signature individuelle. En vertu de la jurisprudence précitée (voir ci-dessus c. 2.1), par sa seule fonction d'associé (indépendamment de ses attributions de gérant) au sein de la société B._____ Sàrl dans laquelle il travaillait, le recourant doit être considéré comme disposant de par la loi d'un pouvoir dirigeant, sans qu'il soit nécessaire d'entreprendre d'autres investigations quant à sa responsabilité concrète dans l'entreprise. Le Tribunal fédéral (TF) applique strictement cette pratique et a eu l'occasion de la confirmer une nouvelle fois dans un récent arrêt du 22 décembre 2020 (TF 8C_384/2020 c. 3.1). Dès lors, il faut admettre que pour la période en question, le recourant se trouvait bien dans une position assimilable à celle d'un employeur. A cet égard, on relèvera encore que l'argument du recourant, selon lequel il avait été engagé et licencié par D._____ et qu'il n'avait jamais eu un pouvoir de décision au sein de l'entreprise en raison de sa participation minoritaire, ne peut influencer en sa faveur sur l'issue de la présente procédure. Dans un arrêt de principe (ATF 145 V 200), le TF a en effet rappelé que le risque d'abus ne saurait être lié au taux de participation, dans la mesure où cela créerait un traitement privilégié injustifié des associés minoritaires d'une

Sàrl, qui ne correspondrait pas à la possibilité d'influence sur la société qui est réglementée légalement (art. 809 ss du Code des obligations du 30 mars 1911 [CO, RS 220]). En effet, en vertu des dispositions régissant l'organisation d'une Sàrl et les droits individuels de chaque associé, un associé, même minoritaire, peut continuer à exercer une influence considérable sur la Sàrl, telle que, par exemple, la possibilité de requérir auprès du tribunal compétent le retrait ou la restriction du pouvoir de gestion et de représentation d'un gérant, s'il existe un motif valable pour ce faire (art. 815 al. 2 CO). Au surplus, il faut souligner encore qu'un revirement de jurisprudence est soumis à des exigences strictes. Il peut notamment se justifier lorsqu'il apparaît que les circonstances ou les conceptions juridiques ont évolué ou qu'une autre pratique respecterait mieux la volonté du législateur. Si les conditions mises à un changement de jurisprudence ne sont pas remplies, la pratique en vigueur doit être maintenue (ATF 145 V 200 précité c. 4.5.3). Tel est le cas en l'occurrence.

5.3 Cela étant, le fait que le recourant ait occupé une position analogue à celle d'un employeur au sein de B._____ Sàrl n'exclut pas définitivement le droit à l'indemnité de chômage. En effet, celui-ci 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 cette dernière ou rompt tout lien avec elle, même si elle continue d'exister, perdant ainsi la qualité qui le privait d'indemnité en cas de RHT sur la base de l'art. 31 al. 3 let. c LACI (voir ci-dessus c. 3.2). S'agissant du moment de la fin de la fonction d'organe de la 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 au registre du commerce, mais sur le moment du retrait dans les faits. En l'occurrence, au vu des échanges de courriers entre les avocats du recourant et de D._____ figurant au dossier, on constate effectivement que les relations entre le recourant et son coassocié se sont gravement détériorées à la suite de la résiliation du contrat de travail du recourant, raison pour laquelle ce dernier a rapidement manifesté sa volonté de renoncer à sa position de gérant, de sortir de la société et de vendre ses parts sociales à D._____ (dos. UNIA 151 et 161). Les pourparlers entre les prénommés en vue du rachat des parts sociales du recourant sont toutefois restés

infructueux, comme l'atteste le courrier de l'avocat de D. _____ du 9 juin 2020. Au vu de ces éléments, il faut reconnaître que les relations entre les deux coassociés étaient très tendues et que la communication entre eux a pu s'avérer difficile. Nonobstant, ces éléments ne suffisent pas pour exclure l'application de la pratique jurisprudentielle stricte précitée. En effet, il n'apparaît pas que le recourant n'avait plus aucune possibilité d'exercer une influence sur la marche de la société, dans la mesure où il n'a pas poursuivi d'autres démarches pour vendre ses parts à un tiers, voire y renoncer ou pour liquider la société ou démettre son coassocié de sa position. Dans ce contexte, il n'est pas déterminant de savoir s'il a effectivement entrepris de telles démarches, mais bien s'il aurait eu la possibilité de le faire. Ne l'ayant pas fait jusqu'au moment où la décision sur opposition contestée a été rendue, il faut conclure que le recourant était encore en mesure d'influencer les décisions de son ancien employeur, bien qu'il ait perdu sa qualité de gérant, mais pas celle d'associé, en juin 2020. Dès lors, un risque de contournement des conditions de l'art. 31 al. 1 let. c LACI ne saurait être exclu au regard des circonstances du cas d'espèce.

5.4 En conséquence, l'intimée n'a pas violé le droit en considérant que le recourant occupait une position assimilable à celle d'un employeur et en niant de ce fait son droit aux prestations de l'assurance-chômage.

6.

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

4.2 Il n'y a pas lieu de percevoir de frais de procédure, ni d'allouer de dépens au recourant, qui n'obtient pas gain de cause (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'intimée,
 - à l'Office de l'assurance-chômage du canton de Berne (OAC)
Lagerhausweg 10, 3018 Berne,
 - au Secrétariat d'Etat à l'économie (seco).

La présidente:

Le greffier:

Voie de recours

Dans les 30 jours dès la notification 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).