

**200.2023.140.AC**

N° bénéficiaire

N° AVS

BCE/EGC

## **Tribunal administratif du canton de Berne**

Cour des affaires de langue française

### **Jugement du 1<sup>er</sup> novembre 2023**

Droit des assurances sociales

G. Niederer, président

A.-F. Boillat et G. Zürcher, juges

C. Wagnon-Berger, greffière

**A.** \_\_\_\_\_  
représenté par Me B. \_\_\_\_\_

recourant

contre

**Office de l'assurance-chômage (OAC)**

Service juridique, Lagerhausweg 10, case postale, 3018 Berne

intimé

relatif à une décision sur opposition de ce dernier du 26 janvier 2023



**En fait:**

**A.**

A. \_\_\_\_\_, né en 1962, a travaillé depuis le 1<sup>er</sup> août 2001 en qualité de "Senior Sales & Development Manager" au sein d'une entreprise active dans la commercialisation de produits relevant de l'horlogerie. En date du 30 septembre 2020, l'employeur de l'intéressé a résilié le contrat de travail pour le 31 décembre 2020. Le même jour, les modalités de fin de rapports de travail ont été réglées par convention. Dans ce contexte, les parties ont notamment prévu le versement à l'assuré d'une indemnité rémunératrice d'une clause de non-concurrence. L'intéressé a commencé, le 1<sup>er</sup> janvier 2021, une activité indépendante, sous la forme d'une entreprise individuelle. Le 31 août 2022, il s'est inscrit auprès de la caisse de chômage du canton de Berne pour faire valoir son droit à l'indemnité de chômage (IC) à partir du 8 août 2022. Par décision du 12 septembre 2022, la caisse de chômage a nié le droit de l'assuré à l'IC, en retenant que ce dernier ne remplissait pas les conditions relatives à la période de cotisation ou celles permettant d'en être libérées. L'intéressé, représenté par une mandataire professionnelle, a formé opposition, le 13 octobre 2022, contre la décision précitée.

**B.**

Par décision sur opposition du 26 janvier 2023 et après avoir requis des informations complémentaires, l'office de l'assurance-chômage du canton de Berne (OAC), par son service juridique, a rejeté l'opposition du 13 octobre 2022, au motif que l'assuré exerçait une fonction dirigeante au sein de l'entreprise individuelle qu'il avait créée le 1<sup>er</sup> janvier 2021 et qu'il n'avait pas mis un terme à celle-ci.

## C.

Le 24 février 2023, l'assuré, toujours représenté, a interjeté recours auprès du Tribunal administratif du canton de Berne (TA), en retenant les conclusions suivantes:

### "Préalablement

1. Déclarer le présent recours recevable;
2. Annuler la décision du 26 janvier 2023;

### Principalement

3. Reconnaître à Monsieur A. \_\_\_\_\_ le droit à une indemnité de chômage pleine et entière à partir du 8 août 2022;
4. Reconnaître à Monsieur A. \_\_\_\_\_ le droit à 520 indemnités journalières;

### Subsidiairement

5. Reconnaître à Monsieur A. \_\_\_\_\_ le droit à une indemnité de chômage pleine et entière à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2023 considérant qu'il a exercé, sans l'aide de l'assurance-chômage, une activité d'indépendant sans interruption du 1<sup>er</sup> janvier 2021 au 31 décembre 2022 et que son délai-cadre a été prolongé jusqu'au 31 décembre 2022 conformément à l'art. 9a al. 2 LACI;
6. Reconnaître à Monsieur A. \_\_\_\_\_ le droit à 520 indemnités journalières;

### Encore plus subsidiairement

7. Reconnaître à Monsieur A. \_\_\_\_\_ le droit à une indemnité de chômage pleine et entière à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2023 considérant qu'en vertu du contrat de travail du 30 septembre 2020, le recourant a été employé à 100% au sein du département vente [d'une entreprise] du 1<sup>er</sup> janvier 2021 au 31 décembre 2022.
8. Reconnaître à Monsieur A. \_\_\_\_\_ le droit à 520 indemnités journalières.

### En tout état de cause

9. Avec suite de frais et dépens".

Dans sa réponse du 26 avril 2023, l'OAC, par son service juridique (ci-après: l'intimé), a conclu à l'admission partielle du recours. Il a demandé l'annulation partielle de sa décision sur opposition du 26 janvier 2023, dans la mesure où il a admis, en modification de la décision sur opposition précitée, que des IC pourraient être versées dès le 1<sup>er</sup> janvier 2023, sous réserve de l'examen de documents manquants. Le 9 juin 2023, le recourant a répliqué en confirmant ses conclusions. Il a en outre demandé à ce qu'il

soit ordonné à l'intimé de procéder au calcul du droit à l'IC dès le 1<sup>er</sup> janvier 2023 et au versement immédiat des prestations dues. Il a également requis du TA que celui-ci constate le droit de l'assuré à 520 IC dès le 1<sup>er</sup> janvier 2023 au plus tard. Finalement, il a conclu à ce que l'intimé soit condamné à la prise en charge des frais et dépens. L'intimé a dupliqué le 19 juin 2023 en confirmant ses conclusions du 26 janvier 2023, en annexant à sa prise de position les décomptes pour les mois de janvier à mai 2023. L'avocate du recourant a encore produit sa note d'honoraires le 21 juin 2023.

## **En droit:**

### **1.**

**1.1** La décision sur opposition du 26 janvier 2023 représente l'objet de la contestation. Elle ressortit au droit des assurances sociales et confirme la décision du 12 septembre 2022 qui nie le droit du recourant à l'IC. Au vu des conclusions du recours du 24 février 2023 et de la réplique du 9 juin 2023, l'objet du litige porte sur l'annulation de cette décision sur opposition et, principalement, sur l'octroi d'un droit à 520 IC depuis le 8 août 2022, subsidiairement, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2023, le tout sous suite de frais et dépens. Dans la mesure où l'intimé a conclu à l'admission partielle du recours, dans sa réponse du 26 avril 2023, ce dont le recourant a pris acte dans sa réplique, sans s'y opposer, on se trouve en présence de conclusions concordantes des parties au sujet du droit à l'IC dès le 1<sup>er</sup> janvier 2023. Cette transaction dans un litige portant sur des prestations d'assurances sociales (art. 50 al. 1 et 3 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales [LPGA, RS 830.1]), est susceptible de rendre partiellement la cause sans objet, mais sa légalité doit auparavant être vérifiée (ATF 135 V 65 c. 2; voir également arrêt du Tribunal fédéral [TF] 9C\_671/2009 du 16 novembre 2009 c. 2.1). L'objet du litige ne se trouve ainsi pas restreint par les conclusions précitées (JTA AI/2014/476 du 16 novembre 2015 c. 1.1, voir également JTA AC/2011/391 du 19 octobre 2011 c. 1.1 in fine).

**1.2** Interjeté auprès de l'autorité compétente, dans les formes et délai prescrits par une partie disposant de la qualité pour recourir et dûment représentée, le recours est recevable (art. 100 al. 3 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage [LACI, RS 837.0], en relation avec l'art. 128 al. 2 de l'ordonnance fédérale du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage [OACI, RS 837.02]; art. 56 ss LPGA, qui s'applique par renvoi de l'art. 1 al. 1 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage [LACI, RS 837.0]; art. 15 et 74 ss de la loi cantonale du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives [LPJA, RSB 155.21]). On soulignera néanmoins encore que la question de savoir si le recourant était en droit de formuler de nouvelles conclusions dans sa réplique peut demeurer indécise, les conclusions n° 1, 4 et 5 ne faisant que confirmer celles du recours et la conclusion n° 3 (constatatoire, voir à ce sujet art. 49 al. 2 LPGA et ATF 122 V 28 c. 2b) devant être comprise comme une répétition de la conclusion (formatrice) tendant à l'octroi d'IC. Il en va de même de la conclusion n° 2 (demande de versement des prestations dont le droit n'est plus contesté).

**1.3** Vu l'objet du litige (et quand bien même seul l'octroi du droit à l'IC entre le 8 août et le 31 décembre 2022 devrait être pris en compte [voir sur ce point c. 1.1], soit 104 jours contrôlés à Fr. 398.40 l'indemnité journalière [IJ], voir les décomptes produits avec la duplique), la valeur litigieuse n'est pas inférieure à Fr. 20'000.-. Le jugement de la cause incombe ainsi 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 Tribunal examine librement la décision sur opposition 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.**

**2.1** Par un grief d'ordre formel, qu'il convient d'examiner à titre liminaire (ATF 141 V 495 c. 2.2 et les références), le recourant dénonce plusieurs

violations de son droit d'être entendu au sens de l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale (Cst., RS 101). D'une part, il invoque que l'intimé n'a pas suffisamment examiné, puis motivé, les griefs soulevés dans le cadre de l'opposition du 13 octobre 2022. Il affirme, d'autre part, que l'intimé, dans sa décision sur opposition du 26 janvier 2023, a procédé à une substitution de motifs sans l'informer, ni l'inviter à se prononcer à ce sujet.

## **2.2**

**2.2.1** Les décisions doivent être motivées si elles ne font pas entièrement droit aux demandes des parties (art. 49 al. 3 LPGA). L'obligation de motiver représente une part importante du droit d'être entendu. Elle doit empêcher que l'autorité se laisse guider par des motifs partiels et permettre le cas échéant aux intéressés de contester la décision de façon adéquate. Cela n'est possible que si la personne concernée et l'autorité de recours peuvent se faire une idée de la portée de la décision. En ce sens, les réflexions qui ont guidé l'autorité et sur lesquelles se fonde la décision doivent au moins être brièvement mentionnées. Il n'est toutefois pas nécessaire que tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties soient expressément exposés et discutés. Il suffit plutôt que les points importants en vue du jugement figurent dans la décision (ATF 136 I 229 c. 5.2, 124 V 180 c. 1a; SVR 2022 IV n° 37 c. 5.1).

**2.2.2** Contrairement à ce que le recourant soutient, l'intimé s'est prononcé sur les différents arguments développés dans l'opposition du 13 octobre 2022. C'est ainsi qu'il a pris acte du fait que l'intéressé avait exercé une activité indépendante dès le 1<sup>er</sup> janvier 2021. C'est d'ailleurs en se fondant sur cet état de fait qu'il a refusé le droit à l'IC dans la décision sur opposition attaquée. L'intimé s'est également déterminé sur l'argument de l'assuré selon lequel l'activité indépendante avait pris fin au 30 juin 2022. Il a en effet considéré qu'au vu des circonstances, une reprise d'activité par le recourant était possible, en raison de la fonction dirigeante de celui-ci au sein de l'entreprise. L'intimé en a donc conclu que, dans ces conditions, la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle un assuré peut prétendre à l'IC lorsqu'il quitte son entreprise en raison de la fermeture de celle-ci, n'était pas applicable. Au vu de ce qui précède, l'intimé a exposé, de manière claire, les raisons qui l'ont amené à refuser le droit à l'IC. Ainsi,

cette motivation était suffisante pour permettre à l'assuré de discerner les motifs qui ont guidé l'intimé et pour attaquer la décision sur opposition en connaissance de cause, comme le démontre la motivation détaillée et circonstanciée du recours. En tout état de cause, il y a lieu de souligner que l'intimé n'était pas tenu de se prononcer sur tous les griefs soulevés, en particulier sur ceux qui ne lui paraissaient pas pertinents. Il n'était pas non plus tenu de le faire de façon expresse et circonstanciée (TF 8C\_322/2022 du 30 janvier 2023 c. 6.2 et les références). En l'occurrence, la décision litigieuse comporte une motivation suffisante. Le droit d'être entendu du recourant n'a, par conséquent, pas été violé sur ce plan.

## **2.3**

**2.3.1** Le droit d'être entendu englobe en outre tous les droits qui doivent être accordés à une partie afin que celle-ci puisse faire valoir efficacement sa position dans le cadre d'une procédure. La partie doit de manière générale être entendue sur des questions de fait déterminantes pour le jugement de la cause. Le droit d'être entendu existe et doit être accordé lorsqu'une autorité administrative ou judiciaire envisage de motiver sa décision par une norme ou un motif de droit dont il n'a pas encore été question précédemment dans la procédure, sur laquelle ou lequel les parties ne se sont pas fondées et dont elles ne pouvaient pas soupçonner l'importance au cas d'espèce (ATF 131 V 9 c. 5.4.1; DTA 2019 p. 277 c. 3.2.3; SVR 2009 AHV n° 8 c. 3.2).

**2.3.2** Dans sa décision sur opposition du 26 janvier 2023, l'intimé a procédé à une substitution de motifs puisqu'il a confirmé le refus du droit à l'IC, mais uniquement sous l'angle de la fonction dirigeante occupée par l'assuré au sein de l'entreprise individuelle de celui-ci. Il a cependant laissé ouverte la question relative au délai-cadre de cotisation, élément sur lequel il s'était fondé pour prononcer la décision du 12 septembre 2022 (et qui avait donc été développé par le recourant dans son opposition du 13 octobre 2022). Certes, à l'instar du TA, l'intimé est soumis au principe de l'application du droit d'office, ce qui implique qu'il doit appliquer à l'état de fait les règles de droit qu'il considère pertinentes et leur donner l'interprétation dont il est convaincu (ATF 116 V 23 c. 3c; UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 4<sup>ème</sup> éd. 2020, art. 43 n. 10). Il pouvait donc rejeter

l'opposition pour d'autres motifs que ceux retenus au stade de la décision du 12 septembre 2022 (substitution de motifs). Il n'en demeure pas moins que l'intimé était tenu de respecter les droits procéduraux du recourant découlant du droit d'être entendu. Or, en l'espèce, il n'a pas informé préalablement l'assuré de son intention de refuser le droit à l'IC sur la base d'un nouveau motif et ne lui a pas donné l'occasion de s'exprimer à ce propos. Par ailleurs, il s'est fondé sur un élément dont l'intéressé ne pouvait soupçonner l'importance. Le fait que celui-ci soit représenté par une avocate n'y change rien. On ne saurait en effet exiger des mandataires qu'ils exposent, par anticipation, tous les motifs susceptibles de conduire au rejet de leur opposition ou recours dans le cadre d'une substitution de motifs (voir dans ce sens ATF 125 V 368 c. 4b). En particulier, on ne pouvait attendre de l'avocate de l'assuré que celle-ci s'exprime sur toutes les conditions du droit à l'IC (art. 8 LACI). Dans ces circonstances, une violation du droit d'être entendu doit donc être admise. Force est toutefois de constater que le recourant a eu la possibilité de se déterminer sur les éléments de motivation substitués devant le TA, soit une autorité de recours jouissant d'un pouvoir d'examen étendu tant à l'égard des faits, que du droit. Cette violation doit par conséquent être considérée comme réparée. Un renvoi de la cause à l'intimé pour ce seul motif constituerait en effet une formalité vide de sens et provoquerait ainsi une prolongation inutile de la procédure incompatible avec l'intérêt (d'égale valeur avec le droit d'être entendu) de la partie concernée à ce que l'affaire soit traitée avec célérité (ATF 137 I 195 c. 2.3.2; SVR 2021 IV n° 43 c. 4.4.1, 2020 IV n° 57 c. 3.3.1). Il sera néanmoins tenu compte de cette violation dans l'examen des frais et dépens (voir c. 6.4).

### **3.**

**3.1** Dans la décision sur opposition contestée, l'intimé a exclu le droit à l'IC de l'assuré après avoir constaté que celui-ci avait occupé dès le 1<sup>er</sup> janvier 2021 une position assimilable à celle d'un employeur au sein de l'entreprise individuelle qu'il avait créée. L'intimé a en particulier observé que l'entreprise en question n'avait pas été radiée du registre du commerce (RC) et qu'il subsistait donc la possibilité, pour l'intéressé, d'en poursuivre

le but social. Dans ces conditions et en se référant à la jurisprudence développée en lien avec l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (indemnité RHT; voir art. 31 al. 3 let. c LACI), l'intimé a nié le droit de l'assuré à l'IC. Dans sa réponse du 26 avril 2023 et sa duplique du 19 juin 2023, l'intimé a tenu compte de la désaffiliation du recourant de la Caisse de compensation du canton de Berne (ci-après: CCB) au 31 décembre 2022. Fort de cette information, il a considéré qu'à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2023, la situation était comparable à celle d'un assuré qui aurait définitivement quitté l'entreprise qui l'employait en raison de la fermeture de celle-ci. Il a donc admis que les conditions du droit à l'octroi de l'IC étaient réunies dès le 1<sup>er</sup> janvier 2023 et pour un maximum de 520 indemnités.

**3.2** A l'appui de son recours, l'intéressé reproche à l'intimé de n'avoir pas pris en considération la fin de son statut d'indépendant au 30 juin 2022. A cet égard, il rappelle que l'entreprise individuelle en question n'a pas été inscrite au RC et que, dès lors, aucune radiation n'était possible. En tout état de cause, il annonce s'être désaffilié de la CCB au 31 décembre 2022. Il fait encore valoir que dès la fin du mois de juin 2022, il a annoncé à l'office régional de placement (ORP) du canton de Berne, non seulement ses recherches d'emploi, mais également l'absence d'activité indépendante et de gain intermédiaire. Ainsi, selon lui, la condition de l'aptitude au placement était réalisée dès juin 2022, de sorte qu'il peut prétendre à l'octroi d'IC dès le 8 août 2022 ou, à tout le moins, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2023, après sa désaffiliation de la CCB. S'agissant du délai-cadre de cotisation, le recourant rappelle avoir exercé une activité indépendante entre le 1<sup>er</sup> janvier 2021 et le 30 juin 2022 et en conclut que ce délai-cadre a été prolongé jusqu'au 1<sup>er</sup> août 2022 en vertu de l'art. 9a al. 2 LACI. A titre subsidiaire, et pour autant que l'existence de son activité indépendante ne soit pas reconnue par le TA, l'intéressé fait valoir qu'il a été soumis à un contrat de travail de durée déterminée du 1<sup>er</sup> janvier 2021 au 31 décembre 2022 (convention conclue le 30 septembre 2020). C'est donc à tort, selon lui, que l'intimé n'aurait pas pris en compte les versements opérés durant l'année 2021 et qu'il les aurait qualifiés d'indemnités de départ. Dans ce cas, il pourrait ainsi prétendre à l'octroi d'IC dès le 1<sup>er</sup> janvier 2023 à tout le moins, soit dès la fin des rapports de travail. Par sa réplique du 9 juin 2023, le recourant a pris note de l'acquiescement, par l'intimé, de son droit à l'IC

dès le 1<sup>er</sup> janvier 2023. Il a ainsi constaté l'absence de litige s'agissant du droit à l'IC dès cette même date. Pour la période courant du 8 août au 31 décembre 2022, l'intéressé a en substance maintenu ses conclusions ainsi que les arguments de son recours (voir aussi c. 1.2 in fine).

#### 4.

Il ressort du dossier que le recourant a travaillé en qualité de "Senior Sales & Development Manager" au sein d'une entreprise du 1<sup>er</sup> août 2001 au 31 décembre 2020, date pour laquelle son contrat de travail a été résilié. Une convention réglant les modalités de la fin des rapports de travail a été conclue le 30 septembre 2020. Les parties y ont notamment prévu une clause de non-concurrence à la charge de l'intéressé (durée de deux ans dès la fin des rapports de travail) ainsi que le versement d'une indemnité rémunératrice de la clause de non-concurrence (quatre versements de Fr. 52'910.- les 25 mars, 25 juin, 24 septembre 2021 ainsi que le 31 janvier 2022; dos. intimé 158 et 159). En date du 1<sup>er</sup> janvier 2021, l'assuré a débuté une activité indépendante sous la forme d'une entreprise individuelle (voir art. 931 ss du Code des obligations [CO, RS 220]) active dans des domaines de services tels que les travaux de comptabilité ou de traduction, les conseils en immobilier ou encore la garde d'enfants (dos. intimé 47, 103-115). Le recourant s'est annoncé le 8 août 2022 à l'Office régional de placement (ORP; dos. intimé 134 ss), puis a déposé le 31 août 2022 une demande d'IC à compter du 8 août 2022 auprès de sa caisse de chômage (dos. intimé 142 ss). L'affiliation de l'entreprise du recourant à la CCB a été requise par celui-ci le 10 septembre 2022 et est intervenue le 22 décembre 2022, avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2021 (dos. intimé 33 ss et 48). Le 16 février 2023, la CCB a confirmé à l'assuré la désaffiliation de l'entreprise individuelle de ce dernier à compter du 31 décembre 2022 (pièce justificative [PJ] 26 recours).

## **5.**

Au fond, se pose la question de savoir si l'assuré a occupé une position assimilable à celle d'un employeur et si cette circonstance excluait, cas échéant, le droit à l'IC.

**5.1** L'assuré a droit à l'IC s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi, s'il a subi une perte de travail à prendre en considération, s'il est domicilié en Suisse, s'il a achevé sa scolarité obligatoire, qu'il n'a pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touche pas de rente de vieillesse de l'AVS, s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré, s'il est apte au placement et s'il satisfait aux exigences du contrôle (art. 8 al. 1 LACI).

**5.2** Selon l'art. 31 al. 1 LACI, les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité RHT s'ils remplissent les conditions décrites aux lettres a à d. D'après l'art. 31 al. 3 let. c LACI, 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, n'ont pas droit à l'IC. En effet, d'après la jurisprudence constante, l'art. 31 al. 3 let. c LACI (qui se rapporte à l'indemnité en cas de RHT) doit être appliqué par analogie dans certains cas de figure aux personnes occupant une position assimilable à celle d'un employeur qui prétendent à l'IC, ainsi qu'à leurs conjoints (ATF 145 V 200 c. 4.1, 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 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'IC 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).

**5.3** En règle générale, les personnes exerçant durablement une activité indépendante sont d'emblée exclues du droit à l'IC. Ces dernières n'étant en effet pas tenues de cotiser à l'assurance-chômage, elles n'ont en principe pas droit aux prestations octroyées par celle-ci (voir dans ce sens Secrétariat d'Etat à l'économie [SECO], Bulletin LACI Indemnité de chômage [Bulletin LACI IC], B34a ch. I; au sujet de la portée des directives de l'administration, voir ATF 147 V 79 c. 7.3.2). Toutefois, si une activité soumise à cotisation a été exercée avant l'activité indépendante au cours du délai-cadre prévu à cet effet (voir art. 13 LACI), le droit à l'IC doit exceptionnellement être envisagé également pour une personne qui s'est mise à son compte depuis peu. Conformément à la pratique du Tribunal fédéral, le droit de ces personnes peut être examiné sous l'angle de l'abus de droit (sur ce dernier point, voir c. 5.2). La question pertinente est alors de savoir si l'activité indépendante a été prise et maintenue en vue d'une indépendance économique et entrepreneuriale durable. Dans de telles situations, la condition de l'aptitude au placement doit être niée, l'assurance-chômage n'ayant pas vocation à couvrir les risques entrepreneuriaux (SVR 2021 ALV n° 16 c. 2.3 et c. 4.2; DTA 2022 p. 221 c. 4, 2010 p. 138 c. 3.3 et 3.4.2, 2009 p. 336 c. 4.3, 2008 p. 312 c. 3.3; TF 8C\_344/2018 du 13 juin 2018 c. 3.4). De même, un assuré est réputé inapte au placement lorsque la volonté de celui-ci d'exercer une activité indépendante est si affirmée qu'elle compromet la prise d'un emploi salarié et que, par conséquent, on ne peut plus parler d'une activité indépendante temporaire, limitée dans le temps et n'exigeant que peu d'investissements (TF 8C\_81/2009 du 27 août 2009 c. 3.4 et les références). La condition de l'aptitude au placement est donc un critère décisif qui doit être examiné par

la caisse de chômage (TF 8C\_672/2012 du 5 décembre 2012 c. 2; voir également dans ce sens Bulletin LACI IC, B13). Il faut tenir compte des circonstances du cas concret (ATF 112 V 136 c. 3b) et l'instruction doit être complète (voir TF 8C\_41/2012 du 31 janvier 2013 c. 5; B. RUBIN, op. cit., art. 15 n. 42).

**5.4** En l'occurrence, le recourant a exercé, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2021, une activité indépendante sous la forme d'une entreprise individuelle (art. 931 CO), après avoir été licencié par son ancien employeur au 31 décembre 2020. Ce n'est que le 31 août 2022 qu'une demande de prestations à compter du 8 août 2022 a été déposée auprès de la caisse de chômage (voir c. 4). En pareilles circonstances, l'intimé ne pouvait se limiter à exclure le droit du recourant à l'IC en application, par analogie, de l'art. 31 al. 3 let. c LACI. Il le pouvait d'autant moins qu'il n'a pas exposé les raisons qui l'ont conduit à nier le droit à l'IC sous l'angle de la jurisprudence relative à l'abus de droit (en particulier la question de savoir si une activité soumise à cotisation avait été exercée avant l'activité indépendante au cours du délai-cadre prévu à cet effet; voir c. 5.3). Il lui revenait bien plutôt d'instruire les faits déterminants, propres à établir, à un degré de vraisemblance prépondérante (degré de preuve déterminant en droit des assurances sociales; ATF 144 V 427 c. 3.2), si l'activité indépendante initiée le 1<sup>er</sup> janvier 2021 avait été prise et maintenue par l'assuré en vue d'une indépendance économique et entrepreneuriale durable (voir c. 5.3). A ce titre, le fait que l'intéressé, dans le cadre de son activité indépendante, ait été mandaté par une société en responsabilité limitée dont il est associé n'y change rien (dos. intimé 47, 49 et 51). Seule est déterminante ici l'entreprise individuelle débutée par le recourant le 1<sup>er</sup> janvier 2021, dans la mesure où le terme mis à celle-ci est à l'origine du prétendu chômage de l'assuré. Ainsi, après avoir instruit et établi les faits pertinents au degré de preuve requis, l'intimé était tenu de se prononcer sur la condition de l'aptitude au placement et ce, pour l'ensemble de la période couverte par l'objet de la contestation (dès le 8 août 2022 et également pour la période courant après le 1<sup>er</sup> janvier 2023). C'est donc à tort qu'il a exclu le droit à l'IC (s'agissant de la période du 8 août au 31 décembre 2022), puis l'a admis dès le 1<sup>er</sup> janvier 2023 (réponse du 26 avril 2023), sans examiner plus avant la condition de l'aptitude au placement. Il n'appartient toutefois

pas au TA de statuer sur cette question en première instance et ce, bien que le recourant se soit exprimé à ce propos dans son recours (voir art. 81 ss; grief qui n'a toutefois pas été invoqué au stade de l'opposition). Qui plus est, en plus de l'aptitude au placement, l'intimé ne s'est pas formellement prononcé quant au point de savoir si l'intéressé respectait les conditions relatives à la période de cotisation (élément qui faisait l'objet de la décision initiale du 12 septembre 2022). Dans ces conditions, le TA ne peut dès lors donner suite aux conclusions concordantes des parties pour la période courant dès le 1<sup>er</sup> janvier 2023. Celui-ci n'est en effet pas en mesure de juger si la transaction des parties relative à l'octroi de l'IC, dès cette date est conforme à l'état de fait et de droit (voir c. 1.1). Il sied donc d'admettre (entièrement, voir c. 6.3) le recours, d'annuler la décision sur opposition attaquée et de renvoyer le dossier à l'intimé afin que soit examinée l'aptitude du recourant au placement pour l'ensemble de la période couverte par l'objet de la contestation (voir c. 1.1; dès le 8 août 2022 et également pour la période courant après le 1<sup>er</sup> janvier 2023) puis, cas échéant, les autres conditions du droit à l'IC (art. 8 LACI), qui n'ont pas été examinées (en particulier celle afférent au respect des conditions relatives à la période de cotisation).

## **6.**

**6.1** En conclusion, le recours est entièrement admis et la décision sur opposition du 26 janvier 2023 annulée. La cause est renvoyée à l'intimé pour nouvelle décision sur opposition afin qu'il examine et se détermine sur les conditions du droit à l'IC de l'assuré (art. 8 LACI) concernant l'ensemble de la période couverte par l'objet de la contestation (voir c. 1.1; dès le 8 août 2022 et également pour la période courant après le 1<sup>er</sup> janvier 2023), en tenant compte des considérations qui précèdent. Au vu de ce résultat, nul n'est besoin de résoudre la question de la qualification des rapports juridiques entre le dernier employeur du recourant et celui-ci (conclusion subsidiaire; voir art. 138 ss recours), ni de faire droit à la réquisition de preuves tendant à l'audition de l'intéressé. Celle-ci doit dès lors être rejetée.

**6.2** Il n'est pas perçu de frais judiciaires (art. 61 let. f<sup>bis</sup> LPGA en relation avec l'art. 1 al. 1 LACI).

**6.3** Le renvoi de la cause à l'administration pour complément d'enquête et nouvelle décision est considéré comme un gain de cause pouvant donner droit à l'octroi de dépens au sens de l'art. 61 let. g LPGA (ATF 137 V 57 c. 2.1; U. KIESER, op. cit., art. 61 n. 224). Cette règle s'applique indépendamment de la question de savoir si la partie recourante a conclu au renvoi ou si sa conclusion au renvoi a été prise à titre principal ou à titre subsidiaire (SVR 2017 KV n°9 c. 9.1). En l'espèce, le recourant, qui obtient gain de cause et est représenté par une mandataire professionnelle, a droit au remboursement de ses dépens (art. 61 let. g LPGA; art. 104 al. 1 et 108 al. 3 LPJA). S'agissant de la note d'honoraires du 13 juin 2023, il sied de mentionner que celle-ci comprend une importante part d'activités exécutées par un avocat-stagiaire. En outre, on ignore si les activités déployées par ce dernier ont été redondantes par rapport à celles de l'avocate du recourant (voir par exemple le libellé "rédaction de la réplique à la réponse" figurant tant dans la partie relative à l'avocate que celle de l'avocat-stagiaire; voir dans ce sens également JTA 2017/265 du 16 avril 2018 c. 4.2.3). Enfin, la note d'honoraires intègre des débours forfaitaires de 10%, taux élevé et qui ne semble pas justifié au regard des frais effectifs que l'on peut estimer sur la base du document produit. Ainsi, en tenant encore compte de l'activité objectivement justifiée par le cas d'espèce, ainsi que des dépens octroyés dans le canton de Berne pour des cas semblables, ceux-ci sont en l'occurrence arrêtés à une somme forfaitaire de Fr. 2'500.- (y compris débours et TVA; voir art. 41 al. 3 de la loi cantonale du 28 mars 2006 sur les avocats et les avocates [LA; RSB 168.11] et art. 13 de l'ordonnance cantonale du 17 mai 2006 sur le tarif applicable au remboursement des dépens [ORD; RSB 168.811]).

**6.4** Compte tenu de la succombance de l'intimé (voir c. 5.4), point n'est besoin d'examiner si la violation du droit d'être entendu de l'assuré (voir c. 2.3.2) justifie une répartition différente des frais et dépens.

**Par ces motifs:**

1. Le recours est admis. La décision sur opposition du 26 janvier 2023 est annulée et le dossier est renvoyé à l'intimé, afin qu'il rende une nouvelle décision sur opposition, au sens des considérants.
2. Il n'est pas perçu de frais de procédure.
3. L'intimé versera au recourant la somme de Fr. 2'500.- (débours et TVA compris) au titre de participation à ses dépens pour la présente procédure.
4. Le présent jugement est notifié (R):
  - à la mandataire du recourant,
  - à l'intimé,
  - au Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO).

Le président:

La greffière:

**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).