

200.2023.447.AC publié dans la JAB 2024 p. 446
ER ALK
N° AVS
BEP/EGC

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

Jugement du 27 mai 2024

Droit des assurances sociales

C. Tissot, président
A.-F. Boillat et G.Zürcher, juges
Ph. Berberat, greffier



A. _____
représentée par Me B. _____
recourante

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 11 mai 2023

En fait:

A.

A._____, née en 1961, a travaillé depuis le 1^{er} avril 1993 en tant que comptable et secrétaire auprès de la société C._____. Son époux est le directeur et président du conseil d'administration de cette société. Après que l'intéressée se fut trouvée en incapacité de travail, son employeur a résilié son contrat de travail le 31 octobre 2022. A._____ a bénéficié de mesures professionnelles de réadaptation de l'assurance-invalidité du 5 décembre 2022 au 7 mai 2023.

B.

Le 10 février 2023, l'assurée a déposé une demande d'indemnité de chômage à partir du 1^{er} février 2023, déclarant être disposée à travailler à un taux d'occupation de 50%. Par décision du 7 mars 2023, la Caisse de chômage du canton de Berne (ci-après: la Caisse de chômage) a nié à l'assurée le droit à l'indemnité de chômage. Nonobstant l'opposition formée le 2 avril 2023, le Service juridique de l'Office de l'assurance-chômage du canton de Berne (ci-après: le Service juridique de l'Office de l'assurance-chômage) a confirmé ce prononcé par décision sur opposition du 11 mai 2023.

C.

Par acte du 12 juin 2023, A._____, représentée par un avocat, interjette recours auprès du Tribunal administratif du canton de Berne (ci-après: le Tribunal administratif) contre la décision sur opposition du Service juridique de l'Office de l'assurance-chômage du 11 mai 2023. Sous suite de frais et dépens, elle demande l'annulation de ce prononcé et, principalement, la reconnaissance de son droit à l'indemnité de chômage à compter du 1^{er} février 2023, ainsi que, subsidiairement, le renvoi de la cause à l'autorité précédente pour instruction complémentaire et nouvelle décision. Le

Service juridique de l'Office de l'assurance-chômage conclut au rejet du recours. Dans un écrit ultérieur, A. _____ a confirmé ses conclusions et produit la note d'honoraires de son mandataire.

En droit:

1.

1.1 La décision sur opposition du 11 mai 2023 représente l'objet de la contestation. Elle ressortit au droit des assurances sociales et confirme la décision du 7 mars 2023, qui nie le droit de la recourante à des prestations de l'assurance-chômage. L'objet du litige porte sur l'annulation de cette décision sur opposition et, principalement, sur l'octroi d'indemnités de chômage dès le 1^{er} février 2023 ainsi que, subsidiairement, sur le renvoi de la cause à l'intimé pour instruction complémentaire et nouvelle décision.

1.2

1.2.1 La décision initiale du 7 mars 2023 niant le droit de la recourante à l'indemnité de chômage a été rendue par la Caisse de chômage. La décision sur opposition du 11 mai 2023 a, quant à elle, été rendue par le Service juridique de l'Office de l'assurance-chômage. Or, d'après l'art. 52 al. 1 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1), applicable au domaine de l'assurance-chômage (art. 1 al. 1 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage [LACI, RS 837.0]), les décisions doivent être attaquées dans les trente jours par voie d'opposition auprès de l'assureur qui les a rendues, à l'exception des décisions d'ordonnancement de la procédure. En dérogation à cette règle, l'art. 100 al. 2 LACI prévoit que les cantons peuvent confier à l'autorité cantonale (conformément à l'art. 85 LACI) le traitement des oppositions aux décisions rendues par les offices régionaux de placement (ORP) au sens de l'art. 85b LACI. Lors de la modification de l'art. 100 al. 2 LACI, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2011, il

n'était toutefois pas dans l'intention du législateur de déléguer plus largement cette compétence, même si le libellé antérieur de l'art. 100 al. 2 LACI ("*Les cantons peuvent, en dérogation à l'art. 52 al. 1 LPGA, conférer la compétence de traiter l'opposition à une autorité autre que celle qui a pris la décision.*" [RO 2002 3475]) pouvait laisser entendre que l'autorité cantonale avait la possibilité de traiter les oppositions aux décisions des caisses de chômage publiques et privées ou que le canton pouvait conférer la compétence de les traiter à une autre autorité indépendante de l'autorité cantonale (Message du Conseil fédéral du 3 septembre 2008 relatif à la modification de la LACI, FF 2008 7029, p. 7058; disposition qui n'a pas fait l'objet de discussions ni au Conseil des Etats [BO 2009 E 581], ni au Conseil national [BO 2009 N 2231 s.]). L'art. 100 al. 2 LACI ne constitue donc pas une base légale permettant de justifier la compétence d'une autre autorité que la Caisse de chômage pour se prononcer sur les oppositions formées contre les décisions de celle-ci. Compte tenu de ces considérations, la question se pose de savoir si le Service juridique de l'Office de l'assurance-chômage était compétent pour traiter l'opposition introduite contre la décision rendue le 7 mars 2023 par la Caisse de chômage, ou s'il n'appartenait pas plutôt à celle-ci de se prononcer sur cette opposition.

1.2.2 L'opposition ne constitue pas une voie de droit avec effet dévolutif, mais vise au contraire à appeler l'autorité qui a rendu la décision antérieure à réexaminer celle-ci (ATF 131 V 407 c. 2.1.2.1 et les références; arrêt du Tribunal fédéral [TF] 9C_360/2019 du 20 août 2019 c. 2.2). Dans la pratique, le traitement des oppositions à des décisions rendues par les assureurs sociaux est néanmoins régulièrement entrepris par des services spécialisés internes aux assureurs, différents du service ayant rendu la décision frappée d'opposition. A cet égard, le Tribunal fédéral a jugé que selon l'organisation de l'assureur en question, il pouvait s'avérer nécessaire et judicieux de procéder de cette manière et de confier le traitement des oppositions à des personnes ou à des unités administratives (internes à l'assureur concerné) différentes de celles qui rendent les décisions initiales (TF 8C_121/2009 du 26 juin 2009 c. 3.5, C 6/04 du 16 février 2005 c. 4.1).

1.2.3 D'après l'art. 10a al. 1a de l'ordonnance du 18 octobre 1995 sur l'organisation et les tâches de la Direction de l'économie, de l'énergie et de l'environnement du canton de Berne (OO DEEE, RSB 152.221.111), l'Office de l'assurance-chômage dispose notamment de son propre service juridique pour assumer les tâches d'exécution prévues à l'al. 1 du même article, c'est-à-dire en particulier l'exécution de la législation fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (let. a). Par ailleurs, l'art. 10a al. 2 let. d OO DEEE prévoit que l'Office de l'assurance-chômage assure la gestion de la Caisse cantonale de chômage. Il s'ensuit que la gestion et l'administration de cette caisse constitue l'une des tâches incombant à l'Office de l'assurance-chômage et que la Caisse de chômage représente une division administrative de l'Office de l'assurance-chômage, qui n'est pas indépendante de celui-ci. Le texte allemand de l'art. 10a al. 2 let. d OO DEEE ("*Das Amt für Arbeitslosenversicherung (AVA) [...] führt [...] die kantonale Arbeitslosenkasse (ALK)*") confirme sans ambages cette constatation. Au demeurant, l'absence d'indépendance de la caisse de chômage ne contrevient pas à la législation fédérale, dans la mesure où celle-ci prévoit expressément que les caisses ne sont pas dotées de la personnalité juridique (art. 79 al. 2 LACI) et qu'il s'agit en l'occurrence d'une caisse publique au sens de l'art. 77 LACI (voir également TF C 179/01 du 14 août 2003 c. 3.1). Il en découle que, dans le cadre de la gestion de la Caisse de chômage prévu à l'art. 10a al. 2 let. d OO DEEE, l'Office de l'assurance-chômage peut notamment faire appel à son Service juridique, en tant que service de son état-major. Dans l'exécution de cette tâche, ce service agit alors en tant que service juridique de la Caisse de chômage.

1.2.4 Par conséquent, en rendant la décision sur opposition du 11 mai 2023, le Service juridique de l'Office de l'assurance-chômage a agi dans le cadre de ses tâches prodiguées pour la Caisse de chômage et que dans ce contexte, il était bien habilité à le faire. Il n'y a dès lors pas lieu d'admettre que cette pratique soit contraire à l'art. 52 al. 1 LPGA ou à l'art. 100 al. 2 LACI, en allant au-delà de la délégation de compétence prévue par cette dernière disposition. Cela étant, on ne peut cependant pas nier que l'entête de la décision sur opposition du 11 mai 2023 est susceptible de porter à confusion, se limitant à mentionner "Direction de l'économie, de l'énergie

et de l'environnement, Office de l'assurance-chômage, Service juridique", sans aucunement évoquer la Caisse de chômage. Dans de tels cas de figure, il serait vivement souhaitable que l'intimée indique la Caisse de chômage en tant qu'émettrice des décisions sur opposition. Cela permettra en particulier aux assurés de comprendre plus aisément comment déterminer l'autorité de recours compétente au sens de l'art. 128 de l'ordonnance fédérale du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage (OACI, RS 837.02). Selon cette disposition, la désignation du tribunal cantonal des assurances est en effet différente selon que la décision sur opposition contestée émane de la Caisse de chômage (al. 1) ou d'une (autre) autorité cantonale (al. 2).

1.3 Sur le vu de ce qui précède, la décision sur opposition contestée ayant été rendue par la Caisse de chômage et la recourante se soumettant au contrôle obligatoire de son chômage dans le canton de Berne, le Tribunal administratif est compétent pour connaître du présent litige (art. 100 al. 3 LACI, en relation avec les art. 128 al. 1 et 119 al. 1 let. a OACI). Interjeté par ailleurs dans les formes et délai prescrits, par une partie disposant de la qualité pour recourir et dûment représentée, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA, applicable par renvoi de l'art. 1 al. 1 LACI; art. 15 et 74 ss de la loi cantonale du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives [LPJA, RSB 155.21]).

1.4 Le jugement de la cause incombe à la Cour des affaires de langue française du Tribunal administratif 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]).

1.5 Le Tribunal administratif 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.

2.1 Conformément à 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 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 en cas de réduction de l'horaire de travail 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 entre autres, en particulier dans l'hypothèse où l'employé occupe une fonction dirigeante et possède une participation dans la société ou une participation au capital de l'entreprise; ATF 123 V 234 c. 7b/bb). Selon la jurisprudence, pour les employés dont l'implication au sein de l'entreprise soulève la question de savoir s'ils appartiennent à un organe dirigeant de l'entreprise et s'ils peuvent, dans cette position, exercer une influence décisive sur le processus de décision de l'entreprise, il convient de prendre en compte les rapports internes existant dans celle-ci. En règle générale, il n'est pas admissible de refuser le droit à l'indemnité à des employés exerçant des fonctions dirigeantes au seul motif qu'ils sont autorisés à représenter l'entreprise par leur signature et qu'ils sont inscrits au registre du commerce. Lorsqu'en revanche, un employé agit en tant que membre du conseil d'administration, un pouvoir de décision déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI est reconnu ex lege, sans qu'il soit nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'il exerce au sein de la société. Pour le gérant d'une SA, il convient par contre d'examiner les circonstances concrètes (ATF 145 V 200 c. 4.2, 123 V 234 c. 7a, 122 V 270 c. 3, DTA 2022 p. 433 c. 3.2, 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).

2.2 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'un 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). Lorsque l'entreprise concernée continue d'exister, mais que l'employé licencié, lors du licenciement, perd définitivement aussi la qualité qui le privait d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail sur la base de l'art. 31 al. 3 let. c LACI, il ne peut s'agir de fraude à la loi et il existe en principe un droit à l'indemnisation aux conditions prévues aux art. 8 ss 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 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).

2.3 Dans ce contexte, les époux travaillant dans la même entreprise n'ont, de jurisprudence constante, pas droit à l'indemnité de chômage. Le risque d'abus est le même qu'il s'agisse d'indemnités de chômage, en cas de réduction de l'horaire de travail ou en cas d'insolvabilité. Dès lors, aucune différence de traitement ne se justifie, dans le cadre de ces trois types d'indemnités, pour les conjoints travaillant dans la même entreprise (ATF 142 V 263 c. 4.1 et 5.2). Ainsi que la jurisprudence l'a souligné à maintes reprises en relation avec les indemnités en cas de réduction du temps de travail, l'exclusion est absolue. Il n'est ainsi pas possible

d'octroyer exceptionnellement des prestations à un assuré en raison de circonstances particulières (ATF 142 V 263 c. 4.1, 123 V 234 c. 7).

3.

3.1 L'intimé a nié le droit de la recourante à l'indemnité de chômage à partir du 1^{er} février 2023. Il a constaté pour ce faire que le conjoint de l'assurée se trouvait dans une position assimilable à un employeur au sein de la société employant l'intéressée avant son licenciement. L'intimé a souligné en outre que les raisons de santé ayant motivé le licenciement de la recourante ne justifiaient pas d'exception.

3.2 Pour sa part, la recourante fait valoir en bref, expertise psychiatrique à l'appui, que son licenciement de l'entreprise familiale est dû à des raisons de santé. Elle affirme qu'il serait contraire à son intérêt et à celui de l'entreprise qu'elle réintègre celle-ci, dès lors que l'expert psychiatre a considéré que sa capacité de travail restera nulle dans son ancienne activité. La recourante exclut donc que sa situation présente un risque d'abus quelconque face à l'assurance-chômage et invoque le caractère arbitraire de la décision sur opposition contestée.

4.

4.1 En l'occurrence, il ressort de l'extrait du registre du commerce figurant au dossier que durant toute la durée de l'engagement de la recourante au sein de la société l'ayant employée, son mari était directeur de celle-ci. L'époux officiait en outre durant cette période en tant que président du conseil d'administration, avec signature individuelle. A la date de la décision sur opposition contestée, c'est-à-dire au moment déterminant pour juger de la présente cause (ATF 144 V 210 c. 4.3.1 et les références), il occupait toujours la même position au sein de la société. Il appert dès lors qu'eu égard à sa position dans l'entreprise, le conjoint de la recourante avait en tout temps la possibilité de réengager son épouse, d'établir toutes les attestations requises au sujet de l'emploi ou du

licenciement de celle-ci et de prolonger ou d'écourter le chômage. A ce propos, il n'est pas déterminant de savoir si la recourante avait elle-même directement une position assimilable à celle d'un employeur, comme elle semble le penser en faisant notamment référence au numéro marginal B27 du Bulletin LACI IC. De plus, qu'il existe ou non un risque concret de réengagement, comme l'exclut la recourante, n'est pas non plus déterminant, pas plus qu'il soit ou non dans l'intérêt de la société ou de la recourante de réengager celle-ci. Seule compte la relation étroite avec son conjoint et la possibilité conjuguée d'influence réciproque. Sur cette base, et conformément aux principes énoncés aux c. 2.1 à 2.3 ci-dessus, il convient de traiter la recourante différemment d'un tiers qui aurait été licencié par l'entreprise en question. C'est ainsi en raison de cette relation qu'il existe un risque ou une possibilité d'abus, tels que mentionnés au numéro marginal B15 du Bulletin LACI IC cité par la recourante. En effet, l'existence d'un abus de droit concret n'importe pas en présence d'une telle constellation. Ce n'est pas l'abus avéré comme tel que la loi et la jurisprudence entendent sanctionner ici, mais bien le risque d'abus que représente le versement d'indemnités au conjoint d'un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur. Par ailleurs, les motifs ayant conduit au licenciement de la recourante, qui ne sont au demeurant pas remis en question en l'espèce, n'ont pas non plus d'influence sur son droit à l'indemnité de chômage. Malgré les problèmes de santé de la recourante et la fin de son engagement auprès de la société de son mari en raison de ces problèmes, le risque d'influencer considérablement les décisions de l'employeur perdurait au-delà de la cessation des rapports de travail, en raison des liens étroits avec son conjoint qui est resté à la tête de la société. Dans ce contexte, on rappellera encore une fois qu'il n'est pas déterminant de savoir si l'intéressée a effectivement exercé une telle influence, mais bien si elle aurait eu la possibilité de le faire, ce qui ne peut être nié en l'espèce.

4.2 La recourante fait aussi valoir que la décision sur opposition contestée serait manifestement arbitraire, car heurtant de manière choquante le sentiment de justice et d'équité. Or, on relèvera que l'interdiction de l'arbitraire contenue à l'art. 9 Cst. ne saurait être examinée en tant que telle par le Tribunal administratif, dès lors que cela reviendrait à

limiter la cognition de celui-ci, ce qui ne saurait être admis et constituerait une violation de l'art. 29a Cst. et 110 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110; voir à ce propos ATF 137 I 235 c. 2.5; TF 2C_749/2020 du 30 juin 2021 c. 6.2, 2C_212/2020 du 17 août 2020 c. 3.2 et les références). En invoquant ce grief, c'est bien plus d'une violation de la loi, et en particulier de l'art. 31 al. 3 let. c LACI dont la recourante entendait se plaindre, disposition qui, on l'a vu, a été correctement appliquée par l'autorité précédente (voir c. 4.1 ci-dessus).

4.3 En conséquence, et sans remettre en question les circonstances ayant conduit au licenciement de la recourante, on doit retenir que l'intimé n'a pas violé le droit en considérant que la recourante occupait une position assimilable à celle d'un employeur et en niant de ce fait son droit aux prestations de l'assurance-chômage sur la base de l'art. 31 al. 3 let. c LACI.

5.

5.1 Compte tenu 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 à la recourante, qui n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. f^{bis} 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):
 - à la recourante, par son mandataire,
 - à l'intimé,
 - au Secrétariat d'Etat à l'économie (seco).

Le président:

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).