

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 22 avril 2022

Composition : Mme DESSAUX, présidente
MM. Métral et Piguet, juges
Greffier : M. Addor

Cause pendante entre :

S. _____, à Lausanne, recourant, représenté par Me Joëlle Manca, avocate
à Lausanne,

et

CAISSE DE CHÔMAGE UNIA, à Lausanne, intimée.

E n f a i t :

A. Le 19 octobre 2016, la société S._____ GmbH (ci-après également : la société) a été inscrite au registre du commerce du canton de Lucerne ; elle a pour but la gestion et l'exploitation du shop F._____, à I._____ ainsi que toutes participations, acquisitions, administration, charge et vente de biens immobiliers et de droits de propriété immatériels, activités financières ainsi que constitution de garanties et autres sûretés. Elle a conclu un contrat de franchise avec F._____ AG. Le capital de la société s'élevait à 50'000 fr., divisé en deux parts sociales, l'une de 45'000 fr. détenue par S._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant) et l'autre de 5'000 fr. détenue par F._____ AG avec droit de vote privilégié.

Dès le 19 octobre 2016, S._____ a figuré au registre du commerce en tant que président des gérants et associé avec signature individuelle de la société S._____ GmbH laquelle l'a engagé, le 4 décembre 2016, en qualité de gérant du magasin F._____ d'I._____.

Par courrier du 27 février 2020, F._____ AG a informé l'assuré que le contrat de franchise expirant le 31 août 2020 ne serait pas renouvelé.

En date du 2 septembre 2020, S._____ s'est annoncé à l'Office régional de placement de T._____ en tant que demandeur d'emploi à temps complet avec effet à cette date.

Par courriel du 25 novembre 2020, l'assuré a exprimé le souhait de pouvoir conserver la société sans la mettre en liquidation, ce qui était possible moyennant le respect de diverses formalités, en particulier notariales (courriel du 26 novembre 2020 de F._____ AG).

Par courrier du 2 décembre 2020, la Caisse de chômage Unia (ci-après : Unia, la caisse ou l'intimée) a sollicité du Service de l'emploi qu'il prenne position sur l'aptitude au placement de l'assuré compte tenu

du maintien de son inscription en qualité d'associé et président des gérants de la société, avec signature individuelle.

Par décision du 22 décembre 2020, S. _____ a été reconnu apte au placement à compter du 2 septembre 2020 par le Service de l'emploi.

Le 1^{er} février 2021, F. _____ AG a écrit à Unia un courrier à la teneur suivante :

« Nous confirmons par la présente que la collaboration entre **S. _____ GmbH**, basée à L. _____, et F. _____ AG pour l'exploitation du shop F. _____ à I. _____ a pris fin le 31.08.2020. La société est inactive et sera liquidée.

Le contrat de travail de Monsieur S. _____ en qualité de président de la direction a pris fin le 31.08.2020. Le shop F. _____ à I. _____ a été repris par la W. _____ GmbH le 01.09.2020. Dans le cadre de la reprise, les salariés de l'ancienne S. _____ GmbH ont également été repris par la W. _____ GmbH. M. S. _____ est donc au chômage depuis le 01.09.2020 et est donc apte au placement.

En outre, nous confirmons que F. _____ AG ne mettra à disposition de M. S. _____ aucun autre site et que la S. _____ GmbH ne continuera pas son activité, mais qu'elle sera liquidée puis rayée du registre comme indiqué précédemment. »

En réponse à la demande d'informations formulée par Unia concernant la radiation de la société, S. _____ a indiqué qu'elle allait être dissoute et qu'une fiduciaire s'occuperait de la liquidation. Ces démarches prendraient cependant un certain temps. Dans l'intervalle, il serait toujours inscrit au registre du commerce en tant qu'associé (courriel du 15 février 2021).

Par décision du 11 mars 2021, Unia a refusé de donner suite à la demande d'indemnisation de l'assuré. Elle a essentiellement considéré qu'en étant toujours inscrit au registre du commerce en qualité d'associé de la société S. _____ GmbH, l'intéressé occupait une position assimilable à celle d'un employeur bénéficiant ainsi d'un pouvoir d'influence sur les processus de décision de la société.

En date du 23 avril 2021, S._____, représenté par Me Joëlle Manca, avocate, s'est opposé à cette décision. Il a, tout d'abord, énuméré les tâches assumées en tant que gérant (contrat de travail du 4 décembre 2016) : commandes de marchandises, planification du personnel, tenue du journal de caisse et gestion de la caisse ainsi que mise en place de la marchandise ; or, malgré son inscription au registre du commerce, il n'avait bénéficié d'aucun pouvoir décisionnel durant son engagement ; en effet, les décisions étaient uniquement prises par F._____ AG. L'assuré a ensuite rappelé que son contrat de travail avait été résilié le 31 mai 2020 pour le 31 août suivant ; depuis le 1^{er} septembre 2020, la société S._____ GmbH n'avait plus d'activité et avait été reprise par une tierce personne sous la raison sociale W._____ GmbH ; quand bien même la société litigieuse n'avait pas encore été radiée du registre du commerce, l'assuré n'occupait plus de fonction dirigeante assimilable à celle d'un employeur ; le retard dans la liquidation de la société s'expliquait par un conflit entre l'assuré et F._____ AG au sujet de la rupture des rapports contractuels ; au demeurant, l'inactivité de la société avait été confirmée le 1^{er} février 2021 par F._____ AG. Au vu de ces éléments, l'assuré estimait que la décision du 11 mars 2021 était erronée. En effet, quand bien même il demeurait inscrit au registre du commerce, la société S._____ GmbH était inactive depuis le 31 août 2020, date pour laquelle F._____ AG avait résilié les rapports de travail. La résiliation du contrat de travail et l'absence d'activité depuis le 31 août 2020 devaient donc être considérés comme un départ et/ou une fermeture de l'entreprise. En conséquence, l'assuré devait bénéficier des indemnités de chômage dès le 2 septembre 2020.

Le 14 mai 2021, F._____ AG a répondu en ces termes aux questions d'Unia :

[1. Qui va procéder à la liquidation de la société S._____ GmbH?]

En tant que franchiseur, F._____ AG n'a pas renouvelé le contrat de franchise à durée déterminée du 12/13 novembre 2018 avec la société franchisée S._____ GmbH (ci-après dénommée « société »), raison pour laquelle la collaboration a pris fin le 31 août 2020. La société est depuis inactive. Nous avons informé M.

S._____, en sa qualité d'ancien gérant du shop F._____ sans station-service situé à I._____ et d'actuel président de la direction et directeur associé, qu'il avait la possibilité de reprendre complètement la société pour l'exploiter dans un autre secteur, auquel cas il devrait reprendre la part sociale de F._____ AG à sa valeur nominale. M. S._____ nous a informés il y a quelques mois qu'il voulait reprendre complètement sa société. Cependant, à notre connaissance, M. S._____ n'a entrepris aucune démarche en ce sens.

[2. Pour quel motif la société est-elle toujours active dans le registre du commerce et n'a pas encore été liquidée ?]

Comme indiqué dans ma réponse à votre question 1, la société de M. S._____ n'est plus active depuis le 31 août 2020 et n'exerce plus aucune activité. M. S._____ nous a informés qu'il ne voulait pas liquider la société mais la reprendre. Cependant, nous ne disposons d'aucune information indiquant que M. S._____ a pris des mesures pour reprendre complètement sa société ou pour procéder à sa liquidation ordinaire.

[3. Nous vous prions de bien vouloir préciser l'inventaire des actifs à liquider au 01.09.2020. Nous vous remercions de joindre toute pièce justificative.]

Vous trouverez les actifs, les créances et les créances en contrepartie dans le relevé de compte ci-joint datant du 1^{er} septembre 2020.

[4. Nous vous prions de bien vouloir préciser les clauses contractuelles dans le contrat de franchise concernant la liquidation, l'inscription au registre du commerce et les buts de la société (prière de joindre tout document justificatif)]

Selon les statuts de S._____ GmbH, l'assemblée des associés peut décider de dissoudre la société. Cependant, cette décision doit revêtir la forme authentique. A moins que la liquidation ne soit confiée à d'autres personnes, elle doit assurer par le président de la direction, M. S._____ [sic]. La liquidation n'est pas régie par contrat, mais par le Code des obligations suisse. Les actifs de la société dissoute sont répartis entre les associés au prorata des parts sociales après remboursement des dettes.

L'objet de la société est la gestion et l'exploitation d'un shop F._____ à I._____. Conformément au contrat de franchise, F._____ AG et la société travaillent en étroite coopération, poursuivant l'objectif commun d'une politique de vente et de chiffre d'affaires active dans le cadre de l'objet sous franchise. La société franchisée fait tout ce qui est en son pouvoir pour maintenir et promouvoir la bonne réputation de la marque F._____ ou de toute autre marque du franchiseur F._____ AG mise à disposition dans le cadre du contrat. M. S._____ avait le droit de vendre les

marchandises du shop en son nom propre et pour son propre compte.

[5. Dans quelle mesure M. S. _____ a-t-il lui-même déterminé les buts de la société ?]

L'objet de la société est énoncé dans les statuts de l'entreprise de M. S. _____. En tant que président de la direction, M. S. _____ dirigeait S. _____ GmbH de manière indépendante et avait le droit de vendre les marchandises du shop en son nom propre et pour son propre compte.

[6. Selon le registre du commerce et les statuts, la société a pour but la gestion et l'exploitation du shop F. _____ à I. _____. Elle peut créer des agences, succursales ou filiales en Suisse et à l'étranger. La société peut acquérir, gérer, grever et réaliser des participations, immeubles et droits de propriété intellectuelle et mettre en place des financements pour elle-même et pour des tiers et fournir des garanties et autres sûretés. Est-ce que M. S. _____ pourrait réactiver la société concernant les autres buts de la société, hormis la gestion et l'exploitation du shop F. _____ à I. _____ ?]

Comme déjà expliqué dans la réponse à votre question 1, M. S. _____ a la possibilité de reprendre complètement l'entreprise pour exercer une activité dans un autre secteur. Cela suppose toutefois qu'il reprenne la part sociale de F. _____ AG à sa valeur nominale. M. S. _____ nous a informés il y a quelque temps qu'il voulait reprendre la société. Cependant, nous ne disposons d'aucune information indiquant qu'il aurait entrepris des démarches pour reprendre complètement sa société.

[7. Si M. S. _____ ne peut plus réactiver la société, nous vous prions d'indiquer pour quel motif il ne pourrait pas reprendre une activité en lien avec les buts de la société]

F. _____ AG a mis fin à sa collaboration avec M. S. _____ et sa société le 31 août 2020 et ne la reprendra pas. Toutefois, M. S. _____ a bien entendu le droit de reprendre la société pour un autre but. Les conditions préalables à cette reprise ont déjà été exposées dans la réponse à votre question 6. »

En vue de respecter le droit d'être entendu de S. _____, Unia lui a soumis cette correspondance. Dans ses déterminations du 3 juin 2021, l'assuré s'est référé à un échange de courriels dans lesquels il demandait à F. _____ AG de lui faire parvenir les documents lui permettant de procéder à la liquidation et à la radiation de la société

S._____ GmbH; le 8 mars 2021, F._____ AG soumettait à l'assuré une proposition relative à l'apurement des dettes, selon laquelle elle s'acquitterait d'une somme en faveur de l'intéressé lequel s'engageait après paiement à renoncer à toute prétention à son encontre ; dans un courriel du 12 mars 2021, F._____ AG lui soumettait un accord pour la liquidation de la société, accord aux termes duquel l'assuré se déclarait prêt à prendre en charge la fonction de liquidateur ; tout comme le document du 8 mars 2021, cet accord précisait que « le gérant, en sa fonction de futur liquidateur, s'engage à ne pas faire valoir des revendications de quelque nature qu'elles soient contre F._____ AG ». Après s'être entouré des conseils d'un professionnel, l'assuré a indiqué qu'il avait décidé de ne pas accepter les termes de ces propositions. En effet, il avait encore des prétentions à faire valoir à l'encontre de F._____ AG s'agissant de la fermeture d'une route lors de son activité au sein du magasin F._____ d'I._____, ce qui avait entraîné une baisse considérable de rendement. Au vu de ces éléments, il fallait admettre que, malgré sa volonté de liquider la société S._____ GmbH, il ne pouvait se permettre de renoncer à d'autres prétentions pécuniaires. Pour le reste, il était toujours inscrit au registre du commerce en raison du litige l'opposant à F._____ AG et il estimait qu'à lui seul, cet argument ne justifiait pas le refus du versement des indemnités de chômage sollicitées.

Par décision sur opposition du 14 juin 2021, Unia a retenu que le contrat de franchise s'était terminé le 31 août 2020 et que le shop F._____ d'I._____ avait été repris par un tiers, sans que la société S._____ GmbH n'eut été radiée à ce jour, l'assuré restant pour le surplus inscrit au registre du commerce. De plus, F._____ AG et l'assuré avaient confirmé qu'il existait la possibilité de reprendre la société afin de poursuivre l'activité dans un autre secteur, l'intéressé ayant, dans un premier temps, souhaité conserver la société. Il fallait donc constater que la société était toujours inscrite au registre du commerce sans mention de liquidation ; en outre, l'inventaire des actifs n'avait pas été liquidé non plus car il subsistait des factures ouvertes de part et d'autre ; l'assuré expliquait cet état de fait par le litige l'opposant à F._____ AG. Dès lors, en l'absence de liquidation de la société, un risque d'abus par une

réactivation de cette dernière n'était pas exclu au 2 septembre 2020, date de l'inscription de l'assuré au chômage. En conséquence, Unia a rejeté l'opposition et confirmé sa décision du 11 mars 2021.

B. **a)** Par acte du 10 août 2021, S._____, toujours représenté par Me Manca, a recouru devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Vaud contre la décision sur opposition du 14 juin 2021 en concluant, sous suite de frais et dépens, principalement à son annulation et à l'octroi d'indemnités de chômage dès le 2 septembre 2020, subsidiairement au renvoi de la cause à l'autorité administrative pour nouvelle décision au sens des considérants. Se référant à diverses pièces au dossier, l'assuré a rappelé que la société S._____ GmbH était inactive depuis le 31 août 2020 et que son inscription au registre du commerce découlait uniquement du fait qu'il était franchisé pour le compte de la société F._____ AG. Au demeurant, l'aptitude au placement qui lui avait été reconnue à compter du 2 septembre 2020 (décision du 22 décembre 2020) s'expliquait par la fermeture de la société S._____ GmbH et son départ de celle-ci. Par ailleurs, le fait que la société n'avait pas encore été liquidée ne lui était pas imputable. En effet, il ressortait des documents produits que l'assuré était en litige avec F._____ AG et qu'il avait des prétentions à son encontre concernant notamment le paiement d'une indemnité en lien avec la fermeture de la route d'accès au shop pendant un certain temps, laquelle avait entraîné une perte significative du chiffre d'affaires. Ainsi, le processus de liquidation peinait à aboutir uniquement en raison du conflit opposant l'assuré à F._____ AG. Les pourparlers étaient toujours en cours au jour du recours. Aucune corrélation ne pouvait dès lors être faite entre son inscription au registre du commerce et sa légitimité à se voir allouer des indemnités de chômage. En tout état de cause, il n'avait pas la possibilité d'influer sur le gain assuré et son salaire était fixe depuis le début des relations contractuelles. Enfin, l'assuré avait débuté un nouvel emploi en date du 15 juillet 2021, ce qui constituait, selon lui, une preuve supplémentaire attestant du fait qu'il n'avait, depuis le 31 août 2020, aucune intention de faire revivre la société S._____ GmbH.

b) Dans sa réponse du 26 août 2021, Unia a souligné que, lors de son inscription à l'assurance-chômage, l'assuré n'avait pas contesté qu'il souhaitait, dans un premier temps, conserver la société S._____ GmbH et la vendre sans toutefois qu'il eût alors entrepris de démarches en vue d'une éventuelle liquidation. En effet, c'était le 12 mars 2021 que F._____ AG avait soumis à l'assuré une proposition d'accord afférente à la liquidation et à la prise en charge de la fonction de liquidateur. Elle a conclu au rejet du recours.

c) A l'appui de sa réplique du 14 octobre 2021, l'assuré a produit une liasse de pièces complémentaires, qui confirmaient selon lui sa volonté de liquider la société dès les premiers mois suivant son inscription à l'assurance-chômage. En outre, d'un article concernant le franchisage, il a déduit qu'il ne revêtait pas une position d'employeur mais qu'il était soumis à un rapport de subordination. Se référant pour le surplus intégralement aux arguments développés dans son mémoire de recours du 10 août 2021, il a déclaré en confirmer les conclusions.

d) Dupliquant en date du 22 octobre 2021, Unia a indiqué qu'elle n'avait pas de déterminations complémentaires à apporter, si bien qu'elle a confirmé les conclusions de sa réponse du 26 août précédent.

E n d r o i t :

1. a) La LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) est, sauf dérogation expresse, applicable en matière d'assurance-chômage (art. 1 al. 1 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0]). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte peuvent faire l'objet d'un recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 56 al. 1 LPGA ; 100 al. 3 LACI ; 128 al. 1 et 119 al. 1 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et

l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]), dans les trente jours suivant leur notification (art. 60 al. 1 LPGA).

b) En l'occurrence, déposé en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

2. Le litige porte sur le droit du recourant à des indemnités journalières de l'assurance-chômage dès le 2 septembre 2020, plus particulièrement sur la question de savoir s'il occupe une position analogue à celle d'un employeur au sein de la société S. _____ GmbH.

3. a) Dans un moyen qu'il convient d'examiner en premier lieu, le recourant se prévaut du droit à l'indemnité au motif de la reconnaissance de son aptitude au placement (cf. décision du 22 décembre 2020). Celle-ci comprend deux composantes intrinsèques à la personne de l'assuré (ATF 143 V 168 consid. 2 ; 136 V 95 consid. 5.1 et les références citées ; TF 8C_282/2018 du 14 novembre 2018 consid. 4.1 et les références citées), soit la faculté d'exercer une activité lucrative salariée sans que l'assuré en soit empêché pour des causes inhérentes à sa personne, et la disposition à accepter un travail convenable.

b) En l'occurrence, le Service de l'emploi a rendu le 22 décembre 2020 une décision d'aptitude au placement ce alors que par courrier du 2 décembre 2020, l'intimée avait expressément sollicité l'examen de l'aptitude au placement sous l'angle de l'inscription du recourant au registre du commerce. C'est donc en toute connaissance de l'existence d'une position assimilable à celle d'un employeur que le Service de l'emploi a admis l'aptitude au placement du recourant. Il a ainsi reconnu que le recourant offrait à un employeur toute la disponibilité normalement exigible, partant que la poursuite ou la reprise de son activité auprès de la société n'était pas envisageable. La question de savoir si l'intimée était ainsi légitimée à examiner la question d'une

situation assimilable à celle d'un employeur peut rester ouverte pour les raisons qui suivent.

4. a) La jurisprudence considère qu'un travailleur qui jouit d'une situation comparable à celle d'un employeur n'a pas droit à l'indemnité de chômage (art. 8 ss LACI) lorsque, bien que licencié formellement par une entreprise, il continue à fixer les décisions de l'employeur ou à influencer celles-ci de manière déterminante. Dans le cas contraire, en effet, on détournerait par le biais des dispositions sur l'indemnité de chômage la réglementation en matière d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, en particulier l'art. 31 al. 3 let. c LACI. Selon cette disposition, n'ont pas droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail les personnes qui fixent les décisions que prend l'employeur - ou peuvent les influencer considérablement - en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise ; cela vaut aussi pour les conjoints de ces personnes qui sont occupés dans l'entreprise. Dans ce sens, il existe un étroit parallélisme entre le droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail et le droit à l'indemnité journalière de chômage (ATF 142 V 263 consid. 4.1 ; 123 V 234 consid. 7b/bb ; TF 8C_448/2018 du 30 septembre 2019 consid. 3 ; TF 8C_511/2014 du 19 août 2015 consid. 5.1).

La situation est en revanche différente quand le salarié qui se trouve dans une position assimilable à celle d'un employeur quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci, car il n'y a alors pas de risque que les conditions posées par l'art. 31 al. 3 let. c LACI soient contournées. Il en va de même si l'entreprise continue d'exister, mais que l'assuré, par suite de la résiliation de son contrat, rompt définitivement tout lien avec la société et n'est donc plus en mesure d'influencer les décisions de l'employeur. Dans un cas comme dans l'autre, il peut en principe prétendre au versement d'indemnités journalières de chômage (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb ; TF 8C_511/2014 précité consid. 3.2 et les références citées). Toutefois, la jurisprudence exclut de considérer qu'un assuré a définitivement quitté son ancienne entreprise en raison de la fermeture de celle-ci tant qu'elle n'est pas entrée en

liquidation - les règles particulières visant les liquidateurs étant réservées (voir entre autres TF 8C_738/2015 du 14 septembre 2016 consid. 3.1 et 8C_1016/2012 du 19 août 2013 consid. 4.3, avec les références citées).

b) Lorsqu'il s'agit de déterminer quelle est la possibilité effective d'un dirigeant d'influencer le processus de décision de l'entreprise, il convient de prendre en compte les rapports internes existant dans l'entreprise. On établira l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes. La seule exception à ce principe concerne les membres des conseils d'administration car ils disposent ex lege (art. 716 à 716b CO [loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse ; RS 220]) d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI. Pour les membres du conseil d'administration, le droit aux prestations peut dès lors être exclu sans qu'il soit nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'ils exercent au sein de la société (ATF 122 V 270 consid. 3). Il en va de même, dans une société à responsabilité limitée, des associés, respectivement des associés gérants lorsqu'il en a été désigné, lesquels occupent collectivement une position comparable à celle du conseil d'administration d'une société anonyme (ATF 145 V 200 consid. 4.2 et 4.5 ; TF 8C_171/2012 du 11 avril 2013 consid. 6.1 et les références).

Ainsi, lorsque le salarié est membre d'un conseil d'administration ou associé d'une société à responsabilité limitée, l'inscription au registre du commerce constitue en règle générale le critère de délimitation décisif (ATF 122 V 270 consid. 3). La radiation de l'inscription permet d'admettre sans équivoque que l'assuré a quitté la société. Autrement, en effet, la possibilité demeure que celui-ci réactive l'entreprise et se fasse réengager. En fait, il suffit qu'une continuité des activités soit possible pour que le droit doive être nié en raison d'un risque de contournement de la loi. Cependant, si malgré le maintien de l'inscription au registre du commerce, l'assuré prouve qu'il ne possède effectivement plus ce pouvoir, il n'y a pas détournement de la loi (TF 8C_1016/2012 précité consid. 4.3 avec les références citées).

c) Le Tribunal fédéral se montre particulièrement rigoureux, considérant qu'aussi longtemps qu'une personne ayant occupé une fonction dirigeante maintient des liens avec sa société, la perte de travail qu'elle subit est réputée incontrôlable et la possibilité subsiste d'en poursuivre le but social. Ainsi, ce n'est pas seulement l'abus avéré que la loi et la jurisprudence entendent sanctionner, mais déjà le risque d'abus que représente le versement d'indemnités à des personnes pouvant conserver une influence sur la perte de travail qu'elles subissent (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb ; TF 8C_1004/2010 du 29 juin 2011 consid. 5.2).

5. Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 139 V 176 consid. 5.3 et les références citées). Il n'existe aucun principe juridique dictant à l'administration ou au juge de statuer en faveur de l'assuré en cas de doute (ATF 135 V 39 consid. 6.1 et les références citées).

6. Dans le cas particulier, l'intimée a dénié le droit du recourant à l'indemnité de chômage, au motif que celui-ci occupait une fonction assimilable à celle d'un employeur au sein de la société S._____ GmbH.

L'assuré, pour sa part, a contesté cette appréciation en faisant valoir que la société était inactive depuis le 31 août 2020 et que les difficultés rencontrées dans le processus de liquidation étaient imputables au conflit l'opposant à F._____ AG.

a) Si le recourant n'était plus salarié de la société S._____ GmbH à la date de son inscription à l'assurance-chômage le 2 septembre

2020, force est de constater que la liquidation de cette société n'avait toujours pas été décidée par l'assemblée des associés à cette date tout comme actuellement d'ailleurs faute d'inscription dans ce sens au registre du commerce du canton de Lucerne (consulté en ligne le 20 avril 2022) ; du 2 septembre 2020 jusqu'à la décision litigieuse rendue le 14 juin 2021, le recourant avait la qualité d'associé gérant avec droit de signature individuelle de la société S._____ GmbH et son inscription comme tel au registre du commerce perdure, du reste, à ce jour (Registre du commerce du canton de Lucerne consulté en ligne le 20 avril 2022).

L'entrée en liquidation de la société S._____ GmbH par décision de l'assemblée des associés a cependant été bloquée par le litige entre le recourant et F._____ AG, laquelle détient une part de 5'000 fr. avec droit de vote privilégié (cf. art. 3 des statuts de la société S._____ GmbH), donc un droit de vote égal à celui du recourant titulaire d'une part à 45'000 francs. Aucun élément au dossier ne permet au demeurant de soutenir que F._____ AG exige une liquidation suivie d'une dissolution (cf. courriel de F._____ AG au recourant du 26 novembre 2020) et que le recourant serait définitivement, que ce soit contractuellement, statutairement ou légalement, empêché de poursuivre l'activité de la société S._____ GmbH.

b) Le seul pouvoir décisionnel du recourant dans la société ne permet cependant pas dans le cas d'espèce de considérer qu'il existe un risque de contournement de la loi, en particulier de reprise des activités de l'entreprise, partant de réengagement.

C'est le lieu de rappeler que la société S._____ GmbH était liée à F._____ AG par un contrat de franchise. Ce contrat n'a pas été renouvelé et la franchise a pris fin le 31 août 2020. Par ailleurs, l'exploitation du shop F._____ à I._____ a été poursuivie dès le 1^{er} septembre 2020 par la société W._____ GmbH, dans laquelle le recourant n'a aucun pouvoir décisionnel. Cette société a également repris les contrats de travail des salariés de la société S._____ GmbH, à l'exception de celui du recourant. Ainsi, la société S._____ GmbH ne

pouvait plus poursuivre son activité principale, savoir l'exploitation du shop F._____ d'l._____ ou de tout autre shop F._____, comme indiqué par F._____ AG dans son courrier du 1^{er} février 2021. Partant, le recourant n'était plus en mesure de décider de son réengagement dans ce commerce, ni la société de conclure un nouveau contrat de franchise autorisant la continuation de son activité principale.

Certes, selon ses statuts, la société S._____ GmbH peut exercer nombre d'activités dans d'autres domaines, avec pour corollaire que sa réactivation est tout aussi concevable qu'une liquidation. Toutefois, le conflit opposant le recourant à F._____ AG, en particulier le droit de vote privilégié de cette dernière et son exigence de reprise de sa part sociale à sa valeur nominale conditionnant la poursuite d'une activité dans un autre secteur, restreint fortement la marge de manœuvre de l'intéressé. S'il a certes exprimé l'intention de reprendre les parts de F._____ AG dans la société et de conserver celle-ci, le recourant n'avait toujours pas concrétisé son projet à la date de la décision litigieuse. L'intimée ne pouvait dès lors considérer comme vraisemblable la poursuite d'une activité dans un autre secteur. Au demeurant, compte tenu des circonstances particulières du cas d'espèce, elle pouvait anticiper l'éventuelle finalisation du projet du recourant en lui rappelant son obligation d'aviser en cas de modification des circonstances (art. 31 LPGa), savoir en cas de rachat des parts de F._____ AG.

c) Au regard des circonstances du cas d'espèce, un risque de contournement de la clause d'exclusion de l'art. 31 al. 3 let. c LACI et de la jurisprudence y relative peut être écarté. Le recourant peut donc prétendre à l'indemnité de chômage dès le dépôt de sa demande de prestations le 2 septembre 2020, la réalisation des autres conditions légales exigées en la matière étant réservée.

7. a) Au vu de ce qui précède, le recours doit être admis et la décision entreprise annulée, le dossier étant renvoyé à l'intimée afin qu'elle examine si les autres conditions dont dépend le droit à l'indemnité de chômage sont réalisées.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. f bis LPGA). Vu le sort de ses conclusions, la partie recourante a droit à une indemnité de dépens à titre de participation aux honoraires de son conseil (art. 61 let. g LPGA). Il convient d'arrêter cette indemnité à 2'500 fr., débours et TVA compris (art. 10 et 11 TFJDA [tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative ; BLV 173.36.5.1]), et de la mettre intégralement à la charge de la partie intimée.

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
p r o n o n c e :**

- I.** Le recours est admis.

- II.** La décision sur opposition rendue par la Caisse de chômage Unia le 14 juin 2021 est annulée, la cause étant renvoyée à l'intimée pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

IV. La Caisse de chômage Unia versera à S._____ une indemnité de 2'500 fr. (deux mille cinq cents francs) à titre de dépens.

La présidente :

Le greffier :

Du

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

- Me Joëlle Manca, avocate (pour S._____),
- Caisse de chômage Unia,
- Secrétariat d'Etat à l'économie,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :

