



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 1654, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00
tribunalcantonal@fr.ch
www.fr.ch/tc

605 2018 92

Arrêt du 5 septembre 2019

1^e Cour des assurances sociales

Composition	Président :	Marc Boivin
	Juges :	Daniela Kiener, Marianne Jungo
	Greffier-rapporteur :	Bernhard Schaaf

Parties

A. _____, recourant

contre

**CAISSE PUBLIQUE DE CHÔMAGE DU CANTON DE FRIBOURG,
autorité intimée**

Objet

Assurance-chômage – indemnité de chômage; position assimilable à celle d'un employeur

Recours du 23 mars 2018 contre la décision sur opposition du 16 mars 2018

considérant en fait

A. A._____, ressortissant de B._____, né en 1982, domicilié à C._____, a bénéficié d'un cinquième délai-cadre d'indemnisation auprès de la Caisse publique de chômage du canton de Fribourg (ci-après: la caisse), du 14 janvier 2016 au 13 janvier 2018.

A l'issue de ce délai-cadre, il a revendiqué l'ouverture d'un sixième délai-cadre d'indemnisation, à partir du 14 janvier 2018 en se prévalant de l'activité exercée en qualité de ferrailleur et associé gérant du 16 août 2016 au 31 août 2017 auprès de la société D._____ Sàrl, puis de celle exercée en qualité de ferrailleur du 2 octobre 2017 au 30 novembre 2017 auprès de la société E._____ Sàrl.

Par décision formelle du 15 février 2018, la caisse a nié le droit à l'indemnité de chômage car A._____ occupait encore une position assimilable à celle d'un employeur au sein de D._____ Sàrl, dont il était associé gérant unique depuis le 14 octobre 2014.

Dans son opposition du 19 février 2018, il a fait valoir que D._____ Sàrl avait connu de grandes difficultés financières et n'avait plus d'activité depuis le mois d'août 2017 et qu'une audience de faillite était prévue le 6 mars 2018.

En acceptant partiellement l'opposition, la caisse, par décision sur opposition du 16 mars 2018, a nié le droit à l'indemnité de chômage uniquement durant la période du 14 janvier au 6 mars 2018, date à laquelle la faillite de D._____ Sàrl a été prononcée.

B. Le 23 mars 2018, A._____ interjette recours contre cette décision, conclut à son annulation et à ce que le droit à l'indemnité de chômage lui soit également reconnu pour la période du 14 janvier au 6 mars 2018. A l'appui de son recours, il allègue que D._____ Sàrl a cessé ses activités depuis le 31 août 2017 et qu'il n'a pas touché de salaire de celle-ci pendant la période litigieuse.

Dans ses observations du 7 mai 2018, la caisse conclut au rejet du recours.

Dans ses contre-observations du 18 mai 2018, le recourant fait valoir que la caisse avait versé des indemnités de chômage jusqu'au 13 janvier 2018, nonobstant sa qualité d'associé gérant de D._____ Sàrl pendant la période allant du 31 août 2017 au 13 janvier 2018.

La caisse, dans ses ultimes remarques du 25 mai 2018, indique que le recourant était précédemment au bénéfice d'un délai-cadre d'indemnisation du 14 janvier 2016 au 13 janvier 2018, qui a été ouvert sur la base de périodes de cotisations acquises en-dehors de D._____ Sàrl, de sorte que la question d'une situation assimilable à celle d'un employeur ne se posait pas. Il en est allé de même lors de la réinscription du recourant au chômage le 1^{er} décembre 2017 après que celui-ci ait perdu un emploi auprès d'une tierce entreprise.

Il sera fait état des arguments développés par les parties à l'appui de leurs conclusions dans les considérants en droit du présent arrêt pour autant que cela soit utile à la solution du litige.

en droit

1.

Interjeté en temps utile et dans les formes légales, auprès de l'autorité judiciaire compétente par un assuré directement touché par la décision querellée, le recours est recevable.

2.

2.1. Conformément à l'art. 8 al. 1 let. e de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI; RS 837.0), l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il remplit – entre autres conditions – celles relatives à la période de cotisation ou en est libéré (art. 13 et 14 LACI).

Selon l'art. 9 LACI, des délais-cadres de deux ans s'appliquent aux périodes d'indemnisation et de cotisation, sauf disposition contraire de la présente loi (al. 1). Le délai-cadre applicable à la période de l'indemnisation commence à courir le premier jour où toutes les conditions dont dépend le droit à l'indemnité sont réunies (al. 2). Le délai-cadre applicable à la période de cotisation commence à courir deux ans plus tôt (al. 3).

Celui qui, dans les limites du délai-cadre, a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation remplit les conditions relatives à la période de cotisation (art. 13 al. 1 LACI). L'art. 11 de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (OACI; RS 837.02) précise que, compte comme mois de cotisation, chaque mois civil, entier, durant lequel l'assuré est tenu de cotiser (al. 1). Les périodes de cotisation qui n'atteignent pas un mois civil entier sont additionnées. 30 jours sont réputés constituer un mois de cotisation (al. 2).

Par activité soumise à cotisation, il faut entendre toute activité de l'assuré destinée à l'obtention d'un revenu soumis à cotisation pendant la durée d'un rapport de travail (arrêt TF C 35/04 du 15 février 2006 consid. 2.2; ATF 133 V 515 consid. 2.4 et les références citées).

En ce qui concerne la période de cotisation, la seule condition du droit à l'indemnité de chômage est, en principe, que l'assuré ait exercé une activité soumise à cotisation durant la période minimale de cotisation. L'exercice d'une activité salariée pendant douze mois au moins est donc une condition à part entière pour la réalisation de la période de cotisation, tandis que le versement d'un salaire effectif n'est pas forcément exigé, mais permet au besoin de rapporter la preuve de cette activité. Le versement déclaré comme salaire par un employeur ne fonde pas, à lui seul, la présomption de fait qu'une activité soumise à cotisation a été exercée (arrêt TF C 35/04 précité consid. 2.2; ATF 133 V 515 consid. 2.2 et 2.3 et 131 V 444 consid. 3).

2.2. Toutefois, de jurisprudence constante et indépendamment des conditions prévues à l'art. 8 LACI, un travailleur qui jouit d'une situation professionnelle comparable à celle d'un employeur n'a pas droit à l'indemnité de chômage lorsque, bien que licencié formellement par une entreprise, il continue de 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 d'une disposition 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 l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail et le droit à l'indemnité de chômage. Celui-ci repose sur le fait qu'un travailleur licencié disposant d'un pouvoir d'influer sur les décisions de la société peut, à tout moment, décider de son propre réengagement de sorte que la perte de travail est comparable à une réduction de l'horaire de travail avec cessation momentanée d'activité. La situation est en revanche différente quand le salarié, se trouvant dans une position assimilable à celle de l'employeur, quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci; il en va de même lorsque l'entreprise continue d'exister mais que le salarié, par suite de la résiliation de son contrat, rompt définitivement tout lien avec la société. Dans un cas comme dans l'autre, l'intéressé peut en principe prétendre à des indemnités de chômage (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb; arrêt TF 8C_776/2011 du 14 novembre 2012 consid. 3.2 et les références).

2.2.1. La jurisprudence exclut de considérer qu'un associé a définitivement quitté son ancienne entreprise en raison de la fermeture de celle-ci tant qu'elle n'est pas entrée en liquidation. Par ailleurs, dans le contexte d'une société commerciale, le prononcé de la dissolution de la société et son entrée en liquidation ne suffisent en principe pas à considérer que l'assuré qui exerce encore la fonction de liquidateur a définitivement quitté son ancienne entreprise, en raison de la fermeture de celle-ci. Demeurent réservés les cas dans lesquels une procédure de faillite a été suspendue faute d'actif, une reprise d'une activité de la société et le réengagement de l'intéressé pouvant alors être exclus (arrêt TF 8C_481/2010 du 15 février 2011 consid. 4.2 et les références).

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; arrêt TF 8C_1004/2010 du 29 juin 2011 consid. 5.2).

2.2.2. 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 (DTA 1996/1997 n. 41 p. 227 s. consid. 1b et 2; SVR 1997 ALV n. 101 p. 311 consid. 5c; ATF 122 V 270 consid. 3).

La seule exception à ce principe concerne les personnes qui disposent *ex lege* d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI. Ceci est le cas pour les conseils d'administration (art. 716 à 716b CO) d'une société anonyme et des associées, respectivement associés gérants (art. 810ss CO) d'une société à responsabilité limitée (arrêt TF 8C_729/2014 du 18 novembre 2014 consid. 2 avec les références dont notamment ATF 123 V 234 consid. 7a).

C'est parce qu'elle considère que ce risque d'abus est d'emblée réalisé en ce qui concerne les membres des conseils d'administration disposant *ex lege* d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI que la jurisprudence exclut leur droit à prestations sans qu'il soit nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'ils exercent au sein de la société. Aussi, n'y a-t-il pas lieu de considérer que le risque d'abus est écarté du simple fait que le contrat de travail a été résilié et que le membre du conseil d'administration n'exerce plus une activité salariée au service de la société. On doit bien plutôt admettre que, malgré son licenciement formel, l'intéressé est toujours en mesure de fixer les décisions de l'employeur ou, du moins, de les influencer de manière déterminante en sa qualité de membre du conseil d'administration (arrêt TF 8C_140/2010 du 12 octobre 2010 consid. 4.3.2).

Le fait que la Sàrl d'une personne assurée ne réalise plus de chiffre d'affaire depuis un certain temps ne l'empêche pas de réactiver l'entreprise le cas échéant. L'arrêt temporaire d'une entreprise ne signifie pas plus l'abandon d'une position assimilable à celle d'un employeur que la simple intention de liquider une entreprise (arrêt TF C 235/03 du 22 décembre 2003 consid. 4).

2.3. Le juge des assurances sociales 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. Parmi tous les éléments de faits allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables. Il n'existe pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (arrêts TF 9C_694/2014 du 1^{er} avril 2015 consid. 3.2, C 35/04 du 15 février 2006 consid. 3 et les références citées).

3.

Est litigieuse la question de savoir si c'est à bon droit que la caisse a nié au recourant le droit à l'indemnité de chômage pour la période du 14 janvier au 6 mars 2018.

3.1. Le recourant fait valoir que D. _____ Sàrl, auprès de laquelle il a été associé gérant, a cessé ses activités depuis le 31 août 2017. Face à cela et n'ayant pas perçu de salaire de la part de D. _____ Sàrl depuis le 1^{er} septembre 2017, il a été engagé en tant qu'employé auprès de la société E. _____ Sàrl dès le 2 octobre 2017.

3.2. Dans le cas d'espèce, le délai-cadre applicable à la période de cotisation allait du 14 janvier 2016 au 13 janvier 2018.

Selon les pièces au dossier, le recourant a travaillé pendant cette période du 22 avril au 29 juin 2016 auprès de F. _____ Sàrl (dossier 1, p. 60ss), du 16 août 2016 au 31 août 2017 auprès de D. _____ Sàrl (dossier 1, p. 26s) et du 2 octobre au 30 novembre 2017 auprès de E. _____ Sàrl (dossier 1, p. 29s).

La caisse, dans sa décision du 15 février 2018 (dossier 1, p. 16s), a tenu compte du temps de cotisations réalisé auprès de F. _____ Sàrl et E. _____ Sàrl d'un total de 4.26 mois. Par contre, elle n'a pas pris en compte l'engagement auprès de D. _____ Sàrl dans laquelle le recourant était inscrit au registre de commerce comme associé gérant avec signature individuelle et avait de ce fait une position assimilable à celle d'un employeur.

Dans sa décision sur opposition (dossier 1, p. 4ss), la caisse constate que la faillite de D. _____ Sàrl a été prononcée le 6 mars 2018 et que celle-ci met fin à la position assimilable à celle d'un employeur. Dès lors, la caisse a nié le droit à l'indemnité de chômage uniquement durant la période du 14 janvier au 6 mars 2018. De plus, elle indique que les autres conditions du droit à l'indemnité à partir du 7 mars 2018 sont en cours d'examen.

3.3. Comme il a été démontré plus haut, les associés gérants d'une société à responsabilité limitée, position que le recourant avait dans D. _____ Sàrl pendant la période litigieuse, disposent *ex lege* d'un pouvoir de fixer les décisions que cette société était amenée à prendre comme employeur ou, à tout le moins, de les influencer considérablement et de ce fait d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI (cf. arrêt TF C 37/02 du 22 novembre 2002 consid. 4).

Cette circonstance étant réalisée, c'est à bon droit que la caisse a nié le droit aux indemnités de chômage.

Les arguments mis en avant par le recourant n'y changent rien. Le fait que D. _____ Sàrl a cessé ses activités depuis le 31 août 2017 ne l'empêchait pas de réactiver l'entreprise et ne signifie pas l'abandon d'une position assimilable à celle d'un employeur. De plus, cette allégation du recourant n'est prouvée par aucune pièce. Ainsi, de la lettre de licenciement de D. _____ Sàrl du 24 juillet 2017 (dossier 1, p. 25), signée par le recourant non seulement en tant qu'employé mais également en tant qu'employeur, il ressort seulement qu'une restructuration de l'ensemble du personnel est effectuée.

Le fait que le recourant a été engagé par E. _____ Sàrl ne change rien non plus à sa position assimilable à celle d'un employeur. Celle-ci a seulement pris fin avec la faillite, prononcée le 6 mars 2018, ainsi que la caisse le relève à juste titre, car dans le cas d'espèce, cette procédure de faillite a été suspendue faute d'actifs, excluant une reprise d'une activité de la société et donc le réengagement du recourant.

En outre, la situation en l'espèce n'est pas comparable à celle qui prévalait pendant le délai-cadre d'indemnisation qui courrait du 14 janvier 2016 au 13 janvier 2018. Celui-ci a certes été ouvert sur la base de périodes de cotisations acquises pendant le délai-cadre de cotisation du 14 janvier 2014 au 13 janvier 2016, mais, selon les indications de la caisse, en-dehors de D. _____ Sàrl, de sorte que la question d'une situation assimilable à celle d'un employeur ne se posait pas.

4.

Pour les raisons exposées ci-dessus, le recours, mal fondé, est rejeté et la décision sur opposition du 16 mars 2018 est confirmée.

Il n'est pas perçu de frais de justice.

la Cour arrête :

- I. Le recours de A. _____ est rejeté.
- II. Il n'est pas perçu de frais de justice.
- III. Notification.

Un recours en matière de droit public peut être déposé auprès du Tribunal fédéral contre le présent jugement dans un délai de 30 jours dès sa notification. Ce délai ne peut pas être prolongé. Le mémoire de recours sera adressé, en trois exemplaires, au Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne. Il doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve et être signé. Les motifs doivent exposer succinctement en quoi le jugement attaqué viole le droit. Les moyens de preuve en possession du (de la) recourant(e) doivent être joints au mémoire de même qu'une copie du jugement, avec l'enveloppe qui le contenait. La procédure devant le Tribunal fédéral n'est en principe pas gratuite.

Fribourg, le 5 septembre 2019/bsc

Le Président :

Le Greffier-rapporteur :