

S1 20 206

JUGEMENT DU 2 JUIN 2022

**Tribunal cantonal du Valais
Cour des assurances sociales**

Composition : Candido Prada, président ; Jean-Bernard Fournier et Thomas Brunner, juges ; Mireille Allegro, greffière

en la cause

X _____, recourant, représenté par Maître Marc-André Mabillard, avocat, 1912 Leytron

contre

CAISSE DE CHÔMAGE OCS, 1950 Sion, intimée

(art. 31 al. 3 let. b et c LACI ; position assimilable à celle d'un employeur)

Faits

A. X _____, né le xxx, a fondé la société A _____ Sàrl le 18 décembre 1997 avec sa mère B _____ et son frère C _____, dans le but d'exploiter un café-restaurant à D _____.

En décembre 2009, il a été inscrit comme associé, gérant et président, avec signature individuelle, pour une part sociale de 1000 fr., son frère comme associé sans droit de signature pour une part de 1000 fr. et sa mère comme associée et gérante, avec signature individuelle, pour 18 parts sociales de 1000 francs.

Le 12 août 2013, il a épousé E _____, née le xxx, avec laquelle il avait eu un fils en xxx 2009.

B. En janvier et février 2015, à quelques jours d'intervalle, X _____ et E _____ se sont inscrits comme demandeurs d'emploi auprès de l'Office régional de placement (ORP), puis ont rempli une demande d'indemnité de chômage, en raison de la fermeture définitive de l'établissement le 31 mars 2015. Selon l'attestation de l'employeur, X _____ occupait le poste d'aide gérant pour un salaire de 4000 fr. brut par mois et E _____ celui de serveuse depuis le 26 décembre 2005, pour un salaire de 3700 fr. brut par mois.

Le 14 février 2015, X _____ a cédé sa part sociale à sa mère et a demandé d'être radié de la société. C _____ a également transmis sa part sociale à sa mère, qui s'est finalement retrouvée seule associée et gérante, avec signature individuelle, de la société.

Par décision n° 451 du 6 juillet 2015, la Caisse de chômage OCS (ci-après : la Caisse) a refusé à X _____ le droit à l'indemnité de chômage dès lors qu'il était toujours inscrit comme associé de la société et détenait donc une position assimilable à celle d'un employeur.

Par décision n° 452 du même jour, la Caisse a également refusé le droit à l'indemnité de chômage de E _____ dès lors qu'elle était l'épouse d'une personne occupant une position assimilable à celle d'un employeur.

Représentés par M^e Marc-André Mabillard, les époux ont tous deux formés opposition contre ces décisions, par écriture du 24 juillet 2015. Ils ont signalé à la Caisse que le 9 juillet 2015, X _____ avait finalement été radié du registre du commerce. Ils ont

précisé que l'immeuble du café-restaurant, dont le père de X _____, F _____ était le propriétaire, avait été remis à bail au Service de l'action sociale dès le 1^{er} juin 2015 comme foyer d'hébergement pour requérants d'asile. Selon l'attestation établie le 15 avril 2015 par F _____, l'établissement avait fermé définitivement ses portes le 31 mars 2015 pour cause de retraite du propriétaire et de son épouse et allait être affecté à une autre activité dès le 1^{er} juin, mais la société A _____ Sàrl était maintenue en qualité de société de gestion immobilière.

Interpellé, le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) a constaté que la radiation autoriserait la Caisse à reconnaître le droit à l'indemnités de chômage des assurés, mais a relevé que ces derniers étaient devenus depuis le 12 octobre 2015 - en lieu et place de F _____ et B _____ - associé/président des gérants et associée/gérante avec signature collective à deux puis individuelle, de la société G _____ Sàrl (anciennement H _____ Sàrl), qui exploitait le restaurant I _____, à J _____, ce qui posait la question de leur aptitude au placement.

Le 12 novembre 2015, les intéressés ont rappelé qu'il s'agissait d'examiner leur aptitude au moment de leur demande et non pas ultérieurement et ont expliqué que le projet d'exploitation du restaurant I _____ n'avait pas abouti (cf. courrier du 21 octobre 2015 de M^e K _____).

Par décisions du 20 novembre 2015 n° 331101799 et n° 331102105, le Service de l'industrie, du commerce et du travail (SICT) a confirmé l'aptitude au placement de E _____ et X _____ à partir du 13 avril 2015, mais également du 8 octobre 2015, dans la mesure où même si les assurés souhaitaient reprendre un établissement public par le biais de la société G _____ Sàrl, rien n'indiquait que pour l'instant ils n'étaient pas disponibles en vue de prendre un emploi convenable et qu'il leur appartenait de tenir l'ORP informé du développement d'un probable projet de reprise d'un établissement.

Suivant la position du SICT, la Caisse a rendu deux décisions sur opposition les 11 et 14 décembre 2015 par lesquelles elle a admis les oppositions et reformulé ses décisions en ce sens qu'elle a reconnu le droit à l'indemnité de chômage de X _____ à partir du 13 avril 2015 et celui de E _____ à partir du 1^{er} avril 2015.

C. Le 1^{er} février 2016, X _____ et E _____ ont repris la gérance de L _____, à M _____. Ils ont chacun signé un contrat de travail avec la société G _____ Sàrl pour un poste de gérant et un salaire mensuel brut de 3900 francs.

Par contrat de cession du 21 novembre 2019, ils ont cédé l'intégralité des parts sociales qu'ils détenaient dans la société à B _____ et ont demandé leur radiation du registre du commerce, laquelle a été opérée le 17 décembre 2019.

Le 27 décembre 2019, ils se sont inscrits comme demandeur d'emploi auprès de l'ORP et ont rempli, le 8 janvier 2020, une demande d'indemnité de chômage en invoquant la fermeture de l'établissement pour des raisons économiques en date du 31 décembre 2019.

A la demande de la Caisse, les assurés ont fourni leurs relevés bancaires pour la période du 1^{er} janvier 2018 au 31 décembre 2019 ainsi que leurs extraits de compte individuel, afin d'établir les salaires perçus et déclarés à l'AVS. Il ressort du relevé du compte privé Raiffeisen de X _____ que ce dernier a reçu régulièrement des crédits de la part de G _____ Sàrl à titre d'acompte ou solde de salaire, pour un total de 71 360 fr. pour l'année 2018 (dont 15 400 fr. reversé à son épouse). Pour sa part, E _____ n'a reçu de la société qu'un crédit de 1000 fr. le 23 mai 2017 et un autre de 245 fr. 85 le 3 octobre 2019. En revanche, de novembre 2017 à décembre 2018, elle a reçu de son époux des montants mensuels variables (allant de 500 fr. à 1200 fr.) pour une moyenne de 1230 fr. par mois (17 200 fr. : 14 mois = 1228 fr. 57 ; pour l'année 2018 17 200 fr. - 1800 fr. = 15 400 fr.), puis encore 700 fr. en juin 2019 et 800 fr. en décembre 2019. En 2018, des salaires annuels de 47 059 fr. 20 pour X _____ et 47 220 fr. 60 pour E _____ ont été déclarés auprès de Gastrosocial pour le prélèvement des cotisations sociales (soit un total de 94 279 fr. 80 contre un montant effectivement versé par la société de 71 360 fr.).

Sollicité, le SECO a rappelé que le seul risque d'abus suffisait et a considéré qu'en l'espèce, la transmission de la société à B _____ à plusieurs reprises semblait indiquer qu'il n'y avait pas de réelle intention de quitter une position assimilable à celle d'un employeur mais plutôt une volonté de contourner les dispositions légales.

Par décision du 6 avril 2020 n° 6000040714 et décision du 7 avril 2020 n° 8300040592, la Caisse a refusé le droit à l'indemnité de chômage des époux E/X _____ dès le 1^{er} janvier 2020 et a demandé à X _____ la restitution du montant perçu à tort par 6276 fr., en se basant sur l'avis du SECO et en relevant qu'en novembre 2015, l'aptitude au placement avait été reconnue aux assurés moyennant information quant à un probable projet de reprise d'établissement, laquelle n'avait jamais été communiquée à la Caisse par les intéressés alors même qu'il ressortait de l'extrait de compte AVS qu'une activité rémunérée avait été déclarée dès le mois de février 2016.

Les époux se sont opposés à ces décisions le 7 mai 2020, en arguant que la cession des actions et la radiation du registre du commerce ne laissent aucun doute sur l'abandon définitif de la position assimilable à celle d'un employeur et que le transfert des parts à B _____ s'expliquait par le fait que c'était toujours elle et feu son époux F _____ qui avaient géré la société dans les faits, comme le prouvaient les contrats de bail à loyer et de vente mobilière qui avaient été co-signés par F _____ et avaient pu être honorés grâce à une cédule hypothécaire souscrite par F _____ et B _____ sur leur maison.

Par décisions sur opposition des 2 (719/2020/67) et 4 (720/2020/68) septembre 2020, la Caisse a rejeté les griefs des assurés en répétant l'avis du SECO du 18 mars 2020 selon lequel il suffisait qu'une continuité des activités soit possible pour que le droit doive être nié en raison d'un risque de contournement de la loi.

D. Les 5 (S1 20 206) et 6 (S1 20 210) octobre 2020, les époux ont recouru céans contre ces prononcés en réitérant les arguments de leur opposition.

Répondant le 5 novembre 2020, la Caisse a conclu au rejet du recours en renvoyant la Cour aux considérants de la décision attaquée et à la position du SECO du 18 mars 2020.

Le 13 novembre 2020, les recourants ont indiqué ne pas avoir d'éléments nouveaux à faire valoir.

L'échange d'écritures a été clos le 19 novembre 2020.

Le dossier de la cause S1 20 210 concernant E _____, représentée par M^e Marc-André Mabillard, a été versé en cause le 28 avril 2022, ce dont les parties ont été informées par pli du même jour.

Considérant en droit

1. Selon l'article 1 alinéa 1 de la loi du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI), les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) s'appliquent à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité, à moins que la LACI ne déroge expressément à la LPGA.

Posté le 5 octobre 2020, le recours à l'encontre de la décision sur opposition du 2 septembre 2020 a été interjeté dans le délai légal de trente jours (art. 60 LPGA) et devant l'instance compétente (art. 56, 57 et 58 LPGA ; art. 81a al. 1 LPJA). Il répond par ailleurs aux autres conditions formelles de recevabilité (art. 61 let. b LPGA), de sorte que la Cour doit entrer en matière.

2. Le litige porte sur le point de savoir si l'autorité intimée était fondée à nier le droit du recourant à l'indemnité de chômage dès le 1^{er} janvier 2020, au motif qu'il occupait une position assimilable à celle d'un employeur, et partant à lui réclamer la restitution des indemnités déjà versées.

2.1.1 Il découle de l'article 31 alinéa 3 lettre b LACI que le conjoint de l'employeur, occupé dans l'entreprise de celui-ci, n'a pas droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (RHT). Selon l'article 31 alinéa 3 lettre c LACI, 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 ; il en va de même des conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise. Le Tribunal fédéral a explicité les motifs fondant l'application analogique de cette règle à l'octroi de l'indemnité de chômage (ATF 145 V 200 consid. 4.1 et 142 V 268 consid. 5.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_155/2011 du 25 janvier 2012 consid. 3.3 et les références, notamment à l'arrêt de principe paru à l'ATF 123 V 234). Le droit du conjoint à l'indemnité chômage ne pourra être que nié tant que le dirigeant est lié à l'entreprise (arrêts du Tribunal fédéral 8C_163/2016 du 17 octobre 2016 consid. 4.2, 8C_231/2012 du 16 août 2012 consid. 3.2). Cette règle s'applique quel que soit le régime matrimonial (Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, ad art. 10 ch. 27 LACI ; DTA 2011 p. 65). L'exclusion s'applique que l'entreprise soit une société commerciale ou une entreprise individuelle (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 50/04 du 26 juillet 2005 consid. 3.1 ; Boris Rubin, op. cit., ad art. 10 ch. 27 LACI).

Le Tribunal fédéral a rappelé dans un arrêt de principe (ATF 123 V 234) que pour des raisons de conflits d'intérêts évidents, la loi exclut du cercle des bénéficiaires de l'indemnité en cas de réduction de travail les personnes qui occupent dans l'entreprise une position dirigeante leur permettant de déterminer elles-mêmes l'ampleur de la diminution de leur activité (cf. art. 31 al. 3 let. c LACI). Il en va de même des conjoints de ces personnes qui travaillent dans l'entreprise. Il existe un risque de contournement de cette clause d'exclusion lorsque, dans un contexte économique difficile, ces mêmes personnes procèdent à leur propre

licenciement et revendiquent l'indemnité de chômage tout en conservant leurs liens avec l'entreprise. Dans une telle configuration, en effet, il est toujours possible pour elles de se faire réengager dans l'entreprise ultérieurement et d'en reprendre les activités dans le cadre de son but social. La même chose vaut pour le conjoint de la personne qui se trouve dans une position assimilable à un employeur lorsque, bien que licencié par ladite entreprise, il conserve des liens avec celle-ci au travers de sa situation de conjoint d'un dirigeant d'entreprise. Cette possibilité d'un réengagement dans l'entreprise - même si elle est seulement hypothétique et qu'elle découle d'une pure situation de fait - justifie la négation du droit à l'indemnité de chômage. Ce droit peut toutefois être reconnu lorsque le dirigeant démontre qu'il a coupé tous les liens qu'il entretenait avec l'entreprise (en raison de la fermeture de celle-ci ou en cas de démission de la fonction dirigeante) ou, s'agissant du conjoint licencié, lorsque celui-ci a travaillé dans une autre entreprise que celle dans laquelle son mari ou sa femme occupe une position assimilable à un employeur. Lorsque la personne a été engagée comme salariée, elle doit avoir rompu définitivement tous les liens avec l'entreprise à la suite de la résiliation de son contrat de travail. Un réengagement ne pourrait alors plus dépendre de la volonté de la personne licenciée, faute de pouvoir décisionnel. La cessation des liens empêche que le statut semblable à celui d'un employeur perdure (arrêts du Tribunal fédéral 8C_574/2017 du 4 septembre 2018 consid. 5.1 et 8C_163/2016 du 17 octobre 2016 consid. 4.2 ; Boris Rubin, op. cit., ad art. 10 ch. 32 LACI).

Bien que cette jurisprudence puisse paraître très sévère, il y a lieu de garder à l'esprit que l'assurance-chômage n'a pas vocation à indemniser la perte ou les fluctuations de gain liées à une activité indépendante mais uniquement la perte de travail, déterminable et contrôlable, du travailleur ayant un simple statut de salarié qui, à la différence de celui occupant une position décisionnelle, n'a pas le pouvoir d'influencer la perte de travail qu'il subit et pour laquelle il demande l'indemnité de chômage (arrêt du Tribunal fédéral 8C_536/2013 du 14 mai 2014 consid. 3).

2.1.2 En ce qui concerne la preuve, le juge fonde sa décision, en matière d'assurances sociales et 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 fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 142 V 435 consid. 1, 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3, 126 V 353 consid. 5b et 125 V 193 consid. 2).

2.2 En l'espèce, force est d'admettre, à l'instar de l'intimée et du SECO, que le cas présente des spécificités particulières qui justifient de considérer qu'il y avait un risque de détournement de la loi. En effet, la société n'a pas été dissoute et a été reprise par la mère du recourant. Or, ce lien de parenté peut être considéré comme un motif d'exclusion du droit à l'indemnité de chômage, B _____ ayant à tout moment la faculté de réengager son fils et l'épouse de ce dernier dans la société.

En outre, les époux avaient déjà procédé de la sorte en 2015 et leur aptitude au placement avait finalement été reconnue par le SICT, pour autant qu'ils tiennent régulièrement informé l'ORP du développement d'un projet de reprise d'un établissement, ce qui n'a pas été fait.

Contrairement à ce que prétendent les époux, aucun élément factuel suffisamment probant prouve qu'ils ont rompu définitivement tout lien avec la société, étant rappelé qu'une simple possibilité, même hypothétique, d'un contournement de la loi suffit à nier le droit au chômage.

Partant, c'est à bon droit que l'intimée a refusé tout droit à des prestations au recourant dès le 1^{er} janvier 2020 et a demandé la restitution des indemnités versées à tort, dont le montant n'a pas été contesté par ce dernier.

3. Il s'ensuit que le recours du 5 octobre 2020 est rejeté et la décision attaquée du 2 septembre 2020 de la Caisse OCS confirmée.

4. Il n'est pas perçu de frais (art. 61 let. a aLPGA et 83 LPGA) ni alloué de dépens (art. 61 let. g LPGA a contrario).

Prononce

1. Le recours du 5 octobre 2020 de X _____ contre la décision sur opposition du 2 septembre 2020 (719/2020/67) est rejeté.
2. Il n'est pas perçu de frais, ni alloué de dépens.

Sion, le 2 juin 2022