

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 9 août 2010

Présidence de M. ZIMMERMANN, juge unique
Greffier : Mme Matile

Cause pendante entre :

N. _____, à Lucens, recourant,

et

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, Division juridique, à Lausanne,
intimée.

Art. 8 al. 1 let. b LACI, 11 al. 1 LACI et 94 al. 1 let. a LPA-VD

E n f a i t :

A. Le 8 octobre 2007, N._____ et L._____ ont conclu une «convention de collaboration commerciale» (ci-après: la Convention), en vigueur dès le 1er octobre 2007. Aux termes de l'art. 1 de la Convention, N._____, désigné comme «agent», a reçu de L._____ le droit de négocier des contrats d'assurances individuelle et collective pour les caisses maladie et les sociétés administrées par L._____ (al. 1); l'agent exerce cette activité à titre indépendant et peut travailler pour d'autres compagnies d'assurances pour autant que cela ne porte pas préjudice aux sociétés de L._____ (al. 2). S'appliquent la Convention, le règlement général de commissionnement et le CO (art. 2). La Convention détermine le pouvoir de représentation de l'agent (art. 3); ses droits et obligations à l'égard de L._____, ainsi que sa responsabilité (art. 4); le secret des affaires et la protection des données (art. 5); le rayon d'activité (art. 6); les droits et obligations de L._____ (art. 7). L'art. 8 régit la rémunération de l'agent. Il dispose que si elle est prévue par le règlement général de commissionnement qui fait partie intégrante de la Convention, l'agent a droit à une commission d'acquisition sur les affaires qu'il a négociées; cette commission couvre la totalité des prétentions de l'agent, frais et dépenses inclus (al. 1); la rémunération est déterminée selon les tables ad hoc de chaque branche; elles peuvent être modifiées en tout temps par L._____ et font partie intégrante de la Convention; les contrats refusés par L._____ ou le preneur d'assurances ne donnent pas droit à une commission (al. 2). L._____ procède à des avances alimentant un compte de commissions (art. 9). L'activité de N._____ a été soumise au paiement des cotisations AVS.

B. Le 14 avril 2009, N._____ a présenté une demande d'indemnités au sens de la LACI (Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage et l'indemnité en cas d'insolvabilité; RS 837.0). Il a déclaré être disponible pour une activité à plein temps. Il a précisé être «toujours sous contrat» avec L._____. Il a joint neuf récapitulatifs du compte des commissions, pour la période allant de mai 2008 à mars 2009,

pour un montant variant entre 708 fr. et 8'164 fr., le montant moyen étant de 2'781 fr. par mois. Le 6 mai 2009, L._____ a produit une attestation, selon laquelle il avait versé 30'538 fr. 90 à N._____ pour la période allant du 1^{er} janvier au 31 décembre 2008 et 2'770 fr. 10 pour les mois de janvier à mars 2009, soit une moyenne mensuelle de 2'220 fr. 60. Le 3 juin 2009, la Caisse cantonale de chômage (ci-après: la Caisse) a rejeté la demande d'indemnités, au motif que N._____ ne serait pas au chômage, dès lors qu'il disposerait d'une activité rémunérée, étant toujours lié à L._____ par la Convention. Le 6 octobre 2009, la Caisse a rejeté l'opposition formée par N._____ contre la décision du 3 juin 2009, qu'elle a confirmée.

C. N._____ a recouru. La Caisse propose le rejet du recours.

D. Par courrier du 23 juillet 2010, les parties ont été informées que la cause avait été reprise par un nouveau juge instructeur.

E n d r o i t :

1. Eu égard au montant des indemnités en jeu, la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 fr. L'affaire relève dès lors de la compétence du juge unique de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD [Loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36]).

2. a) Aux termes de l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a) et s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (let. b). Est réputé sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et cherche à exercer une activité à plein temps (art. 10 al. 1 LACI). Est réputé partiellement sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et cherche à n'exercer qu'une activité à temps partiel (art. 10 al. 2 let. a LACI) ou celui qui occupe un emploi à temps partiel et cherche à le remplacer par une activité à plein temps ou à le compléter par une autre

activité à temps partiel (art. 10 al. 2 let. b LACI). Aux termes de l'art. 11 al. 1 LACI, il y a lieu de prendre en considération la perte de travail lorsqu'elle se traduit par un manque à gagner et dure au moins deux journées de travail consécutives.

b) A titre préalable, se pose la question de la qualification juridique de la Convention comme contrat. Dès lors que le recourant est désigné comme «agent», que sa tâche consiste à négocier des contrats d'assurance pour le compte de L._____, qu'il exerce cette activité à titre indépendant et qu'il est rémunéré par le biais de commissions, on pourrait envisager de définir la «convention de collaboration commerciale» comme un contrat d'agence au sens de l'art. 418a CO. Cela étant, en droit des assurances sociales, l'agent est généralement considéré comme dépendant (à l'instar des travailleurs salariés), à moins que l'ensemble des circonstances ne conduisent à conclure à l'existence d'une activité indépendante, par exemple si l'agent a consenti des investissements importants ou rétribue son propre personnel (ATF 119 V 161; cf. Paul Tercier/Pascal G. Favre/Damien Conus n. 5701, in: Paul Tercier/Pascal G. Favre, Les contrats spéciaux, 4^{ème} éd., Zurich, 2009). En l'espèce, le recourant se trouve, par rapport à L._____, dans une position proche de celle d'un salarié, comme le confirme aussi le fait que son activité est soumise au paiement des cotisations sociales. Ni la loi, ni l'ordonnance, ni la circulaire du Secrétariat d'Etat à l'économie (Seco) relative à l'indemnité de chômage (IC), dans sa dernière version de janvier 2007, ne traitent spécifiquement de la perte de travail à prendre en considération pour la détermination du droit aux indemnités de chômage, s'agissant d'un contrat d'agence. On appliquera dès lors, par analogie, les principes dégagés relativement au travail sur appel.

3. a) Le travailleur sur appel ne subit en principe pas de perte de travail, respectivement pas de perte de gain à prendre en considération, lorsqu'il n'est pas appelé, car le nombre de jours où il est amené à travailler est considéré comme normal (ATF 107 V 59 c. 1; cf. en dernier lieu, CASSO ACH 62/09 - 49/2010 du 18 mars 2010, c. 2a). Exceptionnellement toutefois, lorsque les appels diminuent après que

l'assuré a été appelé de manière plus ou moins constante pendant une période prolongée (période de référence), une telle perte de travail et de gain peut être prise en considération. Plus les appels ont été réguliers, plus la période de référence sera courte. En revanche, si la fréquence des appels varie d'un mois à l'autre et que la durée des interventions subit d'importantes fluctuations, la période de référence sera d'autant plus longue. L'horaire de travail normal ne peut être calculé simplement sur la moyenne (ATF 107 V 59 c. 1; TF C 8/06 du 1^{er} février 2007 c. 4.1 et les références; CASSO ACH 62/09 - 49/2010, précité, c. 2a). Ces principes ont été repris par le Seco dans sa circulaire relative à l'indemnité de chômage (IC) sous les chiffres B95 et B96, 1^{ère} phrase. Pour établir le temps de travail normal dans le cadre de contrats de durée assez longue, il y a lieu de se fonder sur le nombre d'heures de travail accomplies par année et d'examiner dans quelle mesure celui-ci s'écarte de la moyenne annuelle (TF C_9/06 du 12 mai 2006). On prendra en principe pour période de référence les douze derniers mois ou toute la durée du rapport de travail s'il a duré moins de douze mois (IC, B96, 2^e phrase). En dessous de six mois d'occupation, il est impossible de déterminer un temps de travail normal (IC, B96, dernière phrase). Pour qu'un temps de travail puisse être présumé normal, il faut que ses fluctuations mensuelles ne dépassent pas 20% en plus ou en moins du nombre moyen des heures de travail fournies mensuellement pendant la période d'observation de douze mois, ou 10% si cette période est de six mois seulement (IC, B97, al. 1). Si les fluctuations dépassent ne serait-ce qu'un seul mois le plafond admis, il ne peut plus être question d'un temps de travail normal, et en conséquence, la perte de travail et la perte de gain ne peuvent être prises en considération (IC, B97, al. 2).

b) La Convention a produit ses effets dès le 1^{er} octobre 2007. Le recourant a demandé les indemnités de chômage dès le 14 avril 2009. On ne se trouve dès lors pas dans une relation stable qui a duré plusieurs années (cf. par exemple CASSO ACH 62/09 - 49/2010, précité). Il ressort de la Convention que L. _____ ne garantit minimalement au recourant ni volume de travail, ni rémunération. Le contrat a duré plus de douze mois. Or, au cours de cette période, le montant des commissions versées par

L. _____ au recourant ont très fortement fluctué, en tout cas au-delà de l'amplitude de 20% déterminant un temps de travail normal. Il n'y a dès lors pas lieu de déroger à la règle selon laquelle il n'y a pas de perte de travail à prendre en considération, en cas de travail sur appel ou de travail analogue.

4. Le recours doit ainsi être rejeté et la décision attaquée confirmée. Il est statué sans frais (art. 61 let. a LPGA [Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales; RS 830.1]).

**Par ces motifs,
le juge unique
prononce :**

- I.** Le recours est rejeté.

- II.** La décision rendue le 6 octobre 2009 par la Caisse cantonale de chômage est confirmée.

- III.** Il est statué sans frais.

Le juge unique :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- M. N. _____,
- Caisse cantonale de chômage, Division juridique,

- 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).

La greffière :