

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 30 août 2012

Présidence de M. NEU
Juges : Mmes Dessaux et Pasche
Greffier : M. Addor

Cause pendante entre :

C. _____, à Lonay, recourant, représenté par Me Flore Primault, avocate à Lausanne,

et

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

Art. 43 al. 1 LPGA; 8 al. 1 let. e LACI

E n f a i t :

A. C._____ (ci-après: l'assuré), né en 1950, a travaillé en tant que formateur d'adultes (enseignant de droit commercial) au service de T._____ SA d'avril 1998 à décembre 2009. Le 8 avril 2010, le Président du Tribunal d'arrondissement de K._____ a prononcé la faillite de cette société.

Le 27 juillet 2010, l'assuré s'est inscrit en tant que demandeur d'emploi à temps partiel (20% d'une activité à plein temps) et a revendiqué des indemnités de chômage dès le 15 juillet 2010. Un délai-cadre d'indemnisation lui a été ouvert par la Caisse cantonale de chômage, agence de S._____, du 15 juillet 2010 au 14 juillet 2012. Le décompte de prestations du mois de juillet 2010 faisait état d'un droit à 520 indemnités journalières au maximum.

Le 16 février 2011, l'agence a écrit à l'assuré une lettre à la teneur suivante:

« Les nouvelles dispositions de la loi sur l'assurance-chômage (LACI) entreront en vigueur le 1^{er} avril 2011. Les changements prévus auront une influence sur votre droit aux indemnités de chômage.

En ce qui vous concerne, nous sommes en mesure de vous informer que:

1. le 1^{er} avril 2011, votre droit selon les nouvelles dispositions de la LACI, s'élèvera à 260 indemnités journalières au maximum,
2. les indemnités journalières perçues jusqu'au 31 mars 2011 seront portées en déduction de votre droit mentionné ci-dessus,
3. à titre d'information, à fin janvier 2011, vous avez touché 138 indemnités journalières.

Par ailleurs, votre nouveau droit dès le 1^{er} avril 2011 sera majoré de 120 indemnités supplémentaires si, au moment de l'ouverture du délai-cadre, vous étiez à moins de quatre ans de l'âge de la retraite.

Vous trouverez en annexe à la présente une information générale sur les principaux changements prévus. [...] »

Etait joint à ce pli une lettre circulaire informant les assurés de leur droit aux indemnités journalières en fonction notamment de leur âge et de la durée de cotisation. Ainsi, un assuré âgé de 25 ans révolus ayant cotisé douze mois au moins sans toutefois atteindre une durée de 18 mois a droit à 260 indemnités journalières au lieu de 400 avant l'entrée en vigueur de la nouvelle, tandis qu'un assuré âgé de 55 ans révolus ayant cotisé 24 mois a droit à 520 indemnités journalières, sans changement par rapport à l'ancien droit.

Le 2 mars 2011, l'assuré a écrit à l'agence pour lui faire part de son désaccord avec ce qui précède et lui signaler que, compte tenu de son âge (supérieur à 55 ans) et de la durée de cotisation (depuis 1997), elle avait commis une erreur, qu'elle était dès lors priée de rectifier en lui reconnaissant le droit à 520 indemnités journalières.

Dans une lettre du 18 mars 2011, l'agence a fait savoir à l'assuré que la période de cotisation était examinée uniquement sur les deux années précédant l'inscription au chômage. Dès lors qu'il s'était inscrit le 15 juillet 2010, la période prise en considération s'étendait du 15 juillet 2008 au 14 juillet 2010. Or, durant cette période, l'assuré ne pouvait justifier d'une activité salariée auprès de la société T. _____ SA que du 15 juillet 2008 (début du délai-cadre) au 31 décembre 2009. Au total, la durée de cotisation était donc de 17 mois et 18,2 jours. Il était en outre précisé qu'une décision lui parviendrait dès qu'il serait arrivé au terme de son droit aux indemnités journalières.

Par décision du 29 juillet 2011, l'agence a signifié à l'assuré l'extinction de son droit aux indemnités journalières. Elle a rappelé avoir ouvert un délai-cadre d'indemnisation le 15 juillet 2010, indiquant que sur la base d'une période soumise à cotisation de 17 mois et 18 jours, le nombre maximum d'indemnités journalières était de 260, chiffre atteint le 29 juillet 2011.

Le 16 août 2011, l'assuré a formé opposition contre cette décision, réclamant implicitement son annulation. Il a pour l'essentiel

demandé que la Caisse cantonale de chômage (ci-après: la caisse) lui reconnaisse le droit à 520 indemnités journalières, compte tenu, d'une part, de la durée pendant laquelle il affirme avoir cotisé à l'assurance-chômage, et, d'autre part, de son âge.

Par décision du 1^{er} septembre 2011, la caisse a rejeté l'opposition, confirmant la décision attaquée.

B. Par acte du 28 septembre 2011, C._____, représenté par Me Flore Primault, a déféré cette décision devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal. Sous suite de frais et dépens, il a conclu à sa réforme « en ce sens que le recourant se voit reconnaître un droit à 260 indemnités de l'assurance-chômage à partir du 28 juillet 2011 inclusivement » (conclusion II), l'intimée étant par ailleurs invitée à « recalculer le montant des indemnités de l'assurance-chômage dues au recourant à partir du 15 juillet 2010 jusqu'au terme du délai-cadre de l'indemnisation » (conclusion III). Il a conclu subsidiairement à l'annulation de la décision sur opposition du 1^{er} septembre 2011 et au renvoi de la cause à l'intimée afin que celle-ci statue à nouveau sur la base des considérants du présent arrêt. En premier lieu, le recourant reproche à l'intimée de ne pas avoir déterminé correctement la durée totale de la période de cotisation. En retenant 17 mois et 18 jours, l'intimée n'a en effet, selon lui, pas pris en compte une activité sujette à cotisation après le jugement de faillite de la société T._____ SA prononcé le 8 avril 2010. Dès lors qu'il allègue avoir été au bénéfice d'un contrat de travail de durée indéterminée, l'activité sujette à cotisation aurait continué après le jugement de faillite de cette société, si bien que la durée totale de cotisation est supérieure à celle retenue par l'intimée. Dans un deuxième moyen, le recourant se plaint que cette dernière a omis de prendre en considération des cotisations versées dans le cadre d'un emploi à temps partiel auprès du Centre N._____ à K._____ depuis le mois de juillet 2008 jusqu'au mois de juin 2010. A l'appui de son recours, il a produit l'ensemble des décomptes de salaire afférents à cette période, lesquels font notamment état d'une retenue au titre de l'assurance-chômage. Bien qu'affirmant avoir déclaré à la caisse intimée son activité au service du

Centre N._____, le recourant déplore que celle-ci n'ait pas tenu compte des cotisations versées dans ce cadre. Il relève enfin que le fait de ne pas avoir pris en considération son travail au Centre N._____ a conduit l'intimée à faire fi du salaire qu'il y a obtenu dans la fixation du gain assuré, lequel doit dès lors être recalculé.

Dans sa réponse du 21 novembre 2011, la caisse intimée a conclu au rejet du recours et à la confirmation de la décision entreprise. Tout en maintenant la validité du calcul de la période de cotisation - effectué sur la base des renseignements fournis par l'assuré lui-même -, elle soutient que l'argument du recourant rendant compte d'une activité salariée au service du Centre N._____ constitue un fait nouveau qui aurait dû être invoqué au stade de la procédure administrative, de manière à donner à l'administration la possibilité d'évaluer l'opportunité de révoquer sa décision. Toutefois, par économie de procédure, l'intimée demande à la Cour de céans de procéder à des mesures d'instruction visant à préciser la portée du fait nouveau invoqué quant aux droits du recourant. Sur le fond, elle relève que l'extrait de compte AVS produit par l'assuré en cours de procédure d'opposition ne fait état, au 17 août 2010, que des versements effectués par T._____ SA; en outre, l'activité déployée au service du Centre N._____ doit être qualifiée d'indépendante. Par conséquent, selon l'intimée, la période de cotisation prouvée, durant le délai-cadre de cotisation (15 juillet 2008 au 14 juillet 2010), n'est pas supérieure à 17 mois et 18 jours, si bien que la décision attaquée n'est pas contraire au droit.

Dans sa réplique du 12 janvier 2012, le recourant conteste l'appréciation de la caisse intimée selon laquelle l'activité déployée au service du Centre N._____ serait de nature indépendante. Il estime au contraire qu'il s'agit d'une activité dépendante, dans la mesure où il existait un contrat de travail, le recourant faisant au surplus état de différents éléments mettant en évidence un lien de subordination. Sur le plan formel, il expose que l'opposition est un moyen de droit interne qui impose à l'autorité compétente de réexaminer la décision litigieuse sous tous ses aspects, avec un plein pouvoir d'examen, en complétant le

dossier, au besoin, par des mesures d'instruction complémentaire. Or, faute d'avoir été assisté d'un avocat en procédure d'opposition, le recourant ne s'est pas prévalu de son travail au Centre N._____, pensant que l'autorité intimée investiguerait d'office ce point de fait, dans la mesure où il le lui avait signalé auparavant. Pour autant, le recourant rappelle que l'autorité intimée ne s'est pas opposée à ce que le travail du recourant auprès du Centre N._____ fasse l'objet d'une instruction diligente par la Cour de céans. Il a en définitive maintenu les conclusions prises dans son recours.

Dupliquant le 2 mars 2012, l'intimée observe que la maxime inquisitoire régissant la procédure administrative est relativisée par le devoir de collaboration des parties à l'établissement des faits. Or, au moment de la décision litigieuse, les faits ne permettaient pas de soupçonner que l'assuré avait exercé une activité auprès du Centre N._____, si bien qu'une instruction complémentaire était à son avis exclue. En outre, elle précise qu'elle demande à la Cour de céans de confirmer la légalité de sa décision au regard des faits déterminants au moment où celle-ci a été rendue, seuls susceptibles d'être pris en compte selon la jurisprudence.

Dans ses déterminations du 29 mars 2012, le recourant argue que ce ne sont pas les faits retenus par la décision qui sont déterminants, mais l'état de fait existant au moment où la décision est rendue, que ce fait soit ignoré ou non dans la décision ou que ce fait y soit constaté faussement. Dans la mesure où le recourant réaffirme avoir annoncé aux organes de l'assurance-chômage l'existence de deux emplois, l'intimée se devait de vérifier ses allégations, ce qu'elle n'a pas fait. Elle ne saurait ainsi reprocher au recourant une violation de son devoir de collaborer. Par ailleurs, la position de l'intimée reviendrait à ses yeux à figer l'état de fait, l'autorité de recours étant liée par les faits constatés dans la décision prise, même si celle-ci est contestée et contestable dans la mesure où elle ignore les faits pertinents. Ce n'est donc pas l'état de fait - par hypothèse incomplet - contenu dans la décision dont est recours qui est déterminant, mais bien plutôt l'ensemble des faits existant au moment de la décision

attaquée. En produisant les décomptes de salaire afférents à son emploi au service du Centre N._____, le recourant prétend avoir prouvé de manière irréfutable l'existence de deux emplois et de cotisations suffisantes pour prétendre à 520 indemnités journalières. Il relève que l'intimée ne le conteste d'ailleurs pas et se réfère pour le surplus aux arguments développés dans son mémoire de recours et en réplique.

Cette écriture a été transmise pour information à l'intimée.

E n d r o i t :

1. a) Les dispositions de la LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales; RS 830.1) s'appliquent à l'assurance-chômage sous réserve de dérogations expresses (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 sont sujettes à recours (art. 56 al. 1 LPGA) devant le tribunal des assurances compétent (art. 58 LPGA). Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA).

En l'espèce, interjeté dans le respect du délai légal et des autres conditions de forme (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable. Il y a donc lieu d'entrer en matière.

b) La loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; RSV 173.36) s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD). La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD).

2. Le litige porte sur la question de savoir si le recourant peut se prévaloir d'une période de cotisation suffisante pour prétendre l'octroi de 520 indemnités journalières.

3. a) Selon l'art. 8 al. 1 let. e LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (art. 13 et 14 LACI). Le délai-cadre de cotisation commence à courir deux ans avant le premier jour où les conditions du droit à l'indemnité sont remplies (art. 9 al. 2 et 3 LACI). Dans ce délai de deux ans, l'assuré doit avoir exercé pendant douze mois au moins une activité lucrative soumise à cotisation (art. 13 al. 1 LACI). Aux termes de l'art. 11 OACI (ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité; RS 837.02), 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; trente jours sont réputés constituer un mois de cotisation (al. 2).

b) En vue de prévenir les abus qui pourraient advenir en cas d'accord fictif entre l'employeur et un travailleur au sujet du salaire que le premier s'engage contractuellement à verser au second, la jurisprudence a initialement considéré que la réalisation des conditions relatives à la période de cotisation (art. 8 al. 1 let. e et 13 LACI) présupposait qu'un salaire ait été réellement versé au travailleur (DTA 2001 n° 27 p. 225). Dans un arrêt ultérieur du 12 septembre 2005 (ATF 131 V 444), le Tribunal fédéral des assurances a précisé cette jurisprudence en indiquant qu'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 et que la jurisprudence exposée au DTA 2001 précité ne doit pas être comprise en ce sens qu'un salaire doit en outre avoir été effectivement versé; en revanche, la preuve qu'un salaire a bel et bien été payé est un indice important concernant la preuve de l'exercice effectif de l'activité salariée (ATF 131 V 444 consid. 3). Lorsque l'assuré ne parvient pas à prouver qu'il a effectivement perçu un salaire, notamment en l'absence de

virement périodique d'une rémunération sur un compte bancaire ou postal à son nom, la réalisation des conditions relatives à la période de cotisation ne peut être niée que s'il est établi que l'intéressé a totalement renoncé à la rémunération pour le travail effectué. Cette renonciation ne doit pas être admise à la légère. Cela s'explique en particulier par le fait qu'il n'existe pas de prescription de forme pour le paiement du salaire. Il est habituellement soit acquitté en espèces, soit versé sur un compte bancaire ou postal, dont le titulaire n'est pas nécessairement l'employé (cf. ATF 131 V 444 consid. 3.3; cf. également TF 8C_875/2009 du 7 décembre 2009 consid. 5; TF C 183/06 du 16 juillet 2007 consid. 3; TF C 72/06 du 16 avril 2007 consid. 5.2).

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 cependant pas, à lui seul, la présomption de fait qu'une activité salariée soumise à cotisation a été exercée. 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, ce qui suppose l'exercice effectif d'une activité salariée suffisamment contrôlable (cf. Boris Rubin, Assurance-chômage: Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, Procédure, 2^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2006, n° 3.8.4.2 p. 179; cf. ATF 133 V 515 consid. 2.2 ss et la jurisprudence citée).

c) Dans le domaine des assurances sociales, la procédure devant le tribunal cantonal des assurances est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe n'est pas absolu; sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire (cf. art. 61 let. c LPG). Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter

les conséquences de l'absence de preuves (cf. TFA C 288/00 du 26 juillet 2001 et la référence). En d'autres termes, les assurés sont tenus de collaborer à la procédure judiciaire et peuvent produire tous les éléments qu'ils jugent nécessaires à la défense de leurs intérêts.

On rappellera qu'en droit des assurances sociales, le juge fonde sa décision 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 126 V 353 consid. 5b; 125 V 193 consid. 2; cf. aussi ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3 et les références citées). Aussi n'existe-t-il 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 (ATF 126 V 319 consid. 5a; cf. également TF 9C_365/2007 du 1^{er} juillet 2008 consid. 5.3).

4. a) Dans la décision dont est recours, la caisse intimée a considéré que, pendant le délai-cadre de cotisation de deux ans s'étendant du 15 juillet 2008 au 14 juillet 2010, le recourant n'avait cotisé que 17 mois et 18 jours dans le cadre de son activité au service de la société T._____ SA comme enseignant de droit commercial, ce qui lui donnait droit, en vertu de la nouvelle réglementation applicable dès le 1^{er} avril 2011, à 260 indemnités journalières de chômage.

Le recourant conteste ce point de vue, en faisant valoir l'exercice d'un emploi à temps partiel soumis à cotisation auprès du Centre N._____ depuis le mois de juillet 2008 jusqu'au mois de juin 2010, conduisant ainsi selon lui à une durée de cotisation suffisante pour ouvrir le droit à 520 indemnités journalières. En réponse au recours, l'intimée soutient que le recourant s'est prévalu d'un fait nouveau, qui aurait dû être invoqué en premier lieu au stade de la procédure administrative, afin de donner à l'administration la possibilité de

réexaminer une nouvelle fois la décision initiale. Elle lui reproche en outre de ne pas avoir collaboré à l'établissement des faits pertinents.

b) Il convient tout d'abord de relever que l'intimée ne conteste pas l'existence de l'activité soumise à cotisation déployée par le recourant au service du Centre N. _____ entre le mois de juillet 2008 et le mois de juin 2010.

L'exercice d'une activité salariée étant au centre de la question de la période de cotisation que l'autorité doit instruire et trancher (art. 81 al. 1 let. a LACI; cf. aussi consid. 3a et 3b supra), on peut se poser la question de savoir si l'intimée ne devait pas instruire d'office plus avant sur ce point en procédure administrative. Elle aurait ainsi pu requérir le compte individuel de l'intéressé auprès de la caisse de compensation, mesure qu'il est aisé de mettre en œuvre. Par ailleurs, à l'annonce d'un fait nouveau déterminant avant le dépôt de la réponse, l'intimée conservait la faculté de procéder à un nouvel examen par reconsidération d'une décision, qui s'avère erronée, en application de l'art. 53 al. 3 LPGA. Ces questions peuvent toutefois rester ouvertes.

En effet, il importe peu que l'assuré ait informé ou non la caisse de cet emploi en cours de procédure administrative (cf. Rubin, op. cit., p. 795). Ce fait peut être allégué et reçu en procédure de recours, conformément à la maxime inquisitoire (cf. supra consid. 3c). Dès lors qu'il est déterminant et porté à la connaissance de la Cour de céans avant qu'elle statue, il doit être pris en compte (cf. TF 9C_749/2007 du 25 juin 2008 consid. 2.3 in fine) pour la solution du litige.

Cela étant, ce fait appelle certaines vérifications, quant à la nature de l'activité et aux salaires effectivement perçus, au besoin en se faisant produire le compte individuel de l'assuré et en interpellant l'employeur. Selon le résultat de ces investigations, il y aura le cas échéant lieu de procéder à l'examen des autres conditions du droit à l'indemnité, respectivement de revoir le calcul du gain assuré.

c) Subsiste seule la question de savoir s'il incombe à la Cour de céans d'instruire et de statuer sur le fond.

Dès lors qu'il appartient au premier chef à l'autorité administrative d'instruire afin d'établir les faits déterminants (art. 43 al. 1 LPGA), et qu'il n'y a pas à priver les parties de la garantie d'une double instance avec plein pouvoir d'examen en fait et en droit (décision administrative sujette à opposition, puis recours), la Cour de céans n'a pas à se substituer à l'intimée pour instruire et statuer elle-même au fond. En outre, un renvoi à l'administration, lorsqu'il a pour but d'établir l'état de fait, ne viole ni le principe de simplicité et de rapidité de la procédure, ni le principe inquisitoire (TF 9C_162/2007 du 3 avril 2008 consid. 2.3 et les références). En l'occurrence, la solution la plus expédiente consiste donc à admettre le recours au motif que l'intimée n'a pas constaté les faits pertinents de manière complète (cf. art. 76 let. b LPA-VD, par renvoi de l'art. 99 LPA-VD), à annuler la décision attaquée et à renvoyer l'affaire à la caisse intimée, afin qu'elle complète l'instruction dans le sens des considérants puis rende une nouvelle décision, tenant compte de l'existence d'une activité soumise à cotisation au service du Centre N. _____ pendant la période minimale de cotisation.

5. a) En définitive, le recours doit être admis et la décision sur opposition du 1^{er} septembre 2011 annulée, la cause étant renvoyée à l'intimée pour qu'elle reprenne l'instruction, la complète et rende une nouvelle décision.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA). En revanche, obtenant gain de cause avec l'assistance d'un mandataire professionnel, le recourant a droit à des dépens qu'il convient d'arrêter à 1'500 fr. et de mettre à la charge de la caisse intimée qui succombe (art. 61 let. g LPGA et 55 LPA-VD).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
prononce :**

- I. Le recours est admis.

- II. La décision sur opposition rendue par la Caisse cantonale de chômage le 1^{er} septembre 2011 est annulée, la cause lui étant renvoyée pour qu'elle procède au sens des considérants.

- III. Le recourant a droit à une indemnité de dépens de 1'500 fr. (mille cinq cents francs) à la charge de la Caisse cantonale de chômage.

- IV. Il n'est pas perçu de frais de justice.

Le président :

Le greffier :

Du

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

- Me Flore Primault, avocate (pour C. _____),
- Division juridique de la Caisse cantonale de chômage,
- 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 :