

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 17 décembre 2012

Présidence de Mme DESSAUX

Juges : Mme Röthenbacher et M. Métral

Greffière : Mme Vuagniaux

Cause pendante entre :

P._____, à La Tour-de-Peilz, recourant, représenté par Me Corinne Monnard Séchaud, avocate à Lausanne,

et

UNIA CAISSE DE CHÔMAGE, à Vevey, intimée.

Art. 9a al. 2, 27 al. 2 let. a et 31 al. 3 let. c LACI

E n f a i t :

A. P._____, né en 1960, a sollicité les indemnités de l'assurance-chômage en s'inscrivant à l'Office régional de placement de Vevey le 10 mars 2009.

B. P._____ a travaillé au service de K._____, à Lausanne (ci-après: K._____), du 1^{er} septembre 1998 au 31 mai 2007.

Le 16 mai 2007, l'assuré a inscrit l'entreprise individuelle A._____, à La Tour-de-Peilz, au Registre du commerce. Son but était « création, développement, audit, analyse, soutien et dynamisation de petites et moyennes entreprises; commerce y relatif ». L'entreprise individuelle a été radiée le 8 mai 2009 par suite de cessation d'activité.

L'assuré a également été associé gérant, avec signature individuelle, de la société X._____Sàrl, à La Tour-de-Peilz, dont le but était : « prestations de service dans le domaine des pompes funèbres; toute activité commerciale y relative ». L._____ était le second associé gérant de la société, avec signature individuelle. La société a été inscrite au Registre du commerce le 25 septembre 2007 et a été mise en faillite par décision du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois du 3 décembre 2009. La procédure de faillite, suspendue faute d'actif, a été clôturée le 23 février 2010 et la raison sociale a été radiée d'office le 9 juin 2010.

Dans une lettre du 16 juin 2008 adressée à l'assuré, L._____ a notamment mentionné que la société X._____Sàrl était propriétaire des Y._____, à Fribourg. Aux termes du formulaire « Attestation de l'employeur » portant le timbre des deux sociétés X._____Sàrl et Y._____, il est indiqué que l'assuré était le Directeur des Y._____ d'août 2007 au 28 février 2009.

C. Selon l'extrait AVS du 24 avril 2009 produit par la Caisse cantonale vaudoise de compensation, à Clarens, P._____ a travaillé en

tant que personne de condition indépendante de juin 2007 à décembre 2008.

D. Par décision du 14 juillet 2009, Unia Caisse de Chômage (ci-après : Unia ou la caisse) a refusé le droit au chômage à P._____ au motif qu'il occupait une position assimilable à celle d'un employeur au sein d'X._____Sàrl.

Par décision sur opposition du 14 juillet 2010, Unia a admis partiellement l'opposition de l'assuré. En retenant un délai-cadre de cotisation du 4 décembre 2005 au 3 décembre 2009 et une période de cotisation de douze mois auprès de K._____ de juin 2006 à mai 2007, la caisse a ouvert un droit à l'assuré à partir 4 décembre 2009, lendemain du prononcé de faillite de la société X._____Sàrl.

Le 15 juillet 2010, la caisse a informé l'assuré que son gain assuré était de 9'363 fr., correspondant à une indemnité journalière brute de 345 fr. 20, et qu'il avait droit à 400 indemnités journalières durant son délai-cadre d'indemnisation expirant au 3 décembre 2011.

E. Par lettre du 25 février 2011, Unia a informé P._____ qu'il n'avait plus droit au chômage à partir du 1^{er} avril 2011, date de l'entrée en vigueur de la révision de la LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité; RS 837.0), dès lors qu'il n'avait pas cotisé 18 mois ou plus durant son délai-cadre de cotisation et qu'il avait déjà perçu les 260 indemnités journalières auxquelles il avait désormais droit.

F. Le 28 mars 2011, P._____ a contesté son décompte du mois de mars 2011, en soutenant que la décision de liquidation de la société X._____Sàrl avait été prise le 31 décembre 2008 et que le processus de mise en faillite ne devait pas lui être préjudiciable en ce qui concernait le calcul de la période de cotisation. Il a par conséquent conclu à l'octroi de 400 indemnités journalières.

Par décision du 18 août 2011, confirmée par décision sur opposition du 3 avril 2012, Unia a maintenu que P._____ n'avait plus droit aux indemnités de l'assurance-chômage à partir du 1^{er} avril 2011. En effet, comme l'assuré n'avait cotisé que 17,933 mois (soit du 4 décembre 2005 au 31 mai 2007) auprès de K._____ durant son délai-cadre de cotisation, il n'avait plus droit qu'à 260 indemnités journalières, en l'occurrence déjà versées.

G. Par acte du 15 mai 2012, P._____ a recouru contre la décision sur opposition du 3 avril 2012, en concluant, avec suite de frais et dépens, à son annulation et au droit à 400 indemnités de chômage dès le 1^{er} janvier 2009, sous déduction des indemnités déjà versées jusqu'au 31 mars 2011.

E n d r o i t :

1. Interjeté dans le délai légal de trente jours dès la notification de la décision entreprise, le recours est déposé en temps utile, compte tenu des feries de Pâques (art. 38 al. 4 let. a et 60 al. 1 LPGA [loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales; RS 830.1]); il satisfait en outre aux autres conditions légales (art. 61 let. b LPGA), de sorte qu'il est recevable à la forme.

Le recourant demande l'octroi de 140 (400 - 260) indemnités journalières de 345 fr. 20, soit au total 48'328 francs. La valeur litigieuse étant ainsi supérieure à 30'000 fr., la cause est de la compétence de la Cour (art. 94 al. 1 let. a et al. 4 LPA-VD [loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative; RSV 173.36] applicable par renvoi de l'art. 83c al. 2 LOJV [loi vaudoise du 12 septembre 1979 d'organisation judiciaire; RSV 173.01]).

2. Le recourant soutient que c'est à tort que la caisse l'a considéré comme un indépendant sur la base de l'extrait AVS, en application du chiffre B63 de la Circulaire sur l'indemnité de chômage de

janvier 2007, édicté par le Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : IC 2007), qui dispose que les personnes occupant une position comparable à celle d'un employeur qui travaillent dans leur propre SA ou Sàrl ne sont pas considérées comme des indépendants. Cela étant, il fait valoir que la société X._____Sàrl a cessé toute activité au 31 décembre 2008 et que le retard pris jusqu'au prononcé de faillite du 3 décembre 2009 ne doit pas lui être imputable, de sorte que le délai-cadre de cotisation doit être fixé du 1^{er} janvier 2007 au 31 décembre 2008 et le délai-cadre d'indemnisation du 1^{er} janvier 2009 au 31 décembre 2010. Ayant ainsi régulièrement cotisé à l'assurance-chômage durant le délai-cadre de cotisation, le recourant estime qu'il a droit à 400 indemnités journalières. Enfin, le recourant considère que la caisse aurait dû retenir qu'il avait perdu une position analogue à celle d'un employeur le 3 décembre 2009, jour du prononcé de faillite, et non le 4 décembre 2009, de sorte qu'il ne lui manquerait plus qu'un demi-jour pour atteindre 18 mois de cotisation et que lui accorder 260 indemnités au lieu de 400 sur cette base serait constitutif d'un abus de droit.

3. a) Aux termes de l'art. 53 LPGA, les décisions et les décisions sur opposition formellement passées en force sont soumises à révision si l'assuré ou l'assureur découvre subséquemment des faits nouveaux importants ou trouve des nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient être produits auparavant (al. 1). L'assureur peut revenir sur les décisions ou les décisions sur opposition formellement passées en force lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable (al. 2).

b) En l'espèce, en octroyant un droit au chômage à P._____ dans sa décision sur opposition du 14 juillet 2010, la caisse a considéré que celui-ci avait exercé une activité indépendante depuis juin 2007 (selon l'extrait AVS) jusqu'au prononcé de faillite de la société X._____Sàrl le 3 décembre 2009. Elle a ainsi prolongé le délai-cadre de cotisation de l'intéressé conformément à l'art. 9a al. 2 LACI selon lequel le délai-cadre de cotisation de l'assuré qui a entrepris une activité indépendante sans toucher de prestations est prolongé de la durée de l'activité indépendante,

mais de deux ans au maximum. Le délai-cadre de cotisation a par conséquent été fixé du 4 décembre 2005 au 3 décembre 2009 et le délai-cadre d'indemnisation du 4 décembre 2009 au 3 décembre 2011. La caisse a ensuite calculé la période durant laquelle l'assuré avait cotisé auprès de K._____, soit 17 mois de janvier 2006 à mai 2007 et 20 jours ouvrables x 1,4 = 28 jours civils du 4 au 31 décembre 2005 (cf. IC 2007, ch. B150).

c) La décision sur opposition du 14 juillet 2010 n'a pas fait l'objet d'un recours à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal. Elle est donc entrée en force s'agissant notamment de la fixation des délai-cadre de cotisation et d'indemnisation précités. En outre, le recourant ne fait valoir aucun fait nouveau important ou moyen de preuve nouveau qui ne pouvait être produit auparavant, si bien qu'une révision de la décision attaquée ne se justifie pas (art. 53 al. 1 LPGa).

4. a) Aux termes de l'art. 31 al. 3 let. c LACI, n'ont pas droit à l'indemnité 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.

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 (TFA C_355/00 du 28 mars 2001, in DTA 2001 p. 218, et C_37/02 du 22 novembre 2002). 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 (TFA C_267/04 du 3 avril 2006, in DTA 2007 p. 115 et C_373/00 du 19 mars 2002, in DTA 2002 p. 183; TFA C_180/06 du 16 avril 2007, in SVR 2007 AIV no 21 p. 69). 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 (TF C_267/04 cité, c. 4.3; TF 8C_415/2008 du 23 janvier 2009 c. 3.2).

b) En l'espèce, le recourant était inscrit en tant qu'associé gérant de la société X. _____ Sàrl, a travaillé en tant que directeur des Y. _____, propriété d'X. _____ Sàrl, et s'est annoncé en tant qu'indépendant à la Caisse cantonale vaudoise de compensation. Contrairement à ce qu'il soutient dans son mémoire du 15 mai 2012 (points 18 et 19), il n'a jamais cotisé à l'assurance-chômage après le 31 mai 2007 : en s'annonçant en tant que personne de condition indépendante à la Caisse cantonale vaudoise de compensation, il a cotisé obligatoirement pour l'AVS, l'AI et les APG, mais pas pour l'assurance-chômage, de sorte qu'il n'est assuré ni contre le chômage ni contre les accidents (cf. mémento 2.02 « Cotisations des indépendants à l'AVS, à l'AI et aux APG », édicté par Office fédéral des assurances sociales [OFAS], p. 2). C'est donc à bon escient que la caisse a retenu que le recourant avait exercé une activité d'indépendant et non une activité salariée à partir du 1^{er} juin 2007. Compte tenu de cette situation particulière, les dispositions et la jurisprudence en matière de position analogue à celle d'un employeur sont applicables mutatis mutandis à l'examen de la cessation de l'activité du recourant en tant que directeur des Y. _____.

c) P. _____ était associé gérant de la société X. _____ Sàrl, avec signature individuelle, depuis son inscription au Registre du commerce le 25 septembre 2007. En tant qu'associé gérant d'une société à responsabilité limitée, il disposait ex lege d'une influence prépondérante sur les décisions de la société, sans qu'il ne soit nécessaire de procéder à l'examen concret des responsabilités matérielles qu'il exerçait au sein de la société (ATF 122 V 270 c. 3; TF 8C_515/2007 du 8 avril 2008 c. 2.2 in fine; TFA C_37/02 du 22 novembre 2002 c. 4; TF 8C_140/2010 du 12 octobre 2010 c. 4.2). Le recourant s'est inscrit au chômage le 10 mars 2009. L'entreprise X. _____ Sàrl a été mise en faillite le 3 décembre 2009. La procédure de faillite, suspendue faute d'actif, a été clôturée le 23 février 2010 et la raison sociale a été radiée d'office le 9 juin 2010.

Conformément à la jurisprudence exposée ci-avant, c'est au plus tôt à partir de la date de l'ouverture de la procédure de faillite (cf. également TF C_72/06 du 16 avril 2007 c. 7.4), soit dès le 3 décembre 2009, que l'on peut considérer que le recourant a perdu son influence déterminante sur les décisions de l'entreprise et qu'il a définitivement quitté la société en raison de la fermeture de celle-ci. De surcroît, plusieurs éléments au dossier tendent à démontrer la poursuite de l'activité de la société au-delà du 31 décembre 2008, date à partir de laquelle le recourant affirme que l'entreprise aurait cessé toute activité. En effet, il est indiqué, tant dans la demande d'indemnité de chômage que dans le formulaire « Attestation de l'employeur », que le recourant a cessé son activité au 28 février 2009, date de la résiliation des rapports de travail. En outre, à la lecture de la modification n° 5 de l'extrait du Registre du commerce (publiée le 29 septembre 2009), on apprend non seulement que les gérants ont décidé de ne pas soumettre la société à révision (par déclaration du 24 juin 2009), mais également que P. _____ est devenu associé gérant président de l'entreprise, toujours avec signature individuelle, au lieu d'associé gérant auparavant. Le recourant pouvait donc en tout temps décider de continuer à exercer son activité de directeur des Y. _____ jusqu'au prononcé de faillite du 3 décembre 2009. Il n'y a pas matière à reconsidérer la date de départ du délai-cadre de cotisation (art. 53 al. 2 LPGA) - soit que celui-ci aurait dû débiter au 3 décembre 2005 au lieu du 4 décembre 2005 - pour les motifs exposés au considérant suivant.

d) Cinq indemnités journalières sont payées par semaine, du lundi au vendredi; 30 jours sont réputés constituer un mois de cotisation (art. 21 LACI; IC 2007 ch. B150). Le 3 décembre 2005 était un samedi et le 4 décembre 2005 était un dimanche. Par conséquent, même si le délai-cadre de cotisation débutait au 3 décembre 2005 au lieu du 4 décembre 2005, la durée de cotisation serait toujours de 17 mois et 28 jours puisque, dans les deux cas, le premier jour civil de cotisation à prendre en considération est le lundi 5 décembre 2005. De toute manière, à supposer que le recourant puisse justifier d'un jour supplémentaire de cotisation, totalisant ainsi 17 mois et 29,4 jours de cotisation, il ne pourrait pas davantage prétendre à l'octroi de 400 indemnités journalières sur la base

de 18 mois de cotisation, dès lors que la somme des jours civils pris en compte pour le calcul de la période de cotisation ne peut pas être arrondie à la durée minimale légale de cotisation, même s'il ne manque qu'une fraction de jour pour que celle-ci soit atteinte (ATF 122 V 256).

Au vu de ce qui précède, force est de constater que le recourant ne peut justifier 18 mois de cotisation donnant droit à 400 indemnités journalières. La caisse était donc légitimée à supprimer le droit au chômage au recourant à partir du 1^{er} avril 2011.

5. Il s'ensuit que le recours doit être rejeté et la décision entreprise confirmée.

6. La procédure étant gratuite, le présent arrêt est rendu sans frais (art. 61 let. a LPGA). Il n'est pas alloué de dépens (art. 55 LPA-VD).

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

I. Le recours est rejeté.

II. La décision attaquée est confirmée.

III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens.

La présidente :

La greffière :

Du

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

- Me Corinne Monnard Séchaud (pour P. _____)
- Unia Caisse 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).

La greffière :