

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 14 octobre 2016

Composition : Mme DESSAUX, présidente
Mme Thalmann et M. Piguet, juges
Greffier : M. Addor

* * * * *

Cause pendante entre :

A.Q. _____, à V. _____, recourante, représentée par Fortuna, Compagnie
d'assurance de protection juridique SA, à Nyon,

et

UNIA, Caisse de chômage, à Lausanne, intimée.

Art. 13 al. 1 LACI

E n f a i t :

A. En date du 18 mars 2005, A.Q._____ (ci-après : l'assurée ou la recourante), née en 1972, et son mari B.Q._____ ont inscrit au registre du commerce la société O._____ Sàrl, à V._____, avec pour but l'exploitation de restaurants et buffets pour la restauration à l'emporter. L'assurée en a été tout d'abord l'associée, aux côtés de son mari seul signataire autorisé, puis dès le 27 juin 2006, l'unique associée gérante avec signature individuelle avant d'en devenir l'associée liquidatrice, toujours avec signature individuelle, ensuite de la dissolution de la société le 29 mai 2012. La société a été radiée le 1^{er} mai 2014.

Entretemps, soit le 15 juin 2012, A.A._____, neveu par alliance du mari de l'assurée, a inscrit au registre du commerce la raison individuelle O._____ A._____, avec pour but la vente de kebabs et autres préparations alimentaires notamment de spécialités turques, ainsi que de boissons alcoolisées et non alcoolisées à consommer sur place et à l'emporter. L'entreprise s'est installée dans les locaux précédemment occupés par O._____ Sàrl.

Le 1^{er} septembre 2012, l'assurée a été engagée en qualité de vendeuse par A.A._____ à 100% pour un salaire mensuel brut de 4'000 fr., treizième en sus.

Le 12 décembre 2012, le mari de l'assurée a inscrit au registre du commerce la raison individuelle O._____ Q._____, à Lausanne, avec un but identique à celui de O._____ A._____.

A partir du 20 mai 2013, soit pendant sa grossesse, l'assurée a été en incapacité de travail. Son enfant est né le 23 juillet 2013. Son contrat de travail a été résilié le 28 octobre 2013 avec effet au 31 décembre 2013, date de la cessation d'activité de la raison individuelle O._____ A._____, suivie de sa radiation le 8 janvier 2014.

Le 5 juin 2014, l'assurée s'est inscrite à l'Office régional de placement (ORP) de V. _____ comme demandeuse d'emploi à 100% et a sollicité l'octroi d'indemnités de chômage dès la même date.

Le 18 juillet 2014, elle a produit auprès de Unia, Caisse de chômage (ci-après : la Caisse) les décomptes de salaire mensuels des mois de janvier à décembre 2013, attestant d'un salaire mensuel brut de 4'000 fr. sous déduction des cotisations sociales, dont celle en faveur de l'assurance perte de gain maladie, soit un salaire net de 3'389 fr. 03 de janvier à novembre et de 6'971 fr. 21 en décembre, auxquels s'ajoutaient les allocations familiales à raison de 770 fr. jusqu'en juillet 2013 et de 1'240 fr. dès lors. A la même date, elle a produit copie du certificat de salaire établi par son employeur le 11 juin 2014 à l'attention du fisc et attestant d'un salaire net de 44'250 francs. Le 21 juillet 2014, elle a produit les décomptes de salaire de septembre 2012 à décembre 2012 mentionnant un salaire net de 3'387 fr. 58 pour les trois premiers mois et de 4'581 fr. 65 pour décembre (5'333 fr. 35 brut), allocations familiales en sus. Ces décomptes renaient déjà une cotisation pour l'assurance perte de gain.

Sur tous ces décomptes de salaire figurent la mention « versé par la caisse », la signature de l'assurée et de son employeur. La date exacte du versement n'apparaît pas. Ces versements n'ont pas été reportés mensuellement au débit du journal principal de la raison individuelle O. _____ A. _____. En revanche, à la date du 30 décembre 2013, plusieurs écritures groupées comptabilisant entre autres les salaires versés depuis le début de l'exploitation, de même que les cotisations sociales, apparaissent au débit, dont celle se rapportant aux salaires de l'assurée à hauteur de 73'665 fr. 20, de B.A. _____ à hauteur de 12'671 fr. 10, de C.Q. _____ à hauteur de 3'510 fr. 75 et de B.Q. _____ à hauteur de 3'510 fr. 80. L'extrait du compte individuel de l'assurée auprès de la Caisse AVS de la Fédération patronale vaudoise fait état d'un revenu de 17'333 fr. de septembre à décembre 2012 et de 52'000 fr. en 2013.

Le 22 juillet 2014, la Caisse, considérant que l'assurée occupait une position analogue à celle d'un employeur au sein de O._____ Sàrl, a rendu une décision de négation du droit à l'indemnité de chômage pour absence de preuve de la perception effective d'un salaire.

A l'appui de son opposition du 15 septembre 2014, l'assurée a produit sa déclaration d'impôt 2013 faisant état d'un salaire net de 44'250 fr., et d'allocations familiales à hauteur de 11'590 fr., ainsi qu'un document signé de son collègue B.A._____ attestant du versement du salaire de mains à mains chaque fin de mois par prélèvement dans la caisse. Elle a soutenu que ces documents comme ceux déjà produits démontraient le caractère effectif du salaire.

La Caisse a procédé à un complément d'instruction au terme duquel l'assurée a produit un échange de courriels des 3 et 9 octobre 2014 entre son conseil et la fiduciaire de son employeur, N._____. Il en ressort que les comptes ont été dressés en fonction des pièces comptables remises par l'employeur, qu'il n'existait pas d'extrait du livre comptable « Caisse » et que le montant des salaires figurant au journal principal et perçus par l'assurée entre septembre 2012 et décembre 2013 comprenaient les salaires et les allocations familiales pour la période précitée.

Par décision sur opposition du 17 octobre 2014, la Caisse a rejeté l'opposition au motif que l'assurée n'avait pu prouver, selon la règle du degré de vraisemblance prépondérante, la perception effective de ses salaires mensuels de septembre 2012 à décembre 2013, faute d'avoir produit l'extrait du livre comptable « Caisse » de l'employeur.

B. Par acte du 19 novembre 2014, A.Q._____ a recouru et conclu à l'annulation de la décision litigieuse en ce sens qu'elle avait droit aux indemnités de chômage dès le 5 juin 2014, la motivation de l'intimée relevant selon elle de l'arbitraire. Elle soutient avoir démontré, par le biais des différents documents produits, la perception effective d'un salaire mensuel brut de 4'000 fr., soumis à cotisations, et précise qu'à l'époque,

elle ne disposait pas de compte bancaire ou postal pour recevoir un tel versement et qu'en aucun cas, elle n'aurait renoncé à ce revenu, indispensable à la subsistance de sa famille composée de six personnes, d'autant que son mari ne travaillait pas.

Dans sa réponse du 11 décembre 2014, la Caisse a conclu au rejet du recours en observant notamment le défaut de concordance entre le montant du salaire comptabilisé dans le journal principal de l'employeur d'une part, et le certificat de salaire ainsi que le revenu inscrit dans le compte individuel AVS d'autre part.

L'assurée a réitéré ses arguments le 12 janvier 2015, renvoyant à l'échange de courriels avec la fiduciaire s'agissant de la divergence relevée par la Caisse.

Par avis du 8 avril 2015, il a vainement été requis auprès d'A.A._____ la production des comptes de pertes et profits et bilan des exercices 2012 et 2013 de sa raison individuelle, du contrat d'assurance perte de gain maladie conclu en faveur de ses employés ainsi que des pièces justificatives relatives à des dépenses apparemment privées.

Lors de l'audience d'instruction du 3 septembre 2015, A.A._____, entendu en qualité de témoin, a déclaré avoir exploité son entreprise personnellement, avec pour employés son frère B.A._____ et l'assurée. Leurs salaires leur étaient versés de mains à mains et la fiduciaire établissait mensuellement les décomptes de salaire sur la base des pièces justificatives remises par le témoin. En relation avec l'incapacité de travail de la recourante, il avait souvenir d'avoir reçu de l'argent de l'assurance maladie (perte de gain). Son frère et lui avaient remplacé l'assurée pendant ses périodes d'absence pour maladie ou congé maternité. Lors de cette même audience, la recourante a expliqué avoir été employée à la confection des plats, au nettoyage et occasionnellement, au service à la clientèle, a confirmé le versement de son salaire de mains à mains par A.A._____ et a précisé que pendant

son incapacité de travail et son congé maternité, ce salaire était remis à son mari. Par ailleurs, elle n'avait rien reçu d'une assurance.

Par avis du 13 octobre 2015, la fiduciaire N._____, et par elle F._____, a été requise de produire les comptes de pertes et profits et bilan des exercices 2012 et 2013 de la raison individuelle O._____
A._____, les correspondances et décomptes relatifs aux indemnités pour perte de gain maladie et allocations de maternité dont l'assurée était présumée avoir bénéficié, ainsi que tout document attestant du salaire de la recourante tel qu'annoncé auprès de l'assureur perte de gain maladie et de l'institution LPP. Il incombait également à la fiduciaire de produire les pièces justificatives attestant du salaire net versé mensuellement à la recourante et d'indiquer les raisons pour lesquelles les débits correspondants ne figuraient pas mois par mois dans le journal principal. Cette requête de production étant demeurée sans réponse, la cause a été gardée à juger.

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 (art. 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) auprès du tribunal des assurances compétent, (art. 100 al. 3 LACI, 128 al. 1 et 119 al. 1 let. a OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]). 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'occurrence, le recours a été interjeté dans le délai imparti par la loi et satisfait en outre aux autres conditions formelles de recevabilité (art. 61 let. b LPGA notamment), de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

b) La LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; 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 est compétente pour statuer (art. 93 let. a LPA-VD).

2. a) En tant qu'autorité de recours contre les décisions prises par des assureurs sociaux, le juge des assurances sociales ne peut, en principe, entrer en matière - et le recourant présenter ses griefs - que sur les points tranchés par cette décision. De surcroît, dans le cadre de l'objet du litige, le juge ne vérifie pas la validité de la décision attaquée dans son ensemble, mais se borne à examiner les aspects de cette décision que le recourant a critiqués, exception faite lorsque les points non critiqués ont des liens étroits avec la question litigieuse (ATF 131 V 164 ; 125 V 413 consid. 2c ; 110 V 48 consid. 4a).

b) En l'espèce, le litige porte sur la question de savoir si A.Q._____ peut ou non se prévaloir d'une période de cotisation suffisante pour prétendre à des indemnités journalières de l'assurance-chômage, soit dans les limites du délai-cadre de cotisation allant du 5 juin 2012 au 4 juin 2014.

3. a) L'art. 8 al. 1 LACI énumère les conditions, cumulatives, dont dépend le droit à l'indemnité de chômage. Pour y avoir droit, l'assuré doit notamment remplir les conditions relatives à la période de cotisation ou en être libéré (let. e). Aux termes de l'art 13 al. 1 LACI, l'assuré doit exercer durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation dans un délai cadre de deux ans (art. 9 al. 3 LACI) pour remplir les conditions relatives à la période de cotisation. Cela suppose l'exercice effectif d'une activité salariée suffisamment contrôlable (ATF 133 V 515 consid. 2.4 et les références citées) et le fait que l'activité en question soit destinée à

l'obtention d'un revenu (Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage Genève/Zurich/Bâle 2014, n. 17 ad. art. 13 LACI, p. 123 ss).

b) Pour prévenir les abus qui pourraient survenir 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 considère que la réalisation des conditions relatives à la période de cotisation présuppose qu'un salaire a été réellement versé au travailleur (ATF 133 V 515 consid. 2.2 ; DTA 2001 p. 228 ; TFA C 329/00 du 20 février 2001). Le Tribunal fédéral a toutefois indiqué que, s'agissant de la période de cotisation, la seule condition du droit à l'indemnité de chômage était en principe que l'assuré ait exercé une activité soumise à cotisation durant la période minimale de cotisation, sans qu'il soit exigé qu'un salaire soit 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).

L'exercice d'une activité doit être prouvé ou au moins être établi au degré de vraisemblance prépondérante. L'existence d'un contrat de travail formel, d'une lettre de résiliation, de fiches de paie, ainsi que la preuve du versement de cotisations sociales ou d'impôts ne sont pas à eux seuls de nature à établir la réalité du versement de salaire (TF 8C_765/2009 du 2 août 2010 consid. 2.5 ; cf. Rubin, op. cit., n. 19 ad art. 13 LACI, p. 124). Si l'établissement du versement d'un salaire est un indice important pour établir l'exercice effectif de l'activité salariée, 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 (ATF 133 V 515 consid. 2.3 ; TF 8C_453/2007 du 17 mars 2008 consid. 3.1).

c) Dans le domaine des assurances sociales, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par l'autorité. Mais ce principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir de collaborer à

l'instruction de l'affaire. 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 preuve (DTA 1996/1997 p. 79 consid. 2a). Il appartient donc à la personne qui revendique l'indemnité de chômage d'indiquer clairement quelles étaient ses activités et de tenter d'obtenir auprès de son ex-employeur les documents nécessaires permettant de rendre l'exercice de l'activité alléguée vraisemblable (TF 8C_765/2009 du 2 août 2010 consid. 2.6 ; Rubin, op. cit., n. 9 ad art. 13 LACI, p. 124).

Dans le cas où le travailleur n'a pas de lien de parenté avec son employeur et n'occupe pas une position assimilable à celle d'un employeur, l'attestation d'employeur, ainsi que les décomptes de salaire, suffisent en règle générale à prouver l'existence d'une activité soumise à cotisation. Les exigences sont plus strictes lorsque la relation de travail implique des parents ou a pour cadre une entreprise au sein de laquelle l'employé occupe une position assimilable à celle d'un employeur (ATF 131 V 444 ; Rubin, op. cit., n. 19 ad art. 13 LACI, p. 124). Lorsque le rapport de travail a lieu dans un cadre familial, il existe un risque de délivrance d'une attestation de complaisance. Il en va de même lorsqu'un employé a été au service d'une entité dans laquelle il occupait une position assimilable à celle d'un employeur (gérant, directeur, actionnaire important, titulaire d'une raison individuelle). Pour ces personnes, l'attestation d'employeur doit être vérifiée de façon stricte (TFA C 263/04 du 30 mars 2006 consid. 2.2; Rubin, op. cit., n. 21 ad art. 13 LACI, p. 125).

4) a) En l'occurrence, la Caisse a nié le droit à l'indemnité de chômage au motif que la recourante n'avait pu prouver, selon la règle du degré de vraisemblance prépondérante, la perception effective de ses salaires mensuels de septembre 2012 à décembre 2013, faute d'avoir produit l'extrait du livre comptable « Caisse » de l'employeur.

Le paiement effectif d'un salaire n'étant pas une condition autonome du droit aux prestations, ainsi qu'exposé plus haut (cf. consid.

3b supra), il convient de déterminer si les justificatifs produits étayent l'existence d'une activité soumise à cotisation au service d'A.A. _____ entre le 1^{er} septembre 2012 et le 31 décembre 2013.

b) La recourante et son employeur ont tous deux soutenu que le salaire était versé de mains à mains, mensuellement, par prélèvement de caisse. Or, le journal principal, établi par la fiduciaire, ne comporte aucune inscription mensuelle relative à ces opérations quand bien même selon A.A. _____, dite fiduciaire établissait ces décomptes chaque mois, après envoi des pièces justificatives. Le défaut d'inscription mois par mois des opérations de débit du salaire est d'autant plus incompréhensible que la fiduciaire a régulièrement porté au journal principal d'autres opérations typiquement mensuelles, telles que les factures téléphoniques ou le leasing d'un véhicule. A cela s'ajoute que la signature quittançant le versement est toujours celle de la recourante alors que les salaires de mai à septembre 2013 sont présumés avoir été encaissés par son mari. En réalité, au vu de ce qui précède, il est hautement probable que la totalité des décomptes de salaire de la recourante auront été établis a posteriori et simultanément, et ceci sommairement. En effet, alors que l'entreprise d'A.A. _____ était soumise à la Convention collective nationale de travail (CCNT) pour l'hôtellerie-restauration (art. 1), ce que rappelait au demeurant le contrat de travail de la recourante, les décomptes de mai à juillet 2013 font état d'un salaire normalement versé à 100% alors qu'il existait une incapacité de travail pour maladie ou grossesse du 20 mai au 22 juillet 2013, laquelle imposait à l'employeur de verser 88% du salaire brut pendant un délai d'attente de 60 jours au maximum par année, l'indemnité journalière couvrant par ailleurs 80% du salaire brut. De plus, alors que l'assurée était au bénéfice d'un congé maternité et remplissait les conditions d'octroi d'une allocation de maternité sous la forme d'indemnités journalières correspondant à 80% du revenu moyen antérieur, on ne trouve aucune mention d'une telle allocation sur les décomptes de juillet à octobre 2013. On peut encore voir une incohérence dans le fait que la recourante et les autres protagonistes impliqués se réfèrent toujours au salaire brut de 4'000 fr. plutôt qu'au salaire net qui aurait dû être versé.

Certes, les salaires bruts annoncés auprès de la Caisse AVS de la Fédération patronale vaudoise concordent, hors allocations familiales, avec les salaires bruts figurant sur les décomptes mensuels, tout comme, pour l'année 2013, avec ceux reportés sur le certificat de salaire à l'attention de l'autorité fiscale et sur la déclaration fiscale. Cette concordance n'est pas pour autant significative d'une activité effective, sachant que ces documents ont tout simplement été établis sur la base du montant fixé à titre de salaire dans le contrat de travail, de surcroît conclu entre la recourante et l'un des membres de sa famille. Par ailleurs, au vu de la date figurant sur le certificat de salaire 2013 à l'attention du fisc, soit celle du 11 juin 2014 et donc postérieure à l'inscription de la recourante à l'ORP, il est probable que l'entier de ces documents auront été établis au moment où ils se sont révélés nécessaires, soit pour justifier du droit à l'indemnité de chômage.

En l'occurrence, l'entreprise d'A.A._____ présente un caractère familial marqué. L'intéressé a débuté son activité dans les locaux précédemment occupés par O._____ Sàrl, quelques jours seulement après la dissolution de cette société dont la recourante était l'associée-gérante avec signature individuelle. Les activités de la raison individuelle et de la Sàrl étaient similaires. Le mari de la recourante apparaît également comme salarié de son neveu A.A._____ tout en étant lui-même inscrit en raison individuelle pour l'exploitation d'un établissement similaire à [...]. En présence d'une telle constellation, il existe un risque important que les documents produits par la recourante à l'appui de ses prétentions constituent des attestations de complaisance établies à l'appui de ses démarches auprès de la caisse intimée.

Par ailleurs, il est pour le moins surprenant que la recourante n'ait pas été remplacée pendant son absence du 20 mai au 28 octobre 2013, soit plus de cinq mois, alors qu'au vu des salaires mentionnés dans le journal principal (pour mémoire 73'665 fr. 20 pour la recourante, 12'671 fr. 10 pour B.A._____, 3'510 fr. 75 pour C.Q._____ et 3'510 fr. 80 pour B.Q._____), elle était censée être la principale employée. Cette

circonstance fait également douter d'une activité effective de la recourante, respectivement de son ampleur.

c) Au vu de l'ensemble de ces circonstances, les éléments susceptibles de démontrer l'exercice effectif d'une activité salariée suffisamment contrôlable, au sens de l'assurance-chômage, entre septembre 2012 et décembre 2013, font défaut et la période précitée ne saurait être prise en compte dans le délai-cadre de cotisation.

d) Par conséquent, il apparaît que, dans les limites de la période de référence allant du 5 juin 2012 au 4 juin 2014, la recourante ne peut pas se prévaloir d'une période de cotisation suffisante au sens de l'art. 13 al. 1 LACI.

5. Par surabondance de droit, il sera relevé que même dans l'hypothèse d'une activité effective démontrée, les incertitudes quant au salaire réellement versé subsisteraient, rendant ainsi impossible le calcul du gain assuré en application de l'art. 23 al. 1 LACI. Or, selon la jurisprudence, l'impossibilité de déterminer le salaire obtenu normalement conduit à la négation du droit (TF 8C_75/2013 du 25 juin 2013).

6. Au vu de ce qui précède, il y a lieu de confirmer la décision sur opposition rendue par l'intimée le 17 octobre 2014. Le recours, mal fondé, doit donc être rejeté.

Il n'y a pas lieu de percevoir de frais de justice, la procédure étant en principe gratuite (art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer de dépens dès lors que la recourante n'obtient pas gain de cause (art. 55 LPA-VD ; cf. art. 61 let. g LPGA).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
p r o n o n c e :**

- I. Le recours est rejeté.
- II. La décision sur opposition rendue le 17 octobre 2014 par UNIA, Caisse de chômage, est confirmée.
- III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires ni alloué de dépens.

La présidente :

Le greffier :

Du

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

- Fortuna, Compagnie d'assurance de protection juridique SA (pour A.Q. _____),
- 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).

Le greffier :