

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 7 juillet 2016

Composition : Mme BRÉLAZ BRAILLARD, présidente

Mme Thalmann et M. Neu, juges

Greffière : Mme Blanc

Cause pendante entre :

A.W. _____, à [...], recourante,

et

CAISSE CANTONALE DE CHOMAGE, DIVISION JURIDIQUE, à Lausanne,
intimée.

Art. 8 al. 1, 9 al. 3 et 13 al. 1 LACI

E n f a i t :

A. A.W._____ (ci-après : l'assurée ou la recourante), née en [...], a été engagée en tant que responsable de la vente et des achats, dès le 1^{er} avril 2011 par l'entreprise H._____ Sàrl (actuellement H._____ Sàrl en liquidation) à [...]. Cette société avait pour but l'exploitation d'une boutique de [...], ainsi que toutes opérations mobilières et immobilières en relation directe ou indirecte avec le but social. Le contrat de travail signé, pour le compte de l'entreprise par B.W._____, inscrit au registre du commerce comme associé gérant avec signature individuelle et mari de l'assurée, prévoyait une durée de travail hebdomadaire de 42 heures 50 pour un salaire annuel brut de 47'640 fr., soit un salaire mensuel brut de 3'970 fr. versé douze fois l'an. Il était renoncé au temps d'essai.

Par courrier du 28 décembre 2014, B.W._____, pour le compte de H._____ Sàrl a résilié le contrat de travail de l'assurée, en raison des difficultés économiques que l'entreprise rencontrait depuis près d'une année.

Par décision du 7 mai 2015 du Tribunal d'arrondissement de [...], la société a été déclarée en faillite avec effet dès cette date. Conformément aux indications du Registre du commerce, la société est encore actuellement en liquidation et B.W._____ toujours mentionné comme associé gérant.

L'assurée s'est inscrite en tant que demandeuse d'emploi auprès de l'Office régional de placement de N._____ (ci-après : l'ORP) le 29 juin 2015.

Sur la base du formulaire « demande d'indemnité de chômage », l'assurée a sollicité des indemnités dès le 29 juin 2015. Elle a indiqué avoir été licenciée par son employeur le 28 décembre 2014 pour le 30 mars 2015 en raison de la faillite de la société et avoir effectué son dernier jour de travail le 15 mars 2015. Elle a répondu par l'affirmative à la

question de savoir si elle ou son conjoint avait une participation dans la société qui l'employait jusqu'ici, ou était membre d'un organe supérieur de décision de l'entreprise, tel qu'associé ou gérant d'une Sàrl.

Sous la plume de B.W._____, l'entreprise a complété le formulaire d'attestation de l'employeur en indiquant, sans mentionner de date, que le salaire n'avait pas été versé. Il a joint en annexe au formulaire la lettre de résiliation, ainsi que les décomptes de salaire des mois de mars 2014 à mars 2015 (à l'exception de celui du mois de décembre 2014).

Dans le cadre de l'instruction du dossier, la caisse de chômage a eu connaissance des documents suivants :

- La déclaration d'impôts 2014 pour personnes physiques des époux B.W._____ et A.W._____ ;
- L'extrait du compte individuel de l'assurée auprès de la caisse de compensation de la F._____ ;
- l'extrait du compte postal [...] dont le ou les titulaires ne sont pas mentionnés, pour les mois de juillet à novembre 2013, dont il ressort le régulier versement mensuel de deux montants de 3'500 fr. avec la mention « salaire » versés par H._____ Sàrl.

Le 27 août 2015, la Caisse Cantonale de Chômage, Agence de N._____ (ci-après : l'agence) a rendu une décision refusant de donner suite à la demande d'indemnisation présentée par l'assuré le 29 juin 2015, au motif qu'elle ne remplissait pas les conditions relatives à la période de cotisation, n'ayant perçu un salaire que pour la période du 29 juin 2013 au 30 avril 2014, ne justifiant ainsi que de dix mois de cotisation.

Par courrier non daté, reçu par la Caisse Cantonale de Chômage, Division juridique (ci-après : la caisse ou l'intimée) le 2 septembre 2015, l'assurée s'est opposée à cette décision indiquant ne pas avoir perçu de salaire durant la période du 1^{er} mai 2014 au 15 mars 2015 en raison de l'insolvabilité de l'entreprise qui avait été mise en faillite par

le tribunal de [...]. Elle relevait en outre n'avoir jamais eu d'entretien pour l'informer du fonctionnement et de ses droits au chômage.

Le 14 septembre 2015, la caisse a rendu une décision sur opposition confirmant la décision du 27 août 2015.

B. Par acte non daté, reçu au greffe de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal le 18 septembre 2015, A.W._____ recourt contre la décision sur opposition précitée. A l'appui de ce dernier, elle expose qu'elle était une simple employée engagée par Madame B._____, décédée en janvier 2013, ayant légué son entreprise à son frère B.W._____ en mars 2013, alors que le bilan de l'entreprise présentait déjà un déficit de 80'000 francs. Elle réaffirme n'avoir jamais eu de parts dans la société et réitère pour le surplus l'argumentation développée dans son opposition. Elle produit en annexe à son recours la décision sur opposition, ainsi qu'un contrat d'engagement du personnel de bureau de vente daté du 29 avril 2011, portant signature de Madame B._____ indiquant à titre de salaire brut annuel le montant de 42'000 fr. soit un salaire mensuel brut de 3'500 fr. versé douze fois l'an et un temps d'essai de trois mois.

Dans sa réponse du 29 octobre 2015, l'intimée conclut au rejet du recours au motif que l'assurée est l'épouse de B.W._____, associé gérant de H._____ Sàrl en liquidation, occupant ex lege une position assimilable, le Registre du commerce ne mentionnant pas la radiation. Elle relève en outre qu'au vu de la position de son conjoint, la recourante ne pouvait prétendre à l'application de l'art. 51 al. 1 LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0).

La recourante n'a pas fait usage de la possibilité de répliquer qui lui était donnée.

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).

Cela rappelé, le grief de la recourante s'agissant de ses droits en relation avec l'art 51 al. 1 LACI n'est pas fondé dans la mesure où la décision ne porte pas sur l'indemnité en cas d'insolvabilité.

b) le litige porte en revanche sur le droit de la recourante à des indemnités de l'assurance-chômage dès le mois de juin 2015. L'intimée considère que la recourante n'y a pas droit puisqu'elle ne remplit pas les conditions relatives à la période de cotisation, aucun salaire ne lui ayant été effectivement versé entre mai 2014 et juin 2015. Selon l'intimée, il convient d'exercer une analyse plus stricte de la perception du salaire compte tenu de la position dirigeante qu'occupait son mari B.W. _____, dans l'entreprise qui l'employait.

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.

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 ; TF C 329/00 du 20 février 2001). Dans un arrêt de principe publié aux ATF 131 V 444, 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 cotisations, 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). Dans ce même arrêt, la Haute

Cour a précisé que 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 qu'il a totalement renoncé à la rémunération pour le travail effectué. Cette renonciation ne doit pas être admise à la légère. Elle ne saurait par exemple être présumée. 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 au demeurant pas nécessairement l'employé (ATF 131 V 444 consid. 3.3 ; TF 8C_875/2009 du 7 décembre 2009 consid. 5, C 183/06 du 16 juillet 2007 consid. 3, C 72/06 du 16 avril 2007 consid. 5.2 ; cf. Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage Genève/Zurich/Bâle 2014, n. 18 ad. art. 13 LACI, p. 123ss).

A cet égard, la renonciation au versement d'un salaire pour sauver une entreprise empêche la prise en compte d'une période de cotisation (TF 8C_267/2007 du 17 septembre 2007 ; Rubin, op.cit., n. 17 ad 13, p. 123). Il en va de même lorsqu'une personne qui occupait une position assimilable à un employeur a renoncé à un salaire dans la perspective d'une amélioration future de la situation de son entreprise (TF 8C_663/2013 du 9 décembre 2013).

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, p. 124). Il en va de même de créances produites dans une faillite (TF C 199/04 du 15 avril 2005 consid. 3.2). Enfin si comme vu précédemment, 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).

En principe comptent comme périodes de cotisation celles où un employé n'a pas perçu son salaire en raison de l'insolvabilité de son employeur (Rubin, op.cit., n. 20 ad 13, p. 124)

4. a) En l'espèce, l'intimée a nié à la recourante le droit à l'indemnité chômage dès le mois de juin 2015 au motif qu'elle n'avait perçu un salaire que durant dix mois sur les douze du délai cadre de cotisation.

Or, selon la jurisprudence précitée (consid. 3.b), la seule condition du droit à l'indemnité de chômage en relation avec le délai cadre est en principe que l'assuré ait exercé une activité soumise à cotisation durant la période minimale de cotisations, sans que le versement effectif d'un salaire soit exigé. La question du versement du salaire est en revanche décisive pour établir si l'assuré a totalement renoncé à sa rémunération.

En conditionnant le droit à l'indemnité au versement d'un salaire effectif durant le délai cadre, l'intimée va au-delà des exigences posées par la jurisprudence du Tribunal fédéral, quand bien même elle dit s'être référée aux directives posées par le Secrétariat d'Etat à l'économie (Bulletin LACI IC [Indemnité de chômage], 2012, B 146 notamment ; cf. l'arrêt ACH 110/14-19/2015 rendu en date du 16 février 2015, consid 5b).

Il est en outre constant, en tant que cela ressort de l'extrait du compte individuel de la caisse AVS de la F._____ concernant la recourante, de même que de la déclaration d'impôt 2014 figurant au dossier relative aux époux W._____ que la recourante a perçu un salaire jusqu'à fin avril 2014. La recourante ne conteste au demeurant pas qu'à partir du mois de mai 2014, elle n'a plus perçu de rémunération en raison des difficultés économiques que rencontrait l'entreprise qui l'employait. Sa

qualité d'employée jusqu'à cette date n'est, au demeurant, pas remise en question.

En revanche si l'attestation de l'employeur, la demande d'indemnité chômage déposée par la recourante, les bulletins de salaires produits dans le cadre de l'instruction, le contrat d'engagement et la lettre de résiliation donnent à penser que la recourante aurait exercé son activité jusqu'au 15 mars 2015, ces pièces ne sont pas à elles seules de nature à établir la réalité de l'exercice d'une activité de la recourante soumise à cotisation. En effet, elles ont été produites et vraisemblablement rédigées par l'entreprise dont le mari de la recourante est l'unique organe décisionnel.

En l'occurrence, ni les pièces figurant au dossier, ni même les circonstances du cas permettent de conclure avec certitude, d'une part que la recourante a effectivement exercé une activité lucrative soumise à cotisation du mois de mai 2014 au mois de mars 2015 auprès de H. _____ Sàrl et d'autre part que si tel était le cas, elle a volontairement totalement renoncé à son salaire durant cette période. L'intimée n'était ainsi pas fondée sur cette seule base à nier le droit de la recourante à l'indemnité chômage, la seule présomption d'une renonciation n'étant par ailleurs à elle seule pas suffisante.

L'instruction de la cause n'ayant pas porté sur le point de savoir si la recourante a ou non exercé réellement cette activité lucrative au cours de cette période, et dans l'affirmative si elle a renoncé totalement à son salaire dans ce cas, elle devra être complétée par la caisse, notamment en requérant si nécessaire des explications complémentaires auprès de la recourante sur la nature des tâches qui l'occupaient avant la déclaration de faillite sur d'éventuelles démarches faites en vue de retrouver un emploi, en se renseignant au besoin sur l'ouverture effective de la boutique au-delà du mois de mai 2014, en entendant cas échéant d'éventuels autres employés, en instruisant sur le dépôt d'une action à l'encontre de son employeur ou sur la production de sa créance de salaire dans le cadre de la faillite.

b) Enfin, en fonction du résultat de ce complément d'investigation, l'intimée devra encore examiner si le statut de la recourante, responsable de la vente et des achats de la boutique et épouse de l'associé gérant de la Sàrl en liquidation fait obstacle au versement d'une indemnité chômage.

La jurisprudence considère en effet qu'un travailleur qui jouit d'une situation comparable à celle d'un employeur -ou son conjoint-, sous réserve qu'il ait quitté définitivement l'entreprise (cf. notamment ATF 123 V 234 ; TF 8C_776/2011 du 14 novembre 2012 consid. 3.2 et les références citées), n'a pas droit à l'indemnité de chômage (art. 8ss LACI) lorsque, bien que licencié formellement par une entreprise, il continue à fixer les décisions de l'employeur ou à influencer celles-ci de manière déterminante. Dans le cas contraire, en effet, on détournerait par le biais des dispositions sur l'indemnité de chômage la réglementation en matière d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, en particulier l'art. 31 al. 3 let. c LACI. Cette jurisprudence est applicable par analogie au droit à l'indemnité chômage (ATF 123 V 234 ; TF 8C_481/2010 du 15 février 2011 consid. 3.2, 8C_415/2008 du 23 janvier 2009 consid. 2.2, 8C_515/2007 du 8 avril 2008 consid. 2.2).

Il appartiendra donc, cas échéant, à la caisse d'instruire particulièrement sur le point de savoir si l'assurée au moment de sa demande de prestations chômage avait quitté définitivement l'entreprise.

5. a) Compte tenu de ce qui précède, force est d'admettre que l'instruction du dossier doit être complétée. Le recours est par conséquent bien fondé et la cause doit être renvoyée à l'intimée qui pourra la transmettre à l'autorité qui a rendu la décision initiale pour instruction complémentaire dans le sens des considérants et nouvelle décision.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA).

La recourante, qui n'est pas représentée par un mandataire professionnel, n'a pas droit à des dépens.

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

- I. Le recours est admis.

- II. La décision sur opposition du 14 septembre 2015 rendue par la Division juridique de la Caisse Cantonale de Chômage est annulée et la cause lui est renvoyée pour complément d’instruction dans le sens des considérants.

- III. Il n’est pas perçu de frais 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 :

- A.W. _____, à [...],
- Caisse Cantonale de Chômage Division juridique, Lausanne,
- Secrétariat d’Etat à l’économie (SECO), à Berne,

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 :