

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 21 août 2020

Composition : M. PIGUET, président
Mme Röthenbacher et M. Métral, juges
Greffière : Mme Guardia

Cause pendante entre :

W. _____, à [...], recourant, représenté par [...],

et

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, DIVISION JURIDIQUE, à Lausanne,
intimé,

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

E n f a i t :

A. a) Depuis le 7 décembre 2017, W. _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], est inscrit au Registre du commerce comme associé gérant avec signature individuelle de la société Z. _____ Sàrl. Il a travaillé dès le 1^{er} février 2018 comme gérant de cette société à un taux de 60 %.

Le 23 janvier 2019, l'assuré s'est inscrit en tant que demandeur d'emploi au taux de 60 % auprès de l'Office régional de placement de [...] (ci-après : l'ORP) et a sollicité le versement d'indemnités de chômage à compter de cette date.

Le 4 mars 2019, l'assuré s'est à nouveau inscrit en tant que demandeur d'emploi auprès de l'ORP au taux de 100 %.

b) Le 20 avril 2019, l'assuré a cédé l'ensemble des parts sociales de Z. _____ Sàrl à [...], lequel a été nommé le même jour associé gérant de la société. L'assuré a démissionné à cette date de son poste d'associé gérant et sa signature individuelle a été supprimée. Toujours le même jour, M. [...] a requis du Registre du commerce qu'il procède à toutes les écritures nécessaires dans ce cadre.

c) Par décision du 20 mai 2019, la Caisse cantonale de chômage, Agence de [...], a décidé de ne pas donner suite à la demande d'indemnisation présentée par l'assuré au motif que, durant le délai cadre de cotisation – qu'elle a fixé du 23 janvier 2017 au 22 janvier 2019 –, celui-ci ne justifiait que de onze mois d'activité soumise à cotisation.

Le 3 mai 2019, l'assuré s'est opposé à la décision susmentionnée et a produit plusieurs pièces.

Par décision sur opposition du 17 juillet 2019, la Caisse cantonale de chômage, division juridique, (ci-après : la Caisse ou l'intimée) a rejeté l'opposition. Elle a considéré que l'assuré, qui prétendait avoir perçu un salaire entre les mois de février 2018 et de février 2019, avait échoué à le démontrer dès lors qu'il n'avait pas produit les décisions de taxation relatives à cette période.

B. Par acte du 16 août 2019, W._____ a déféré la décision sur opposition du 17 juillet 2019 devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonale, concluant implicitement à sa réforme en ce sens que son droit à des indemnités de l'assurance-chômage soit reconnu. Il a fait valoir qu'il avait travaillé entre février 2018 et février 2019 auprès de la société Z._____ Sàrl. A l'appui de son écriture, il a déposé un ensemble de pièces.

W._____ a confirmé ses motifs et conclusions par courrier du 21 septembre 2019.

Par réponse du 23 septembre 2019, la Caisse a conclu au rejet du recours.

Par ordonnance du 1^{er} octobre 2019, le Juge instructeur a requis la présentation de la comptabilité complète (bilan, compte de résultat et grand-livre) de la société Z._____ Sàrl pour les exercices 2018 et 2019.

Malgré les multiples relances et prolongations accordées, les documents requis n'ont pas été produits.

E n d r o i t :

1. **a)** La loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; RS 830.1) est, sauf dérogation expresse, applicable en matière d'assurance-chômage (art. 1 al. 1 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et

l'indemnité en cas d'insolvabilité [LACI ; RS 837.0]). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte peuvent faire l'objet d'un recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 56 al. 1 LPGA ; 100 al. 3 LACI, 128 al. 1 et 119 al. 1 de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité [OACI ; RS 837.02]), dans les trente jours suivant leur notification (art. 60 al. 1 LPGA).

b) Déposé en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a de la loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [LPA-VD ; BLV 173.36]) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

2. Le litige porte sur la question de savoir si le recourant peut prétendre à des indemnités journalières de l'assurance-chômage, singulièrement s'il remplit la condition relative à la période de cotisation.

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). Celles-ci sont satisfaites par celui qui, dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet (art. 9 al. 3 LACI) - c'est-à-dire dans les deux ans précédant le jour où toutes les conditions du droit à l'indemnité sont remplies -, a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation (art. 13 al. 1 LACI). 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 (Gerhard Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz [AVIG], vol. I, 1988, n. 8 *ad* art. 13 LACI, p. 170). Cela suppose l'exercice effectif d'une activité salariée suffisamment contrôlable (ATF 133 V 515 consid. 2.4 et les références citées).

b) D'après la jurisprudence (ATF 123 V 234), un travailleur qui jouit d'une situation professionnelle comparable à celle d'un employeur n'a pas droit à l'indemnité de chômage lorsque, bien que licencié

formellement par une entreprise, il continue de 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 d'une disposition 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. Selon cette disposition légale, 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. Dans ce sens, il existe un étroit parallélisme entre l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail et le droit à l'indemnité de chômage.

La situation est en revanche différente quand le salarié, se trouvant dans une position assimilable à celle de l'employeur, quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci; en pareil cas, on ne saurait parler d'un comportement visant à éluder la loi. Il en va de même lorsque l'entreprise continue d'exister mais que le salarié, par suite de la résiliation de son contrat, rompt définitivement tout lien avec la société. Dans un cas comme dans l'autre, l'intéressé peut en principe prétendre des indemnités de chômage (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb).

c) 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 (TFA C 279/00 du 9 mai 2001, in DTA 2001 n° 27 p. 225). Dans un arrêt de principe 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, la jurisprudence exposée à l'arrêt

C 297/00 précité ne devant pas être comprise en ce sens qu'un salaire doive 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). 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 que l'intéressé 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 ; TF C 183/06 du 16 juillet 2007 consid. 3, TF C 72/06 du 16 avril 2007 consid. 5.2 ; Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n° 18 ad art. 13 LACI). Dans une telle hypothèse, le juge doit plutôt procéder à une appréciation des preuves versées au dossier et, en cas d'insuffisance de celles-ci, renvoyer le dossier à la caisse de chômage, à charge pour cette dernière d'élucider la question déterminante de l'existence d'une activité soumise à cotisation (TF C 92/06 du 11 avril 2007 ; Tribunal cantonal des assurances ACH 65/08 - 1/2009 du 23 décembre 2008 consid. 3b).

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. Il appartient toutefois 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). 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).

4. a) En l'occurrence, le recourant s'est inscrit le 23 janvier 2019 en qualité de demandeur d'emploi auprès de l'ORP. A cette date, il était cependant inscrit en qualité d'associé-gérant de la société Z._____ Sàrl. La vente de ses parts et sa démission du poste d'associé gérant n'ont eu lieu que le 20 avril 2019 (cf. procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire des associés de la société Z._____ Sàrl du 20 avril 2019 ; contrat de vente des parts sociales du 20 avril 2019). Ainsi, avant cette date, le recourant ne remplissait pas toutes les conditions pour avoir droit à une indemnité de l'assurance-chômage (cf. consid. 3b *supra*). En conséquence, le délai cadre de cotisation s'étend non pas du 23 janvier 2017 au 22 janvier 2019 – comme l'a retenu la caisse intimée – mais du 21 avril 2017 au 20 avril 2019.

b) La caisse intimée fait dépendre la preuve de l'existence des rapports de travail tels qu'allégués par le recourant de la production des décisions de taxation relatives aux années 2018 et 2019. En procédant de la sorte, elle exige du recourant la production de documents dont l'établissement dépend du seul bon vouloir et de la célérité des autorités fiscales et rend extrêmement difficile, sinon impossible, la preuve de l'existence de rapports de travail. S'agissant plus particulièrement de la décision de taxation relative à l'année 2019, on relèvera que l'intimée réclame, au moment où elle a rendu sa décision, un moyen de preuve tout simplement impossible à produire, cette décision de taxation ne pouvant être rendue avant le mois d'avril 2020.

c) Il y a dès lors lieu de procéder à une appréciation de l'ensemble des pièces versées au dossier afin d'élucider la question déterminante de l'existence d'une activité soumise à cotisation (cf. consid. 3c *supra*).

Il convient de relever en premier lieu qu'aucun extrait de compte bancaire ou postal appartenant au recourant n'atteste matériellement du versement d'un salaire durant la période courant du 1^{er} février 2018 au 28 février 2019. Rien ne permet cependant d'affirmer que le recourant n'a pas travaillé pour le compte de la société Z._____ Sàrl en qualité d'associé-gérant - la caisse intimée ne le soutient d'ailleurs pas (cf. la décision du 20 mai 2019, qui admet l'exercice d'une activité soumise à cotisation pour la période du 1^{er} février au 31 décembre 2018) - ou qu'il a renoncé à toute forme de rémunération au cours de cette période. Au contraire, le recourant a produit différents documents constituant un faisceau d'indices convergents qui laissent à penser que la société Z._____ Sàrl lui a versé un salaire au cours de la période litigieuse.

Le recourant a en effet déposé avec le formulaire d' « attestation de l'employeur » du 8 février 2019 un « avenant à un contrat de travail » du 1^{er} février 2018 le concernant et attestant d'un salaire brut de 2'550 fr. ainsi que des décomptes de salaires concernant les mois de février 2018 à janvier 2019. Il a ensuite produit un extrait du compte individuel émanant d' [...] attestant de la perception d'un revenu de 4'667 fr. durant l'année 2017 - dont 1'344 fr. entre les mois de mai et août 2017 gagnés auprès de [...] - et de 30'387 durant l'année 2018. A l'appui de son opposition du 3 mai 2019, il a déposé de nouvelles pièces soit :

- deux extraits du compte salaire de la société Z._____ Sàrl pour les années 2018 et 2019 le concernant ;
- un « état du personnel assuré » du 3 juin 2019 indiquant qu'il avait perçu un salaire soumis à l'AVS de 5'525 fr. entre le 1^{er} janvier et le 28 février 2019 ;
- un détail des cotisations du 5 juin 2019 d' [...] indiquant qu'il avait perçu, entre janvier et février 2019, un salaire LPP de base de 5'525 francs ;

- un certificat de salaire relatif aux mois de janvier et février 2019, indiquant un salaire net de 6'190 francs ;
- un décompte de salaire portant sur le mois de février 2019 ;
- des quittances, signées par le recourant, attestant de la perception de 2'464 fr. 90 entre les mois de février et novembre 2018, de 6'964 fr. 90 au mois de décembre 2018 et de 3'066 fr. 10 aux mois de janvier et février 2019 ;
- un extrait du journal principal de la société Z. _____ Sàrl signé par [...] portant sur les mois de février à décembre 2018 attestant du paiement au recourant de salaires nets de 2'464 fr. 90 entre les mois de février et novembre 2018 et de 6'964 fr. 90 au mois de décembre 2018 (dont 4'500 fr. d'allocations familiales pour l'année 2018) ;
- un dito relatif aux mois de janvier et février 2019 et attestant du paiement de salaires nets de 3'066 fr. 10 (dont 600 fr. d'allocations familiales).

Enfin, dans le cadre de la présente procédure, le recourant a produit une copie de sa décision de taxation 2018 attestant d'un revenu réalisé de 31'878 durant l'année 2018, des relevés de comptes bancaires de la société Z. _____ Sàrl ainsi que son certificat de salaire concernant la période du 1^{er} février au 31 décembre 2018 et indiquant un salaire net de 31'878 francs.

Malgré l'absence de production de la comptabilité complète de la société Z. _____ Sàrl pour les exercices 2018 et 2019, les documents remis constituent un ensemble complet et cohérent. Ils ont été produits régulièrement par le recourant, au fur et à mesure qu'il les a reçus, ce qui atteste qu'ils n'ont pas été rédigés aux fins de la présente procédure. Au demeurant, on ne voit pas quels documents supplémentaires le recourant aurait pu produire pour attester de la réalité de l'activité exercée et du

salaire perçu. C'est le lieu de relever que l'autorité fiscale a, dans la décision de taxation 2018 produite à l'appui du recours, a retenu le revenu déclaré dans le certificat de salaire 2018. Elle a ainsi reconnu que le recourant percevait bien un salaire de la part de la société Z. _____ Sàrl. Il n'y a aucune raison qu'elle ne procède pas de même pour l'année 2019.

Fort de ces constats, il convient de retenir, conformément à la jurisprudence, que le recourant a effectivement exercé une activité soumise à cotisation entre le 1^{er} février 2018 et le 28 février 2019.

d) En conclusion, force est de constater qu'au cours du délai-cadre de cotisation, soit entre le 21 avril 2017 et le 20 avril 2019, le recourant a exercé pendant plus de douze mois une activité soumise à cotisation.

5. a) Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu d'admettre le recours, d'annuler la décision sur opposition du 17 juillet 2019 et de renvoyer la cause à la caisse intimée pour qu'elle procède à l'examen des autres conditions du droit à l'indemnité.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer de dépens, le recourant ayant agi sans le concours d'un mandataire (art. 61 let. g LPGA ; ATF 127 V 205 consid. 4b).

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

- I. Le recours est admis.

- II. La décision sur opposition rendue le 17 juillet 2019 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est annulée, la cause lui étant renvoyée pour instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants.

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

Le président :

La greffière :

Du

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

- [...] (pour W. _____),
- 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 :