

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 14 octobre 2016

Composition : Mme DI FERRO DEMIERRE, présidente

M. Neu et Mme Dessaux, juges

Greffière : Mme Mestre Carvalho

Cause pendante entre :

M. _____, à [...], recourant, représenté par Me Eric Cerottini, avocat à Lausanne,

et

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

Art. 52 al. 1 LACI.

E n f a i t :

A. M. _____ (ci-après : l'assuré), né en 1949, a été engagé à compter du 1^{er} décembre 1972 en qualité d'employé d'assurance par le S. _____, Compagnie [...] d'assurances sur la vie, dont l'activité a été reprise au 1^{er} juillet 1988 par la L. _____ SA, Compagnie d'assurance sur la vie (ci-après : la L. _____ SA). En date du 1^{er} février 1995, celle-ci a nommé l'assuré au poste de fondé de pouvoir avec procuration collective à deux.

Au 1^{er} janvier 2002, les statuts de la L. _____ SA prévoyaient notamment un délai de résiliation d'un mois durant la première année de service, de deux mois de la deuxième à la neuvième année de service, de trois mois dès la neuvième année de service révolue et de six mois dès cinquante ans révolus. Concernant la prévoyance comme l'octroi de prestations spéciales et avantages, il était renvoyé à des règlements spéciaux.

A partir du 1^{er} janvier 2005, le portefeuille de la L. _____ SA a été mis en « *run-off* ». Dans ce contexte, par courriel du 22 septembre 2005 intitulé « *RUN-OFF - Délais de congé contractuel[s]* », le directeur adjoint de la L. _____ SA a communiqué ce qui suit aux collaborateurs de l'entreprise :

"Note d'information destinée à l'ensemble des collaborateurs"

Chers tous,

Je vous informe que Monsieur [...], Directeur général, n'accordera plus de facilités lors du départ d'un collaborateur. Cela veut dire que quitter son poste de travail du jour au lendemain n'est plus possible. La Direction demande donc à tous les employés de se conformer aux délais de résiliation contractuels. Une résiliation anticipée pourra être discutée pour les personnes ayant un délai de congé de 6 mois.

Cette décision entre en vigueur avec effet immédiat.

Les "indemnités de départ" seront les suivantes:

- Jusqu'à 5 années de service : 2 mois
- 6 à 10 années de service: 3 mois
- 11 à 15 années de service: 4 mois
- 16 à 20 années de service: 6 mois
- plus de 20 années de service: 8 mois

Pour rappel, les délais de résiliation sont ceux fixés dans les statuts du personnel, édition 2002, pour autant que ceux-ci ne soient pas différents ni aient été modifiés par un contrat de travail ou un avenant ultérieurs aux statuts."

En 2008, la société luxembourgeoise K._____ a repris L._____ SA, dont elle est devenue l'unique actionnaire.

B. Par lettres des 18 et 22 juin 2009, l'assuré a annoncé à la société L._____ SA qu'il démissionnait pour le 31 décembre 2009, le délai de préavis de six mois allant du 1^{er} juillet au 31 décembre 2009. Dans ce contexte, l'intéressé a fait parvenir à son employeur une copie du courriel précité du 22 septembre 2005, ainsi qu'un avis de droit établi le 16 juillet 2008 par Me Raphaël Tatti. A teneur de cet avis, il était exposé, d'une part, qu'une indemnité à raison de longs rapports de travail devait en principe être exclue dans la mesure où la prévoyance professionnelle financée par l'employeur était vraisemblablement supérieure, et que, d'autre part, le courriel du 22 septembre 2005 constituait une base contractuelle ayant trait aux indemnités « *de départ* » dues par l'employeur, respectivement le nouvel employeur en cas de rachat.

Par courriers des 21 et 28 décembre 2009, l'assuré a réclamé à son employeur le versement de l'indemnité « *de départ* » à laquelle il estimait avoir droit en vertu du courriel du 22 septembre 2005.

En date du 15 février 2010, l'assuré a adressé un nouvel écrit à L._____ SA afin de faire valoir son droit aux « *indemnités pour longs rapports de travail* » sur la base du courriel susdit. Le 9 mars suivant, il a réitéré ses revendications.

Aux termes d'une correspondance du 23 mars 2010, L._____ SA a fait savoir à l'assuré qu'elle contestait intégralement ses prétentions.

Le 7 juillet 2011 a été introduite une procédure de conciliation entre l'assuré et la L._____ SA portant sur le paiement de l'indemnité susdite, soit 64'800 francs. La conciliation n'ayant pas abouti, une autorisation de procéder a été délivrée le 6 septembre 2011. C'est ainsi que, par acte daté du 6 décembre 2011, l'assuré a saisi le Tribunal d'arrondissement de [...] d'une demande tendant au paiement par L._____ SA d'une indemnité « *de départ* » de 64'800 fr. correspondant à huit mois de salaire. Différents documents ont été produits à cette occasion, dont le décompte de salaire du mois de décembre 2009 faisant état d'un salaire mensuel de 8'100 francs. Du mémoire de demande du 6 décembre 2011, on extrait en outre notamment ce qui suit :

"10.- Au cours d'une séance d'information[,] en janvier 2005, la défenderesse a expliqué à l'ensemble du personnel que chaque employé trouvant un nouvel emploi pourrait être immédiatement libéré de son obligation de travailler, ...

[...]

11.- ... tout en conservant le paiement de l'intégralité de son salaire pendant la durée de son délai de congé

[...]

12.- ... tel que prévu dans le contrat de travail et les statuts du personnel, ...

[...]

13.- ... et en étant autorisé à débiter immédiatement son activité professionnelle auprès de son nouvel employeur.

[...]

14.- Par courriel du 22 septembre 2005, la défenderesse a informé son personnel qu'une telle libération immédiate ne serait dorénavant plus possible ...

[...]

15.- ... et qu'il faudrait à l'avenir respecter le délai de résiliation contractuel et l'obligation de fournir ses services jusqu'à son terme en cas de démission.

[...]

16.- Par ce même courriel, la défenderesse accordait en revanche à son personnel des indemnités de départ, dont la quotité était la suivante :

- jusqu'à 5 années de service : équivalent de 2 mois de salaire
- 6 à 10 années de service : équivalent de 3 mois de salaire
- 11 à 15 années de service : équivalent de 4 mois de salaire
- 16 à 20 années de service : équivalent de 6 mois de salaire
- plus de 20 années de service : équivalent de 8 mois de salaire"

C. Par décision du 5 décembre 2014, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (ci-après : la FINMA) a prononcé le transfert à H._____ SA du portefeuille d'assurances de L._____ SA, ainsi que des actifs de la fortune liée y afférente. Les recours successivement déposés à cet égard auprès du Tribunal administratif fédéral (cf. TAF B-401/2015 du 18 août 2015) et du Tribunal fédéral (cf. TF 2C_872/2015 du 1^{er} août 2016) n'aboutiront pas.

Par décision du 12 décembre 2014, la FINMA a prononcé le retrait de l'autorisation d'exercer de L._____ SA, ainsi que l'ouverture de la faillite de la société au 15 décembre 2014. Cette décision a été publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce (ci-après : la FOOSC) le 29 décembre suivant.

Dans l'intervalle, par formulaire daté du 22 décembre 2014 et transmis le lendemain à Z._____ SA, société liquidatrice de la faillite de L._____ SA, l'assuré a produit sa créance dans le cadre de cette faillite, créance s'élevant à 110'894 fr. 95 dont 64'800 fr. au titre d'« *indemnité contractuelle de départ* ».

Le 8 janvier 2015, Z._____ SA a signalé à l'assuré que le bien-fondé de cette production serait analysé ultérieurement et que le Tribunal d'arrondissement avait en outre été requis de suspendre la procédure pendante entre l'intéressé et son ancien employeur, conformément aux dispositions applicables en matière de faillite.

D. En date du 28 janvier 2015, M._____ a sollicité auprès de la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la Caisse ou la CCH) l'octroi d'indemnités en cas d'insolvabilité, invoquant une créance de salaire en

suspens à hauteur de 64'800 fr. au titre d'« *indemnité contractuelle de départ* ».

Par décision du 12 février 2015, la Caisse, Secteur prestations, a nié le droit de l'assuré à l'indemnité en cas d'insolvabilité, motif pris que celui-ci n'avait pas de créance salariale à faire valoir au sens des dispositions applicables. Plus particulièrement, la Caisse a observé que la période revendiquée – en relation avec une indemnité de départ courant sur huit mois – n'était pas couverte par l'indemnité en cas d'insolvabilité, puisque postérieure au dernier jour travaillé par l'intéressé.

Par acte de son mandataire du 10 mars 2015, l'assuré a formé opposition à l'encontre de la décision précitée, considérant pour l'essentiel que les conditions du droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité étaient réalisées en l'espèce. Il a plus particulièrement soutenu que l'indemnité « *de départ* » réclamée à son ancien employeur constituait une créance de salaire, que cette indemnité – qui aurait dû être versée à l'issue des relations de travail – portait sur les quatre derniers mois des rapports de travail ayant précédé le prononcé de la faillite et qu'enfin, la demande d'indemnité en cas d'insolvabilité avait été introduite en temps utile.

Par décision sur opposition du 11 août 2015, la Caisse, Division juridique, a rejeté l'opposition de l'assuré et confirmé la décision du 12 février 2015. Dans sa motivation, elle a notamment retenu ce qui suit :

"4. [...]

L'indemnité couvre les créances de salaire portant sur les quatre derniers mois au plus d'un même rapport de travail, jusqu'à concurrence, pour chaque mois, du montant maximal visé à l'art. 3, al. 2. Les allocations dues aux travailleurs font partie intégrante du salaire (art. 52 al. 1 LACI).

[...]

La créance de salaire n'est pas déterminée en fonction du salaire privilégié au sens du droit des poursuites (art. 219, al. 4, LP), mais du salaire au sens de l'assurance-chômage et de l'AVS. Par créance de salaire, il faut entendre le salaire visé à l'art. 5 al. 2 LAVS, y compris les allocations dues (Bulletin LACI ICI/B11 et par renvoi : Bulletin LACI IC C2 ss).

Au sens de la législation sur l'AVS, « *Le salaire déterminant comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Il englobe les allocations de renchérissement et autres suppléments de salaire, les commissions, les gratifications, les prestations en nature, les indemnités de vacances ou pour jours fériés et autres prestations analogues, ainsi que les pourboires, s'ils représentent un élément important de la rémunération du travail* » (art. 5 al. 2 LAVS).

Le règlement sur l'AVS précise que [le] salaire déterminant pour le calcul des cotisations comprend notamment : « *les prestations versées par l'employeur lors de la cessation des rapports de travail, si elles ne sont pas exceptées du salaire déterminant en vertu des art. 8bis ou 8ter* » (art. 7 lit. q RAVS).

S'agissant de la notion de créances de salaire au sens de l'art. 52 LACI, le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), autorité de surveillance en matière d'assurance-chômage, renvoie au Bulletin LACI IC C2 ss, soit aux éléments du salaire déterminant pris en compte dans le calcul du gain assuré qui constitue la base de calcul de l'indemnité de chômage (IC) (Bulletin LACI ICI/B11 et B18). Ces éléments sont cités ci-après :

Entrent dans le salaire déterminant :

- le salaire de base (au mois, à l'heure ou à la tâche) ;
- les prestations en nature, au maximum jusqu'aux montants plafonds fixés dans l'AVS ;
- le 13^e mois de salaire et la gratification si l'assuré les a effectivement touchés ou s'il a intenté une action judiciaire pour faire reconnaître des prétentions qu'il a rendues crédibles ;
- les commissions ; les primes [;]
- les suppléments tels que les allocations de résidence et de renchérissement ;
- les suppléments pour travail de nuit, travail par équipes, travail du dimanche et service de piquet si ces allocations sont normalement versées à l'assuré en raison de la nature de son poste de travail.

N'entrent pas dans le salaire déterminant :

- les heures dépassant le temps de travail contractuel ;
- les suppléments pour autres inconvénients liés au travail [;]
- les primes d'ancienneté et **de fidélité** ;
- les indemnités pour frais ;
- les allocations familiales et de ménage ;
- les allocations de vacances et pour jours fériés des travailleurs payés à l'heure.

A la différence du gain assuré au sens de l'art. 23 LACI, qui représente la base de calcul de l'indemnité de chômage, laquelle peut être versée durant plusieurs mois, voire plusieurs années, et qui par conséquent est censée refléter le salaire normalement perçu, le salaire déterminant au sens de l'art. 52 LACI représente quant à lui la base de calcul d'une créance salariale pour du travail effectué durant une courte période de quatre mois au maximum.

C'est ce qui explique que divers suppléments, soit ceux versés uniquement si les inconvénients ont été effectivement subis, ne sont pas compris dans le gain assuré au sens de l'art. 23 LACI, mais composent le salaire déterminant au sens du régime de l'indemnité en cas d'insolvabilité ([...]). A l'inverse, certaines créances salariales, soit celles prévues à l'art. 11 al. 3 LACI, ne sont pas couvertes par l'ICI mais composent, en règle générale, des éléments de salaire constitutifs du gain assuré au sens de l'art. 23 LACI [...]).

[...]

La caisse n'est autorisée à verser une indemnité en cas d'insolvabilité que lorsque le travailleur rend plausible sa créance de salaire envers l'employeur (art. 74 OACI).

[...]

5. En l'occurrence, la demande d'ICI ici concernée porte sur une indemnité de départ se chiffrant à CHF 64'800.- (8 mois de salaire x CHF 8'100.-).

De ce qui a été exposé précédemment, on constate que certains éléments qui composent le salaire déterminant au sens de l'AVS, bien qu'explicitement mentionnés à l'art. 7 RAVS, ne sont pas couverts par l'IC ou l'ICI. Il en va ainsi de l'indemnité de départ. En effet, s'il est vrai que cette indemnité constitue un élément du salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS, elle ne constitue cependant ni un élément du gain assuré au sens de l'art. 23 LACI en règle générale ni au sens de l'art. 52 LACI.

L'ICI a pour but de compenser la totalité du salaire mensuel contractuel. Ainsi, outre le fait que l'indemnité ne constitue évidemment pas un élément du salaire mensuel de l'opposant, s'ajoute également le fait que le versement de cette indemnité ne résulte ni du contrat de travail ni d'un avenant conclu ultérieurement. On ne saurait ainsi qualifier dite indemnité de créance de salaire au sens de l'art. 52 LACI. Partant, l'opposant ne peut donc pas prétendre à l'ICI.

Par ailleurs, l'assuré fonde sa prétention sur un courriel du 22 septembre 2005 [...]. [...]

Par lettre du 23 mars 2010, soit bien avant l'ouverture de la faillite intervenue en décembre 2014, l'employeur a formellement contesté les prétentions de l'opposant.

En 2011, dans le cadre du litige opposant l'assuré à l'employeur, une procédure judiciaire visant uniquement le paiement de cette indemnité a été introduite par-devant le Tribunal d'arrondissement de [...]. A ce jour, le Tribunal n'a toujours pas tranché.

Ainsi, dans l'hypothèse où l'indemnité de départ avait constitué une créance de salaire au sens de l'art. 52 LACI, l'assuré n'aurait quand bien même pas pu prétendre à l'indemnisation. En effet, il n'aurait pas été possible d'admettre, au vu des éléments précités, que l'existence de la créance ait été rendue suffisamment plausible."

E. Agissant par l'entremise de son conseil, M. _____ a recouru le 8 septembre 2015 (date de l'envoi sous pli recommandé) auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal à l'encontre de la décision sur opposition précitée, concluant à sa réforme, de même qu'à celle de la décision du 12 février 2015, et à l'admission de la demande d'indemnité en cas d'insolvabilité déposée le 28 janvier 2015. A titre de mesure d'instruction, il requiert la production de l'intégralité de la procédure judiciaire civile l'opposant à son ancien employeur. Sur le fond, le recourant fait en substance valoir que sa créance envers L. _____ SA a trait à une période où il était employé par cette société, laquelle a par la suite été déclarée en faillite. Il ajoute que les indemnités de départ font partie du salaire déterminant conformément à la réglementation en matière d'AVS et que dès lors, contrairement à la position défendue par l'intimée, ses prétentions à l'encontre de son ancien employeur relèvent d'une créance de salaire au sens des dispositions régissant l'indemnité en cas d'insolvabilité - appréciation, du reste, conforme à la Convention n° 173 de l'Organisation internationale du travail (ci-après : l'OIT) concernant la protection des créances des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur, du 25 juin 1992 (RS 0.822.727.3). L'assuré allègue de surcroît que l'indemnité contractuelle de départ qu'il réclame devait lui être versée au terme de son engagement et qu'elle constitue, par conséquent, une créance portant sur les quatre derniers mois des rapports de travail ayant précédé le prononcé de la faillite de L. _____ SA ; selon lui, le raisonnement inverse serait manifestement contraire à la convention internationale précitée, qui prime le droit fédéral. Finalement, l'intéressé maintient avoir déposé sa demande de prestations auprès de la caisse compétente dans le respect du délai prévu par la loi. Partant, il estime que, dans la mesure où il remplit les conditions légales en la matière, il y a donc lieu de faire intégralement droit à sa demande d'indemnité en cas d'insolvabilité. En annexe, il produit un onglet de pièces comportant essentiellement des documents versés au dossier lors des phases antérieures de la procédure.

Appelée à se prononcer sur le recours, l'intimée en a proposé le rejet par réponse du 2 février 2016.

Les parties ont confirmé leurs conclusions lors d'un second échange d'écritures.

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 (cf. 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 (cf. art. 56 al. 1 LPGA) devant le tribunal des assurances compétent, à savoir celui du lieu de l'office des poursuites et des faillites compétent, pour l'indemnité en cas d'insolvabilité de l'employeur (cf. art. 100 al. 3 LACI et art. 128 al. 1 et 119 al. 1 let. d OACI [ordonnance fédérale du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]), dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (cf. art. 60 al. 1 LPGA).

En l'espèce, le recours a été formé en temps utile et dans le respect des formalités prévues par la loi (cf. art. 61 let. b LPGA notamment), de sorte qu'il est recevable.

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 (cf. art. 2 al. 1 let. c LPA-VD). La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer (cf. art. 93 let. a LPA-VD).

2. a) En procédure juridictionnelle administrative, ne peuvent être examinés et jugés, en principe, que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée

préalablement d'une manière qui la lie sous la forme d'une décision, laquelle détermine l'objet de la contestation (cf. ATF 134 V 418 consid. 5.2.1 et ATF 130 V 138 consid. 2.1 ; cf. également TF 9C_195/2013 du 15 novembre 2013 consid. 3.1, 8C_245/2010 du 9 février 2011 consid. 2 et 8C_627/2009 du 8 juin 2010 consid. 1.2). 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 (cf. ATF 125 V 413 consid. 2c et 110 V 48 consid. 4a ; cf. RCC 1985 p. 53).

b) Est en l'occurrence litigieux le point de savoir si la Caisse était fondée à nier le droit du recourant à une indemnité en cas d'insolvabilité, faute de créance de salaire susceptible de donner lieu à une telle prestation d'assurance.

Cela dit, on précisera ici que l'objet de la contestation de la présente procédure judiciaire est circonscrit à la décision sur opposition du 11 août 2015, celle-ci ayant remplacé la décision du 12 février 2015 – laquelle n'a dès lors plus d'existence propre et autonome faute d'être entrée en force de chose décidée – et clos la procédure administrative (cf. TF 9C_1078/2009 du 12 juillet 2010 consid. 2.1 et 9C_1015/2009 du 20 mai 2010 consid. 3.1 avec les références citées ; cf. Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 3^e édition, Zurich/Bâle/Genève 2015, n° 60 ad art. 52 LPGA, p. 693). Partant, en tant qu'elles portent sur la réforme de la décision du 12 février 2015, les conclusions du recourant ne sont pas recevables.

3. a) Aux termes de l'art. 51 al. 1 let. a LACI, les travailleurs assujettis au paiement des cotisations, qui sont au service d'un employeur insolvable sujet à une procédure d'exécution forcée en Suisse ou employant des travailleurs en Suisse, ont droit à une indemnité pour insolvabilité lorsqu'une procédure de faillite est engagée contre leur employeur et qu'ils ont, à ce moment-là, des créances de salaire envers lui. Selon l'art. 52 al. 1 LACI (dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} avril 2011 [RO 2011 1167]), l'indemnité couvre les créances de salaire portant

sur les quatre derniers mois au plus d'un même rapport de travail, jusqu'à concurrence, pour chaque mois, du montant maximal visé à l'art. 3 al. 2 LACI, étant précisé que les allocations dues aux travailleurs font partie intégrante du salaire. Précédemment, l'art. 52 al. 1 LACI (dans sa teneur en vigueur du 1^{er} juillet 2003 au 31 mars 2011 [RO 2003 1728]) prévoyait que l'indemnité couvrait les créances de salaire portant sur les quatre derniers mois du rapport de travail ayant précédé le prononcé de la faillite.

b) Par "créances de salaire" au sens de l'art. 52 LACI, on entend d'abord le salaire déterminant selon l'art. 5 al. 2 LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.10) en relation avec l'art. 7 RAVS (règlement fédéral du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.101), auquel s'ajoutent les allocations (cf. ATF 137 V 96 consid. 6.1 à 6.3 et 132 V 82 consid. 3.1 ; cf. Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungs-recht [SBVR], Soziale Sicherheit, 3^e éd., Bâle 2016, n° 619 p. 2452). Par cette référence à la LAVS se trouve ainsi délimité le cercle des bénéficiaires de cette protection. Il reste que ces dispositions en matière d'assurance sociale reposent en premier lieu sur le droit du contrat de travail en ce qui concerne notamment les éléments contractuels, les obligations réciproques des parties et les dispositions impératives dont il y a lieu ensuite de tirer des conséquences juridiques en matière d'affiliation ou de prestations (cf. ATF 125 V 492 consid. 3b et la référence citée).

Contrat synallagmatique, le contrat de travail impose principalement le versement d'un salaire au regard de l'engagement de fournir un travail régulier. La conséquence juridique, dans l'assurance-chômage, est que la créance de salaire est principalement liée à la fourniture d'un travail. Ainsi, selon la jurisprudence, l'indemnité en cas d'insolvabilité ne couvre que des créances de salaire qui portent sur un travail réellement fourni ; elle ne peut être octroyée pour des prétentions en raison d'un congédiement immédiat et injustifié du travailleur, pour des indemnités de vacances qui n'ont pas été prises ou pour des prétentions émanant d'un travailleur, empêché de travailler pour cause de maladie et

que son employeur n'a pas assuré (cf. ATF 137 V 96 consid. 6.1, 132 V 82 consid. 3.1 et 125 V 492 consid. 3b avec les références cités ; cf. Nussbaumer, op. cit., n° 620 p. 2452). Cette jurisprudence se fonde sur le texte même de la loi et sur l'intention clairement exprimée du législateur (cf. Message du Conseil fédéral du 2 juillet 1980 concernant une nouvelle loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, in FF 1980 III 532, p. 613 ; cf. ATF 137 V 96 consid. 6.1, 132 V 82 consid. 3.1, 125 V 492 consid. 3b et 121 V 377 consid. 2a). Ce principe connaît toutefois deux exceptions (cf. Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n° 8 ad art. 52 LACI p. 429) : en cas de demeure de l'employeur au sens de l'art. 324 CO (code des obligations du 30 mars 1911 ; RS 220), puisque dans ce cas l'assuré, qui reste à disposition de son employeur, n'est pas apte au placement (cf. ATF 132 V 82 consid. 3.2), et en cas d'incapacité de travail pour cause de maladie lorsque la prétention que l'assuré peut faire valoir est une créance de salaire et non en dommages-intérêts, ce qui est typiquement le cas lors du non-versement d'indemnités journalières d'une assurance couvrant la perte de gain prévue par la loi ou une convention (cf. ATF 125 V 492 spéc. consid. 4c).

Le critère de distinction qu'il faut poser en la matière réside dans la délimitation entre indemnité pour insolvabilité et indemnité de chômage. Si, durant la période en cause, l'assuré était apte au placement (cf. art. 15 al. 1 LACI) et s'il pouvait se soumettre aux prescriptions de contrôle de l'administration (cf. art. 17 LACI), il n'a pas droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité. Il en va ainsi de l'assuré qui a été licencié avec effet immédiat et sans justes motifs (cf. art. 337c CO) ou de celui qui a été congédié en temps inopportun (cf. art. 336c CO). Dans ces cas, l'assuré présente une disponibilité suffisante pour accepter un travail convenable et pour se soumettre aux prescriptions du chômage (cf. TFA C 160/05 du 24 janvier 2006 consid. 7.1 et la jurisprudence citée).

c) En définitive, pour déterminer le droit à une indemnité en cas d'insolvabilité, il convient de prendre en considération la nature juridique de la créance. Si celle-ci est une créance de salaire, il y aura lieu,

pour autant que les autres conditions du droit soient données, à une indemnité en cas d'insolvabilité (cf. art. 52 al. 1 LACI ; cf. Nussbaumer, op.cit., n° 619 p. 2452). En revanche, dès lors que la prétention du travailleur n'est pas une créance de salaire, mais une créance en dommages-intérêts, le droit à une indemnité en cas d'insolvabilité doit être nié (cf. ATF 114 V 56 consid. 4). Selon le Message du Conseil fédéral et les travaux législatifs, il n'apparaît en effet pas que l'intention du législateur ait été d'accorder une protection qui s'étende au-delà des créances de salaire et concerne également des créances en dommages-intérêts sans contre-prestation correspondant à la fourniture d'un travail. Il s'ensuit qu'une interprétation s'écartant du texte clair de la loi ne se justifie pas (cf. ATF 125 V 492 consid. 4b).

d) Conformément à l'art. 74 OACI, la caisse n'est autorisée à verser une indemnité en cas d'insolvabilité que lorsque le travailleur rend plausible sa créance de salaire envers l'employeur.

Selon les directives émises par le Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : le SECO) en sa qualité d'autorité de surveillance en matière d'assurance-chômage, il ne suffit en effet pas que l'assuré prétende avoir droit à un certain salaire, à des vacances ou au paiement d'heures supplémentaires. Comme la preuve irréfutable ne peut pas toujours être apportée au stade de l'ouverture de la procédure, la vraisemblance de la créance constitue un degré de preuve intermédiaire entre la simple allégation et la preuve irréfutable (cf. Bulletin LACI ICI [indemnité en cas d'insolvabilité], ch. B15).

4. En l'espèce, l'intimée a refusé de prester au motif que l'indemnité « *de départ* » invoquée par le recourant ne pouvait être qualifiée de créance salariale au sens de l'art. 52 LACI. Plus précisément, après avoir initialement considéré que la période revendiquée n'était pas couverte puisque postérieure au dernier jour travaillé (cf. décision du 12 février 2015), la Caisse a finalement retenu que la créance revendiquée ne constituait pas un élément du gain assuré et que, du reste, l'assuré n'avait

pas rendu ses prétentions suffisamment plausibles (cf. décision sur opposition du 11 août 2015 p. 5 s.).

Quant au recourant, il a fait valoir que l'indemnité « *de départ* » réclamée à son ancien employeur constituait une créance de salaire (cf. mémoire de recours du 8 septembre 2015 p. 7).

a) En tant que la Caisse a essentiellement fondé son raisonnement sur la notion de gain assuré au sens de l'art. 23 LACI, sa position ne peut être suivie.

On soulignera à cet égard qu'à la différence du gain assuré au sens de l'art. 23 LACI, qui représente la base de calcul de l'indemnité de chômage, laquelle peut être versée durant plusieurs mois, voire plusieurs années, et qui est par conséquent censée refléter le salaire normalement perçu, le salaire déterminant au sens de l'art. 52 LACI représente quant à lui la base de calcul d'une créance salariale pour du travail effectué durant une courte période de quatre mois au maximum. Les bases de calcul ne sont dès lors pas les mêmes : en effet, l'art. 52 al. 1 LACI couvre une créance dans certaines limites, n'assure pas un gain obtenu normalement et n'a pas la même fonction que l'art. 23 LACI. C'est ce qui explique que divers suppléments, soit ceux versés uniquement si les inconvénients – à savoir notamment les suppléments de salaire pour le travail de nuit, du dimanche, pour heures supplémentaires – ont été effectivement subis, ne sont pas compris dans le gain assuré au sens de l'art. 23 LACI, mais composent le salaire déterminant au sens du régime de l'indemnité en cas d'insolvabilité (cf. Rubin, op. cit., n° 1 ad art. 52 LACI p. 427 et nos 12 à 13 ad art. 52 LACI p. 430). En d'autres termes, sous l'angle de l'indemnité en cas d'insolvabilité, il n'est pas décisif de déterminer si les prétentions en cause, s'inscrivant dans le contexte d'un rapport de travail, relèvent ou non du gain assuré (cf. ATF 137 V 96 consid. 6.3).

Ces principes n'ont du reste pas échappé à l'intimée, qui en a dûment fait mention dans la décision attaquée (cf. décision sur opposition du 11 août 2015 p. 5, spéc. ch. 4).

Paradoxalement, la Caisse a également indiqué que, s'agissant de la notion de créance de salaire au sens de l'art. 52 LACI, les directives du SECO renvoyaient aux éléments du salaire déterminant pris en compte dans le calcul du gain assuré constituant la base de calcul de l'indemnité de chômage (cf. Bulletin LACI ICI ch. B11 et B18 en relation avec Bulletin LACI IC [indemnité de chômage] ch. C2), faisant en particulier ressortir à cet égard que les primes de fidélité – figurant en gras dans le texte de la décision – n'entraient pas dans le salaire déterminant (cf. décision sur opposition du 11 août 2015 p. 4 ch. 4). On peine à comprendre un tel raisonnement qui fait manifestement abstraction de la distinction à opérer entre les notions de gain assuré au sens de l'art. 23 LACI et de salaire déterminant au sens de l'art. 52 LACI (telle qu'exposée ci-dessus), étant du reste souligné que, quoi qu'en dise l'intimée, les primes de fidélité peuvent être incluses dans le gain assuré (cf. art. 23 LACI, en relation avec les art. 5 al. 2 LAVS et 7 let. c RAVS ; cf. ATF 122 V 363 consid. 3 et les références citées). Sous cet angle, l'analyse de la Caisse n'apparaît donc pas conforme – constat auquel la référence aux directives du SECO ne vient rien changer, puisque de telles directives n'ont pas force de loi et ne lient ni les administrés, ni les tribunaux (cf. ATF 138 V 50 consid. 4.1 et les références citées).

Pour ces raisons, il convient de s'écarter du raisonnement de la Caisse tendant à exclure le droit aux prestations au motif que l'indemnité réclamée serait étrangère à la notion de « *gain assuré au sens de l'art. 23 LACI en règle générale [et] au sens de l'art. 52 LACI* » (cf. décision sur opposition du 11 août 2015 p. 5).

b) Il n'en demeure pas moins qu'à l'instar de l'intimée, la Cour de céans ne peut que nier l'existence d'une créance salariale au sens de l'art. 52 LACI.

Il est vrai que la notion de créance salariale ici litigieuse s'entend, en règle générale, par rapport à celle de salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS (cf. consid. 3b supra). Ce principe comporte

toutefois une limite : en effet, la référence à la notion de salaire déterminant n'est admissible que dans la mesure où elle s'avère compatible avec le but de l'indemnité en cas d'insolvabilité (cf. ATF 137 V 96 consid. 6.3) - prestation qui se trouve liée à la nature synallagmatique du contrat de travail et qui vise, ainsi, à couvrir les créances de salaire portant sur un travail réellement fourni, à l'exclusion des créances en dommages-intérêts (cf. consid. 3b et 3c supra). Reste à savoir comment appréhender la créance invoquée en l'occurrence par le recourant.

Sur ce point, on précisera tout d'abord que l'indemnité « *de départ* » réclamée par l'assuré ne relève manifestement pas d'une indemnité à raison de longs rapports de travail au sens des art. 339b ss CO. En effet, celle-ci est subsidiaire aux prestations des institutions de prévoyance (cf. art. 339d CO ; cf. Rémy Wyler/Boris Heinzer, Droit du travail, 3^e éd., Berne 2014, p. 706). Or, en l'occurrence, on peut raisonnablement considérer que la prévoyance financée par l'(ex-)employeur, entre l'entrée en vigueur du système actuel de prévoyance professionnelle au 1^{er} janvier 1985 (cf. en particulier les taux appliqués par l'art. 16 LPP [loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité ; RS 831.40]) et la résiliation des rapports de service au 31 décembre 2009, est supérieure à l'indemnité de 64'800 fr. réclamée par l'intéressé (cf. art. 339d al. 1 CO), ce qui exclut d'y voir une indemnité à raison de longs rapports de travail. C'est d'ailleurs dans ce sens que va également l'avis de droit de Me Tatti du 16 juillet 2008 (p. 5).

Cela étant, il reste que le recourant fonde sa créance sur un courriel de l'employeur du 22 septembre 2005, que l'on ne peut isoler de son contexte. Force est en effet de rappeler que le portefeuille de la société L._____ SA a été mis en « *run-off* » au 1^{er} janvier 2005 et que, dans ce cadre bien précis, les employés se sont initialement vu informer qu'ils pouvaient quitter la société sans préavis tout en conservant leur droit au salaire durant le délai de congé normalement prévu, après quoi l'employeur est revenu sur sa position le 22 septembre 2005 en exigeant le respect des délais de congé en vigueur tout en instaurant, en revanche,

une indemnité « *de départ* » variant en fonction des années de service (cf. mémoire de demande du 6 décembre 2011 pp 3 ss). On ignore si, ultérieurement, l'employeur a formellement ôté le bénéfice de cette prestation. Quoi qu'il en soit, il résulte de ce qui précède que l'indemnité en cause - qu'elle soit qualifiée ou pas d'« *indemnité de départ contractuelle* » (cf. mémoire de recours du 8 septembre 2015 p. 8) - ne visait en aucun cas à rémunérer un travail effectivement fourni, mais constituait bien plutôt un dédommagement instauré par l'employeur dans le cadre des aménagements mis en œuvre au regard de la situation particulière de la société (« *run-off* »). Relevant par conséquent d'une créance en dommages-intérêts bien plus que d'une créance salariale au sens de l'art. 52 LACI, dite indemnité ne saurait donner lieu à une indemnité en cas d'insolvabilité (cf. consid. 3c supra).

A cela s'ajoute également que l'indemnité en cas d'insolvabilité ne couvre que les créances de salaire dont le paiement aurait légitimement pu être escompté par la personne assurée à l'intérieur du cadre temporel défini par l'art. 52 al. 1 LACI, dans l'hypothèse d'une relation de travail s'inscrivant dans la continuité et à l'égard d'un employeur solvable (cf. ATF 137 V 96 consid. 6.3). Or, telle n'est à l'évidence pas la situation du recourant. D'une part, ce dernier n'aurait en bonne logique pas pu s'attendre à une indemnité « *de départ* » si les rapports de travail s'étaient poursuivis. D'autre part, aucune certitude ne pouvait être attachée au paiement, à l'occasion d'une démission au 31 décembre 2009, de l'indemnité mentionnée par l'employeur en 2005 dans le cadre spécifique du « *run-off* » et avant la reprise de L._____ SA par la société luxembourgeoise K._____. L'assuré ne bénéficiait du reste d'aucune garantie de la part de son (ex-)employeur puisqu'il a requis un avis de droit sur la question en 2008, avis qui ne revêt du reste pas de force contraignante. Dans le même sens, rien dans les courriers des 21 et 28 décembre 2009 à L._____ SA ne laisse entendre que l'intéressé aurait obtenu de quelconques assurances quant au versement de l'indemnité requise. Enfin, faute de pouvoir être rattachée à une prestation de travail concrète ou de pouvoir être assimilée à l'une des deux exceptions définies à cet égard par la jurisprudence (cf. consid. 3b

supra), la créance de l'assuré sort du cadre temporel défini par l'art. 52 al. 1 LACI (quatre derniers mois du rapport de travail, respectivement du rapport de travail qui a précédé la faillite [cf. consid. 3a supra]) – ce qu'avait, du reste, déjà implicitement relevé la Caisse dans sa décision du 12 février 2015. A la lumière de ces circonstances, il convient à plus forte raison de nier l'existence d'une créance salariale ouvrant le droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité.

Il suit de là qu'en définitive, c'est à juste titre que l'assuré s'est vu refuser le droit à cette prestation.

c) Peu importe, vu ce qui précède, que l'assuré ait ou non rendu sa créance suffisamment plausible (cf. consid. 3d supra) puisque, de toute manière, celle-ci ne constitue pas une créance salariale au sens de l'art. 52 al. 1 LACI.

5. Il sied encore de noter par surabondance que, pour obtenir le droit à l'indemnisation en cas d'insolvabilité, il faut non seulement disposer d'une créance salariale selon l'art. 52 LACI, mais encore faire valoir le droit à temps conformément à l'art. 53 LACI et respecter l'obligation de diminuer le dommage à l'assurance au sens de l'art. 55 LACI (cf. Rubin, op. cit., n° 5 ad art. 52 LACI, p. 428). Or, si le recourant a bien déposé sa demande d'indemnisation dans les soixante jours à compter de la publication de la faillite de L. _____ SA dans la FOSS (cf. art. 53 al. 1 LAC), il apparaît en revanche qu'il n'a pas satisfait aux obligations qui lui incombaient en vue de limiter le dommage (cf. art. 55 al. 1 LACI).

a) En vertu de l'art. 55 al. 1 LACI, dans la procédure de faillite ou de saisie, le travailleur est tenu de prendre toutes les mesures propres à sauvegarder son droit envers l'employeur, jusqu'à ce que la caisse l'informe de la subrogation dans ladite procédure. Une fois que la caisse est devenue partie à la procédure (cf. art. 54 LACI), le travailleur est tenu de l'assister utilement dans la défense de ses droits.

C'est ici le lieu de relever qu'initialement, la jurisprudence considérait que le droit à l'indemnité pour insolvabilité présupposait que l'employeur ait déjà été insolvable au moment de la dissolution des rapports de travail et que l'ouverture de la faillite ou la demande de saisie ait été différée pour des motifs sur lesquels l'assuré n'avait aucune prise (cf. ATF 114 V 56 consid. 3d). Par la suite, le Tribunal fédéral des assurances a jugé qu'il existait également un droit à l'indemnité lorsque l'insolvabilité de l'employeur ne survient qu'après la dissolution des rapports de travail (cf. TFA B. du 18 février 2000 [C 362/98], repris dans la RSAS 2001 p. 92). Lorsque la faillite est prononcée postérieurement à la dissolution des rapports de travail, l'obligation de diminuer le dommage ancrée à l'art. 55 al. 1 LACI exige toutefois du travailleur qui n'a pas reçu son salaire, en raison de difficultés économiques rencontrées par l'employeur, qu'il entreprenne à l'encontre de ce dernier les démarches utiles en vue de récupérer sa créance, sous peine de perdre son droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité (cf. TF 8C_956/2012 du 19 août 2013 consid. 3). Il s'agit d'éviter que l'assuré ne reste inactif en attendant le prononcé de la faillite de son ex-employeur (cf. ATF 114 V 56 consid. 4 ; cf. TF 8C_801/2011 du 11 juin 2012 consid. 6.1 ; cf. DTA 1999 no 24 p. 143 consid. 1c).

L'obligation de diminuer le dommage est moins étendue avant la résiliation du rapport de travail qu'après. Dans la première éventualité, l'absence de réaction de l'employé peut en effet se comprendre, du moins lorsqu'il est confronté à un premier retard dans le versement de son salaire. Cela étant, quel que soit son intérêt à rester au service de son employeur, un employé ne saurait s'accommoder de ne pas recevoir sa rémunération. Après la résiliation, l'assuré ne peut attendre plusieurs mois avant d'intenter une action judiciaire contre son employeur. Il doit en effet compter avec une éventuelle péjoration de la situation financière de l'employeur et donc avec une augmentation des difficultés, pour l'assurance-chômage, de récupérer les créances issues de la subrogation (cf. Rubin, op. cit., n° 11 ad art. 55 LACI p. 442 et les références citées). De même, avant l'apparition du motif de versement de l'indemnité en cas d'insolvabilité (par exemple avant l'ouverture de la faillite), l'employé ne

devra pas attendre des mois avant de mettre son employeur en demeure de verser le salaire (cf. à cet égard TF 8C_801/2011 précité consid. 6.2).

b) En l'espèce, il ressort du dossier que le recourant a donné son congé par courriers des 18 et 22 juin 2009 pour le 31 décembre 2009, produisant déjà à cette occasion le courriel de L._____ SA du 22 septembre 2005 et l'avis de droit de Me Tatti du 16 juillet 2008. Il a ensuite formellement réclamé le versement de l'indemnité en cause par écrits des 21 et 28 décembre 2009. Après avoir relancé son ex-employeur par correspondances des 15 février et 9 mars 2010, l'assuré s'est vu répondre, le 23 mars 2010, que la société contestait intégralement ses prétentions. Le recourant a toutefois attendu plus d'un an avant d'entamer de réelles démarches concrètes susceptibles (le cas échéant) de sauvegarder sa créance, par le biais d'une procédure de conciliation introduite le 7 juillet 2011 qui aboutira, par la suite, à l'ouverture d'une action en justice le 6 décembre 2011. Cette absence de réaction de l'assuré durant une aussi longue période constitue à n'en pas douter une violation de l'obligation de réduire le dommage, cela d'autant plus que l'intéressé, en sa qualité de fondé de pouvoir, ne pouvait ignorer la précarité financière dans laquelle se trouvait L._____ SA - situation qui contribuera finalement à la faillite de la société (cf. sur ce point TF 2C_872/2015 précité let. A). Il se justifie dès lors sur ce plan également de dénier le droit à l'indemnité.

6. C'est par ailleurs en vain que l'assuré s'est prévalu de la Convention de l'OIT n° 173 concernant la protection des créances des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur, dès lors que le droit suisse - et notamment le système propre à l'indemnité en cas d'insolvabilité, tel qu'appliqué dans le présent contexte - satisfait aux exigences fixées par cette convention (cf. Message du 11 mai 1994 sur la convention et la recommandation adoptées en 1992 par la Conférence internationale du Travail lors de sa 79^e session, in FF 1994 III 481, spéc. pp 484 ss).

7. Au regard de ce qui précède, il n'y a donc pas lieu d'ordonner des mesures d'instruction complémentaires telles que requises par le recourant (à savoir, la production du dossier relatif à la procédure civile l'opposant à son ex-employeur). En effet, de plus amples mesures d'instruction ne seraient pas de nature à modifier les considérations qui précèdent (appréciation anticipée des preuves; cf. ATF 122 II 464 consid. 4a, TF 8C_764/2009 du 12 octobre 2009 consid. 3.2, TF 9C_440/2008 du 5 août 2008), puisque les faits pertinents ont pu être constatés à satisfaction de droit.

8. a) En définitive, le recours, mal fondé, doit être rejeté dans la mesure où il est recevable et la décision attaquée confirmée.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (cf. art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer de dépens, dès lors que le recourant n'obtient pas gain de cause (cf. art. 55 al. 1 LPA-VD ; cf. 61 let. g LPGA).

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

- I. Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.
- II. La décision sur opposition rendue le 11 août 2015 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, 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 Eric Cerottini (pour M. _____),
- 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 :