

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 4 mars 2019

Composition : M. PIGUET, président
Mmes Di Ferro Demierre et Berberat, juges
Greffière : Mme Guardia

Cause pendante entre :

W. _____, à [...], recourant, représenté par Me Antoine Campiche, avocat
à Lausanne

et

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

Art. 51, 52 et 58 LACI

E n f a i t :

A. **a)** W._____, né en [...], a été engagé le 1^{er} mars 2013 par la société A._____
SA (ci-après : A._____
SA) en qualité de directeur commercial. Il avait notamment pour tâches :

- de développer les stratégies et méthodes de vente,
- d'animer les forces de ventes (internes et externes tels que distributeurs),
- de piloter et superviser le marketing, la production/maintenance des différents supports à la vente (avec les compétences internes existantes et/ou externes),
- de mettre sur pied les outils de gestion CRM nécessaires au suivi de la force de vente,
- accessoirement de visiter les clients principaux et de participer à la représentation de l'entreprise au plus haut niveau (RP, contacts politiques, associations, ...).

b) A compter du mois de juin 2015, A._____
SA a éprouvé des difficultés à verser le salaire de W._____. Celui-ci a introduit plusieurs poursuites à l'encontre de son employeur, pour lesquelles il a obtenu la mainlevée provisoire des oppositions formées à leur encontre. A la requête de W._____, l'Office des poursuites du district de [...] a notifié le 15 février 2017 une commination de faillite à A._____
SA.

c) Par décision du 15 mai 2017, le Tribunal d'arrondissement de la Côte a admis la requête d'ajournement de la faillite formée par A._____
SA.

d) Le 18 juillet 2017, W._____
a déposé une demande d'indemnité en cas d'insolvabilité.

d) Par décision du 7 décembre 2017, confirmée sur opposition le 30 avril 2018, la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la

caisse ou l'intimée) a rejeté la demande, au motif que W._____, en qualité de directeur commercial d'A._____ SA, faisait partie du cercle des personnes dirigeantes exclues du droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité.

B. **a)** Par acte du 30 mai 2018, W._____ a déféré la décision sur opposition rendue le 30 avril 2018 par la Caisse cantonale de chômage à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Vaud. Il a conclu, principalement, à sa réforme, en ce sens qu'il a droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité pour les mois de janvier, février, mars et avril 2017, subsidiairement à son annulation et au renvoi de la cause à la caisse pour nouvelle décision au sens des considérants.

Contestant l'interprétation faite par la caisse de sa position au sein de la société A._____ SA, il a expliqué qu'il n'exerçait aucune influence sur la prise de décision de son employeur dans les domaines qui touchaient à l'orientation, à l'étendue ou à la cessation de l'activité. L'ampleur de sa participation dans la société T._____ SA - propriétaire d'A._____ SA - n'était en rien révélatrice d'une position influente dans la formation de la volonté de la société, dès lors que la possibilité d'acquérir des actions de T._____ SA avait été donnée à tous les collaborateurs de l'entreprise. Le fait qu'il ait dû introduire plusieurs poursuites et requêtes de mainlevée afin d'obtenir le paiement de ses salaires démontrait au contraire qu'il n'était pas dans une situation dirigeante ou dominante. Au surplus, les fonctions qu'il exerçait au sein de l'entreprise ne l'autorisaient à s'occuper que des affaires en lien avec la vente. Il n'avait aucun pouvoir en matière d'orientation de la société. Il n'avait jamais disposé d'un budget financier lui permettant de fonctionner en toute indépendance ; il devait au contraire se référer au « back office », lequel se référait uniquement à J._____, administrateur unique d'J._____. Il ne disposait d'aucun pouvoir de signature pour représenter la société. Enfin, l'ampleur de sa participation à T._____ SA n'était pas suffisante pour lui permettre d'influencer le processus de décision de la société.

b) Dans sa réponse du 6 juillet 2018, la Caisse cantonale de chômage a conclu au rejet du recours, renvoyant aux motifs de la décision attaquée.

c) Dans ses déterminations du 23 juillet 2018, W._____ a constaté que la Caisse cantonale de chômage se contentait de renvoyer aux raisons invoquées dans sa décision, sans critiquer ni même aborder les arguments développés dans son recours. Il a par conséquent confirmé les conclusions prises au pied de celui-ci.

d) Par courrier du 20 septembre 2018, le Juge instructeur a informé les parties que la Cour des assurances sociales avait rendu le 8 février 2017 un arrêt dans lequel elle avait examiné la problématique de la répartition des tâches, des responsabilités et des pouvoirs au sein des sociétés V._____ SA et A._____ SA (cause ACH 262/16 - 26/2017) et les a invité à se déterminer sur le contenu de celui-ci.

e) Dans ses déterminations du 12 octobre 2018, la Caisse cantonale de chômage a relevé que W._____ participait aux séances hebdomadaires du comité de direction. A ce titre, il pouvait prendre une part prépondérante à la formation de la volonté de la société dans les domaines qui touchaient à l'orientation, à l'étendue ou à la cessation de l'activité. Au surplus, il était resté près de deux ans au service d'A._____ SA sans percevoir son salaire en entier, démontrant ainsi qu'il n'agissait pas comme un simple salarié, mais plutôt comme un membre d'un organe dirigeant.

f) Dans ses déterminations du 26 octobre 2018, W._____ a estimé que l'argumentation et le raisonnement développé dans l'arrêt de la Cour des assurances sociales du 8 février 2017 s'appliquaient parfaitement à son cas et validaient tous les moyens développés dans son recours.

E n d r o i t :

1. a) Sous réserve de dérogation expresse, les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA; RS 830.1) s'appliquent à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité (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 sont sujettes à recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 56 et 58 LPGA). Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA).

b) En l'espèce, le recours a été interjeté en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]) et respecte pour le surplus les formalités prévues par la loi (cf. art. 61 let. b LPGA), de sorte qu'il est recevable.

2. Le litige porte sur le droit du recourant à une indemnité en cas d'insolvabilité.

3. a) 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 lorsque :

- une procédure de faillite est engagée contre leur employeur et qu'ils ont, à ce moment-là, des créances de salaire envers lui (art. 51 al. 1 let. a LACI) ;
- la procédure de faillite n'est pas engagée pour la seule raison qu'aucun créancier n'est prêt, à cause de l'endettement notoire de l'employeur, à faire l'avance de frais (art. 51 al. 1 let. b LACI) ;
- ils ont présenté une réquisition de saisie pour créance de salaire envers leur employeur (art. 51 al. 1 let. c LACI) ;

- le juge compétent a octroyé à l'employeur un sursis concordataire ou ajourné la déclaration de la faillite (art. 58 LACI).

b) L'art. 51 al. 2 LACI précise néanmoins que 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, lorsqu'ils sont occupés dans la même entreprise.

c) Selon la jurisprudence relative à l'art. 31 al. 3 let. c LACI – lequel, dans une teneur identique, exclut du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail le même cercle de personnes que celui visé par l'art. 51 al. 2 LACI et auquel on peut se référer par analogie (TF 8C_279/2010 du 18 juin 2010 consid. 2; cf. aussi Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Bâle/Zurich 2014, n° 16 ad art. 51 LACI) –, il n'est pas admissible de refuser, de façon générale, le droit aux prestations aux employés au seul motif qu'ils peuvent engager l'entreprise par leur signature et qu'ils sont inscrits au registre du commerce. L'autorité ne doit pas se fonder de façon stricte sur la position formelle de l'organe à considérer, mais bien plutôt établir l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes. En particulier, lorsqu'il s'agit de déterminer quelle est la possibilité effective d'un dirigeant d'influencer le processus de décision de l'entreprise, il convient de prendre en compte les rapports internes existant dans l'entreprise en cause (TFA C 45/04 du 27 janvier 2005 consid. 3.1 et les références). La seule exception à ce principe retenue par la jurisprudence concerne les personnes dont le pouvoir de décision résulte de la loi. Ainsi, les membres du conseil d'administration d'une société anonyme ou les associés gérants d'une société à responsabilité limitée sont réputés disposer d'un pouvoir déterminant, sans qu'il soit nécessaire de procéder à l'examen concret des responsabilités matérielles qu'ils exercent au sein de la société, fût-ce en ne disposant que d'une signature collective (TF 8C_515/2007 du 8 avril 2008 consid. 2.2 *in fine* et

les références; TF C 224/06 du 3 octobre 2007 consid. 2.2; TFA C 219/03 du 2 juin 2004 consid. 2.4).

d) En édictant l'alinéa 2 de l'art. 51 LACI, le législateur a voulu exclure d'une protection particulière les personnes qui exercent aussi bien une influence sur la conduite des affaires et sur la politique de l'entreprise qu'un droit de regard sur les pièces comptables et ne sont, de ce fait, pas surprises par la faillite subite de l'employeur (FF 1994 I p. 362). Si le fait de disposer d'un droit de regard sur la comptabilité est un indice de l'influence que peut exercer un travailleur sur le processus de décision de l'entreprise, il ne saurait constituer un motif indépendant d'exclusion. Le comptable responsable serait sinon exclu d'office du droit à l'indemnité en raison de sa fonction au sein de l'entreprise. Une telle sanction serait incompatible avec le texte clair et la *ratio legis* de l'art. 51 al. 2 LACI, qui suppose, en priorité, que la personne exclue du droit puisse exercer une influence déterminante sur la conduite des affaires de l'employeur (cf. Boris Rubin, *ibidem*). Ce qui est décisif, c'est de savoir si l'employé a pu prendre une part prépondérante à la formation de la volonté de la société, dans les domaines qui touchent à l'orientation, à l'étendue ou à la cessation de l'activité. Dans cette dernière hypothèse, un assuré n'a pas droit à l'indemnité, car il peut lui-même décider de l'étendue de son droit, avec les risques d'abus que cela comporte (TF 8C_865/2015 du 6 juillet 2016 consid. 4.3 et les références).

e) A teneur de l'art. 52 al.1 LACI, l'indemnité couvre les créances de salaire portant sur les quatre derniers mois au plus d'un même rapport de travail. Elle couvre exceptionnellement les créances de salaire nées après la déclaration de faillite dans la mesure où l'assuré, en toute bonne foi, ne pouvait pas savoir que la faillite avait été prononcée et dans la mesure où ces créances ne constituaient pas des dettes relevant de la masse en faillite (art. 52 al. 1bis LACI).

4. En l'occurrence, la caisse intimée soutient en substance que le recourant était en mesure de prendre une part prépondérante à la formation de la volonté de la société A. _____ SA, dans les domaines qui

touchaient aussi bien l'orientation, l'étendue ou la cessation d'activité de la société.

a) Selon le contrat de travail signé par le recourant avec la société A._____ SA, ses activités se concentraient principalement sur le développement commercial des différentes sociétés et activités du groupe constitué par les sociétés T._____ SA, A._____ SA, V._____ SA et de F._____ Sàrl. Dans le cadre de ses fonctions, il se devait principalement de développer les stratégies et méthodes de vente, d'animer les forces de ventes (internes et externes tels que distributeurs), de piloter et superviser le marketing, la production/maintenance des différents supports à la vente (avec les compétences internes existantes et/ou externes), de mettre sur pied les outils de gestion CRM nécessaires au suivi de la force de vente et, accessoirement, de visiter les clients principaux et de participer à la représentation de l'entreprise au plus haut niveau (RP, contacts politiques, associations, ...).

b) Dans le cadre de ses fonctions, le recourant ne disposait d'aucun pouvoir de signature au regard du Registre du commerce ; il n'était membre du conseil d'administration d'aucune société de la holding T._____ SA et possédait une participation de 9,97 % dans ladite holding, insuffisante pour exercer une quelconque influence sur la destinée du groupe, eu égard à la participation majoritaire de J._____ au capital-actions de la holding (76,44 %).

c) Le dossier constitué par la caisse intimée ne renferme aucun exemple concret de situations où le recourant aurait objectivement exercé des fonctions relevant des organes dirigeants d'une entreprise, qu'il s'agisse de la définition de la stratégie financière et commerciale ou des décisions en lien avec la politique du personnel. Comme l'a relevé la Cour de céans dans l'arrêt ACH 262/16 - 26/2017 du 8 février 2017 (consid. 4b), J._____, en sa qualité d'administrateur unique et d'actionnaire majoritaire de la holding T._____ SA (76,44 %), était la seule personne à occuper une fonction dirigeante, aucune décision ne pouvant être prise sans qu'elle ne soit discutée et avalisée par lui.

d) La caisse intimée ne saurait rien déduire en sa faveur du fait que le recourant a siégé au sein du comité de direction. Ainsi que cela ressort de l'arrêt ACH 262/16 - 26/2017 du 8 février 2017 (consid. 4e), les séances du comité de direction portaient principalement sur des questions techniques et commerciales et servaient à la coordination entre les différents départements de l'entreprise. Le comité de direction n'était en aucune façon un organe de décision stratégique.

e) Finalement, il y a lieu de mettre en exergue les nombreuses poursuites introduites par le recourant à l'encontre de son employeur, pour lesquelles il a obtenu la mainlevée provisoire des oppositions formées à leur encontre. Le fait que le recourant, alors qu'il exerçait la fonction de directeur commercial, a été confronté durablement à des retards de paiement de son salaire confirme les doutes sérieux quant à la capacité de celui-ci d'influencer considérablement les décisions de l'entreprise pour laquelle il travaillait.

f) L'ensemble des éléments discutés plaident au final dans le sens que le recourant n'était qu'un simple employé de l'entreprise pour laquelle il travaillait. Le point de vue de la caisse intimée ne peut par conséquent pas être confirmé.

5. a) Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu d'admettre le recours, d'annuler la décision sur opposition du 30 avril 2018 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),

c) Le recourant, qui obtient gain de cause avec l'assistance d'un avocat, a droit à des dépens qu'il convient, compte tenu de

l'importance et de la complexité du litige, de fixer à 2'500 fr. à la charge de la caisse intimée (art. 61 let. g LPGA et 55 LPA/VD).

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

- I. Le recours est admis.

- II. La décision sur opposition rendue le 30 avril 2018 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.

- IV. La Caisse cantonale de chômage, division juridique versera à W._____ la somme de 2'500 fr. (deux mille cinq cents francs) à titre de dépens.

Le président :

La greffière :

Du

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

- Me Antoine Campiche (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 :