

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 15 juillet 2019

Composition : Mme BRÉLAZ BRAILLARD, juge unique
Greffière : Mme Guardia

Cause pendante entre :

S._____, à [...], recourant, représenté par M. Julien Greub, agent d'affaires breveté, à Lausanne,

et

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

Art. 51 al. 1 let. a, 52, 53 et 55 al. 1 LACI ; art. 74 OACI

E n f a i t :

A. a) S._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant) a travaillé dès le 18 janvier 2016 en qualité de pâtissier-confiseur auprès de Q._____ Sàrl. Par courrier du 30 septembre 2016, l'employeur a résilié le contrat de travail de l'assuré pour le 30 octobre 2016, invoquant des motifs économiques.

Le 3 juillet 2017, l'Office des poursuites du district de [...] (ci-après : l'Office) a notifié à Q._____ Sàrl, dans la poursuite n° [...] exercée à l'instance de l'assuré, un commandement de payer les montants de 12'876 fr. 50 avec intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} novembre 2016 (1), 4'178 fr. 30 avec intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} novembre 2016 (2) et 800 fr. sans intérêt (3), mentionnant comme titre de la créance ou cause de l'obligation : « solde réduit sur salaire relatif au contrat de travail du 1^{er} janvier au 31 octobre 2016 » (1), « heures supplémentaires à 125% selon art. 18 al. 5 CCT » (2) et « frais d'intervention selon art. 106 CO » (3).

Le 7 août 2017, l'assuré a requis la continuation de la poursuite. L'Office a notifié à Q._____ Sàrl une commination de faillite le 25 septembre 2017.

Par acte du 25 octobre 2017, l'assuré a sollicité la faillite de Q._____ Sàrl.

Par décision du 27 novembre 2017, la Présidente du Tribunal d'arrondissement de [...] a prononcé la faillite de Q._____ Sàrl.

b) Le 12 janvier 2018, sous la plume de son mandataire, l'assuré a déposé une demande d'indemnité en cas d'insolvabilité auprès de la Caisse cantonale de chômage, Secteur Prestations (ci-après : la Caisse). Il a fait valoir une créance de salaire de 14'700 fr., concernant les

mois d'août à octobre 2016, et en paiement d'heures supplémentaires, à concurrence de 4'538 fr. 90.

Par courrier du 16 février 2018, la Caisse a imparti à l'assuré un délai de quinze jours pour lui adresser copie de relevés de son compte bancaire ainsi qu'un récapitulatif détaillé des démarches effectuées durant la période du 1^{er} août au 27 novembre 2017 en vue d'obtenir paiement des salaires réclamés.

Dans sa réponse du 7 mars 2018, l'assuré a expliqué à la Caisse qu'il avait écrit plusieurs SMS à son ancien employeur en vue d'obtenir un rendez-vous et qu'il avait ensuite chargé sa protection juridique puis un agent d'affaires breveté d'entamer les procédures nécessaires à obtenir le versement des montants litigieux.

Par décision du 9 mars 2018, la Caisse a nié à l'assuré le droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité. Elle a estimé que ce dernier n'avait entrepris aucune démarche probante en vue de recouvrer sa créance salariale entre le 30 octobre 2016 et le 6 juin 2017, date de l'enregistrement de la réquisition de poursuite.

Le 9 avril 2018, l'assuré, par l'intermédiaire de son conseil, a formé opposition à la décision susmentionnée. Il a fait valoir que, contrairement à ce qu'avait retenu la Caisse, il n'avait pas été inactif ensuite du non-paiement de son salaire. Il a ainsi expliqué qu'immédiatement après la fin des rapports de travail, il avait interpellé son ancien employeur afin de fixer un rendez-vous pour que celui-ci lui remette le montant dû, précisant que, depuis le début des rapports de travail, son salaire lui avait été payé en liquide. Malgré les promesses de Q._____ Sàrl, celle-ci ne s'était finalement pas exécutée, de sorte qu'il s'était adressé à son assurance de protection juridique. Celle-ci avait envoyé plusieurs courriers à l'employeur, suite à quoi le dossier avait été confié à un agent d'affaires breveté. Ce mandataire avait finalement introduit une procédure de poursuite et une procédure en paiement devant le Tribunal de Prud'hommes de l'arrondissement de [...].

A l'appui de son opposition, l'assuré a notamment produit :

- des captures d'écran de son téléphone portable attestant de messages échangés avec « Pâtisserie [...]», [...] étant à l'époque l'associé gérant avec signature individuelle de Q._____ Sàrl. Il ressort de ces captures d'écran qu'à la suite de demandes de l'assuré, son ancien employeur s'est engagé, à plusieurs reprises, les 15, 22 et 27 décembre 2016 et le 14 janvier 2017, à lui remettre de l'argent. Ainsi, le 27 décembre 2016, [...] a proposé de verser 1'500 fr. tous les 15 du mois en attendant que sa situation financière ne s'améliore.
- des lettres des 21 février, 27 mars et 5 mai 2017 de DAS Protection Juridique SA à Q._____ Sàrl requérant le versement de 12'876 fr. 50 à titre d'arriérés de salaire et de 4'178 fr. 30 en compensation d'heures supplémentaires.
- une réquisition de poursuite du 2 juin 2017.
- une attestation du Tribunal d'arrondissement de [...] confirmant le dépôt par l'assuré, le 2 juin 2017, d'une requête de conciliation à l'encontre de son employeur devant le Tribunal des Prud'hommes.

Par décision sur opposition du 26 juillet 2018, la Caisse cantonale de chômage, division juridique, (ci-après : l'intimée) a rejeté l'opposition et confirmé la décision du 9 mars 2018. Elle a considéré que l'on ne pouvait pas reprocher à l'assuré d'avoir attendu le 15 janvier 2017 avant de saisir les juridictions compétentes dès lors que c'était pour cette date que l'employeur s'était engagé à commencer à rembourser le montant dû. L'autorité a cependant estimé que le temps écoulé entre le 15 janvier 2017 et le dépôt des requêtes de poursuite et de conciliation était excessif. Elle a en définitive considéré que l'assuré avait violé son obligation de diminuer son dommage.

B. Par acte du 12 septembre 2018, l'assuré, sous la plume de son conseil, a recouru contre cette décision sur opposition auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant, principalement, à sa réforme en ce sens que son droit à une indemnité en cas d'insolvabilité est admis, à concurrence de 19'238 fr. 90, subsidiairement, à sa réforme en ce sens que son droit à une indemnité en cas d'insolvabilité est admis, la cause étant renvoyée à l'intimée pour complément d'instruction. En substance, il a contesté avoir trop tardé à agir à l'encontre de son ancien employeur. A l'appui de son recours, il a notamment produit :

- un courrier du 14 décembre 2017 de l'Office des faillites de l'arrondissement de [...] indiquant que, par décision du 12 décembre 2017, ensuite de constatation de défaut d'actif, le juge avait suspendu la liquidation de la faillite de Q. _____ Sàrl.
- la publication relative à la suspension de la faillite de Q. _____ Sàrl extraite de la Feuille officielle suisse du commerce des 2 et 5 janvier 2018.

Par réponse du 22 octobre 2018, l'intimée a conclu au rejet du recours.

Par courrier du 24 avril 2018, le recourant a déclaré renoncer à se déterminer.

E n d r o i t :

1. a) La LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) est, sauf dérogation expresse, applicable en matière d'assurance-chômage (art. 1 al. 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 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 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]), dans les trente jours suivant leur notification (art. 60 al. 1 LPGA).

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

c) Vu la valeur litigieuse inférieure à 30'000 fr., la cause est de la compétence du juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

2. Le litige porte sur le droit du recourant à une indemnité pour cause d'insolvabilité pour ses créances de salaire relatives aux mois d'août à octobre 2016, plus particulièrement sur la question de savoir s'il a satisfait à son obligation de diminuer son dommage.

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, 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.

D'après l'art. 53 LACI, lorsque l'employeur a été déclaré en faillite, le travailleur doit présenter sa demande d'indemnisation à la caisse publique compétente à raison du lieu de l'office des poursuites ou des faillites, dans un délai de 60 jours à compter de la date de la

publication de la faillite dans la Feuille officielle suisse du commerce (al. 1). En cas de saisie de l'employeur, le travailleur doit présenter sa demande d'indemnisation dans un délai de 60 jours à compter de la date de l'exécution de la saisie (al. 2). A l'expiration de ces délais, le droit à l'indemnité s'éteint (al. 3).

b) En vertu de l'art. 55 al. 1, première phrase, 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.

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 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 (TF 8C_956/2012 du 19 août 2013 consid. 3). Il s'agit d'éviter que l'assuré reste inactif et n'entreprenne rien pour récupérer son salaire impayé, en attendant le prononcé de la faillite de son ex-employeur (ATF 114 V 56 consid. 4 ; TF 8C_801/2011 du 11 juin 2012 consid. 6.1 ; DTA 1999 n° 24 p. 143 consid. 1c).

Les assurés doivent se comporter comme si l'indemnité en cas d'insolvabilité n'existait pas (TF 8C_66/2013 du 18 novembre 2013 consid. 4.2). L'obligation de diminuer le dommage s'examine en fonction de l'ensemble des circonstances (TF 8C_356/2013 du 23 septembre 2013 consid. 2.2). La caisse doit ainsi prendre en compte la rapidité de la réaction de l'employé, les usages dans la branche, la langue dans laquelle l'employé peut s'exprimer, ses connaissances juridiques, son éventuel domicile à l'étranger, le rapport entre les frais que l'assuré aurait dû assumer pour faire valoir sa créance et sa situation financière, un éventuel rapport de confiance, un conflit de loyauté, l'intégration au sein de l'entreprise, les responsabilités assumées, la possibilité de comparer sa propre situation avec celle de collègues, etc. (Rubin, Commentaire de la loi

sur l'assurance-chômage, Zurich 2014, n° 8 *ad art.* 55 et les références citées). L'assuré doit manifester de manière non équivoque et reconnaissable pour l'employeur qu'il souhaite encaisser sa créance de salaire (Rubin, *op. cit.*, n° 10 *ad art.* 55).

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 (TF 8C_749/2016 du 22 novembre 2017 consid. 3.5.3 ; TF 8C_66/2013 précité consid. 4.4 ; Rubin, *op. cit.*, n° 11 *ad art.* 55 LACI). 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).

Il n'est pas possible de fixer une période maximale durant laquelle l'assuré peut ne procéder à aucun acte en vue de recouvrer sa créance salariale, sans risquer de se voir reprocher une violation de son obligation de diminuer le dommage. Les circonstances concrètes sont déterminantes. Une durée de trois à quatre mois représente une limite générale au-delà de laquelle le travailleur, qui n'est pas rémunéré normalement, et qui omet de réagir auprès de son employeur pour récupérer ses créances salariales, viole son obligation de diminuer le dommage au sens de l'art. 55 al. 1 LACI (Rubin, *op. cit.*, n° 12 *ad art.* 55 LACI). Cela ne veut cependant pas dire qu'il faille exiger du salarié qu'il introduise sans délai une poursuite contre son ancien employeur (impliquant la notification d'un commandement de payer aux frais de

l'assuré). Toutes les possibilités qui permettent à l'assuré de sauvegarder son droit devaient être prises en considération dans ce contexte de sorte que l'on ne saurait exclure d'emblée les solutions de compromis entre l'employeur et les travailleurs (TF C 91/01 du 4 septembre 2001 consid. 1b ; DTA 1999 n° 24 p. 143 consid. 1c).

4. a) En l'espèce, l'intimée a refusé de reconnaître le droit du recourant à une indemnité pour cause d'insolvabilité de son ancien employeur en considérant qu'il avait violé son obligation de diminuer son dommage. Elle a estimé que l'attitude du recourant entre la fin des rapports de travail et le 15 janvier 2017, date pour laquelle l'employeur s'était engagé à commencer à rembourser sa dette par un premier versement de 1'500 fr., ne pouvait lui être reproché. Elle a cependant retenu que le temps mis par le recourant à agir ensuite en justice ne pouvait pas se justifier.

b) Il ressort des pièces au dossier qu'après avoir constaté, dès le mois de septembre 2016, que son salaire n'était plus versé, le recourant a sollicité son employeur. Ce dernier lui a indiqué qu'un paiement - éventuellement échelonné - pourrait être mis en place. Plusieurs rendez-vous ont été convenus puis repoussés en vue de la remise de l'argent. En début d'année 2017, le recourant s'est adressé à son assurance de protection juridique, puis à un agent d'affaires breveté. Ces derniers ont commencé par mettre l'employeur en demeure (cf. courriers des 21 février, 27 mars et 5 mai 2017) pour finalement introduire une procédure de demande en paiement et une procédure de poursuite, procédure qui s'est achevée par un prononcé de faillite.

Il découle de ce qui précède qu'après avoir pris conscience des difficultés financières de Q. _____ Sàrl, l'assuré a, dans un premier temps, privilégié le dialogue avec son ancien employeur. Il espérait sans doute qu'ainsi ses prétentions seraient satisfaites. M. [...] s'était engagé à plusieurs reprises à le payer et avait proposé de verser le montant dû, ce qui était de nature à laisser penser à l'assuré que sa manière d'appréhender la situation était la plus judicieuse. Dès qu'il a pu constater

que son employeur ne s'exécuterait pas, il a fait appel à son assurance de protection juridique. Le fait que celle-ci ait commencé par envoyer trois courriers de mise en demeure ne peut être reproché à l'assuré mais ressort d'une stratégie de son assurance. En tant que mandataire professionnel, c'était à elle qu'incombait le choix de la tactique à adopter. L'envoi de ces courriers n'est en tout état de cause pas critiquable. En effet, il est fréquent que, devant les menaces d'un mandataire professionnel, un débiteur récalcitrant décide de s'exécuter. Ces lettres ont en définitive permis de constater la nécessité de l'introduction de procédures. Le laps de temps entre la première et la dernière des mises en demeure correspond à la pratique en la matière. Le mois qui a couru entre la dernière lettre et le dépôt des requêtes de poursuite et de conciliation n'est pas non plus critiquable. Enfin, le suivi de la procédure de poursuite - envoi des requêtes de poursuite, de commination de faillite et de faillite - a été effectué avec célérité, bien avant l'échéance des délais fixés par la LP (loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite ; RS 281.1).

En conclusion, le recourant s'est rapidement adressé à son ancien employeur en vue de se faire verser les salaires dus puis a mandaté des professionnels à cette fin. Ceux-ci ont agi avec célérité, de manière à préserver les droits de leur client. Par leurs mises en demeure, ils ont également essayé - dans la mesure du possible - de limiter les frais en s'assurant que les procédures finalement introduites devaient l'être. Ce mode de faire est en tout point conforme aux règles développées par la jurisprudence mentionnée ci-dessus (cf. consid. 3b *supra*). Au demeurant, force est de constater que l'assuré ne se serait pas comporté autrement si la possibilité de demander une indemnité en cas d'insolvabilité n'existait pas.

c) En définitive, l'assuré a pris toutes les mesures propres à sauvegarder son droit envers son ancien employeur.

L'intimée ayant jusqu'alors limité son analyse à cette question, il convient d'annuler la décision attaquée et de lui renvoyer la cause afin

qu'elle examine les autres conditions présidant à l'octroi d'une indemnité en cas d'insolvabilité (art. 51 ss LACI). En effet, c'est à elle qu'il appartient au premier chef d'instruire, conformément au principe inquisitoire qui régit la procédure dans le domaine des assurances sociales selon l'art. 43 al. 1 LPGA.

5. a) Le recours est admis et la cause renvoyée à l'intimée pour complément d'instruction dans ce sens des considérants.

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

Obtenant gain de cause avec l'assistance d'un mandataire qualifié, le recourant a droit à une indemnité de dépens à titre de participation aux honoraires de son conseil (art. 61 let. g LPGA), qu'il convient d'arrêter à 1'500 fr., débours et TVA compris (art. 10 et 11 TFJDA [tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative ; BLV 173.36.5.1]), et de mettre à la charge de l'intimée qui succombe.

**Par ces motifs,
la juge unique
prononce :**

- I.** Le recours est admis.
- II.** La décision rendue le 26 juillet 2018 par la Caisse cantonale de chômage, division juridique, est annulée, la cause étant renvoyée à cette autorité pour complément d'instruction dans le sens des considérants puis nouvelle décision.
- III.** Il n'est pas perçu de frais.

IV. La Caisse cantonale de chômage, division juridique, versera à S._____ la somme de 1'500 fr. (mille cinq cents francs) à titre de dépens.

La juge unique :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- Julien Greub, agent d'affaires breveté (pour S._____)
- 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 :