

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 27 janvier 2020

Composition : Mme RÖTHENBACHER, présidente
 Mme Pelletier et M. Perreten, assesseurs
Greffier : M. Klay

* * * * *

Cause pendante entre :

F. _____, à [...], recourant, représenté par Me Xavier Oulevey, avocat à Yverdon-les-Bains,

et

Z. _____, à Lausanne, intimée.

Art. 46 LPGA ; art. 51 LACI

E n f a i t :

A. F. _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], a fondé la société [...] (ci-après : également la société). Cette société a été inscrite au Registre du commerce le 16 janvier 2012 avec pour but l'exploitation d'une entreprise de constructions métalliques, spécialisée notamment dans la serrurerie et le soudage certifiée. De la création de la société au 12 janvier 2017, l'assuré en était associé unique et gérant avec signature individuelle. Dès cette dernière date, l'intéressé n'apparaissait plus à l'extrait du Registre du commerce de la société. Le 12 janvier 2017, N. _____ est devenue gérante présidente avec signature individuelle de la société, K. _____ en devenant gérant avec signature individuelle et la société R. _____ Sàrl, après avoir acquis toutes les parts sociales de la société, en devenant ainsi l'unique associée. R. _____ Sàrl était détenues par N. _____ et K. _____.

En parallèle, le 3 janvier 2017, l'assuré, en qualité d'employé, a conclu avec N. _____ et K. _____, pour la société, un contrat de travail, dont la teneur était notamment la suivante :

« [...]

Article 1 - Fonction et champ d'activité

1. L'Employé est engagé en qualité de Directeur technique de la Société. Il rendra régulièrement compte à l'Employeur.
2. Les tâches et responsabilités principales de l'Employé consisteront notamment à gérer les aspects technique, humain, et budgétaire relatifs aux projets.
3. La Société se réserve le droit d'assigner, de temps à autre, à l'Employé d'autres tâches et responsabilités qui sont conformes à sa formation et à ses compétences.

[...]

Article 3 - Durée et date d'entrée en service

1. Ce contrat de travail est conclu pour une durée indéterminée.
2. L'Employé entrera en fonction le 1^{er} janvier 2017.

[...]

Article 5 - Résiliation

1. Le contrat de travail pourra être résilié par chacune des parties moyennant un préavis de trois mois pour la fin d'un mois.
2. La résiliation avec effet immédiat pour justes motifs conformément à l'article 337 CO est réservée.

[...] »

A teneur de bulletins de salaire Septembre 2017 du 21 septembre 2017, de salaire Octobre 2017 du 23 octobre 2017 et de salaire Novembre 2017 du 4 décembre 2017, le salaire mensuel brut de l'assuré pour ces mois était de 9'615 fr., son salaire mensuel net étant de 8'097 fr. 30. Quant au bulletin de salaire Décembre 2017 du 21 décembre 2017, il en ressortait deux montants bruts de 9'615 fr. aux titres de salaire mensuel brut et de 13^{ème} salaire, pour un montant net total de 16'767 fr. 35.

Dans un courrier recommandé du 1^{er} décembre 2017, l'intéressé a indiqué réitérer sa demande en paiement des salaires en retard pour les mois de septembre, octobre et novembre 2017, pour un total net de 24'291 fr. 90 (13^{ème} salaire non compris).

B. L'assuré s'est inscrit le 7 décembre 2017 auprès de l'Office régional de placement d' [...] comme demandeur d'emploi à 100 %. Il a sollicité l'octroi d'indemnités de chômage dès cette date.

Par lettre recommandée du 15 décembre 2017, l'intéressé a informé la société de la résiliation de son contrat de travail avec effet immédiat. Il constatait qu'aucune suite n'avait été donnée à son courrier recommandé du 1^{er} décembre 2017 pour la mise en demeure de ses salaires non payés de septembre à novembre 2017 de 8'097 fr. 30 nets chacun. Il y avait en outre écrit ce qui suit : « Suite à notre licenciement oral du mardi 5 décembre 17h00 nous n'avons toujours pas reçu à ce jour de courrier officiel votre part ». L'assuré ajoutait se réserver le droit d'une

éventuelle dénonciation au tribunal des Prud'hommes pour le salaire de décembre, le 13^{ème} salaire et « 2 mois de dédit janvier et février ».

Dans une requête du 18 décembre 2017, l'intéressé a agi à l'encontre de la société auprès du Tribunal d'arrondissement de T._____, en réclamant le versement immédiat d'un montant de 64'090 fr. 20, correspondant aux arriérés de salaires et aux diverses notes de frais suivants :

« Salaire Septembre = 8'097.30.-frs
Salaire Octobre = 8'097.30.-frs
Salaire Novembre = 8'097.30.-frs
Salaire décembre mis en arrêt forcé = 9'615.-frs
13^{ème} salaire = 8'097.30
2 mois de dédit du 01.01.18 au 28.02.18 = 19'230.-frs
Notes de frais 1'254.-frs
13^{ème} salaire janvier et février 2018 au prorata = 1'602.00 »

Lors d'une audience du 12 janvier 2018 par devant la Présidente du Tribunal d'arrondissement de T._____, l'assuré, d'une part, et N._____ et K._____ pour la société, d'autre part, ont signé la convention suivante :

« I. J._____ Sàrl se reconnaît débitrice de F._____ des montants suivants :

- 9'615 fr., sous déduction des charges légales et conventionnelles, avec intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} octobre 2017 ;
- 9'615 fr., sous déduction des charges légales et conventionnelles, avec intérêt à 5 % dès le 1^{er} novembre 2017 ;
- 9'615 fr., sous déduction des charges légales et conventionnelles, avec intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} décembre 2017 ;
- 40'062 fr. 50, sous déduction des charges légales et conventionnelles, avec intérêt à 5 % l'an dès le 16 décembre 2017 ;
- 894 fr. 05, avec intérêt à 5 % l'an dès le 16 décembre 2017.

II. Chaque partie garde ses frais et renonce à des dépens. »

Par décision du 15 janvier 2018, l'Agence du [...] de la Z._____ (ci-après : l'Agence) a décidé de reporter au 16 décembre 2017 la demande d'indemnité présentée par l'assuré le 7 décembre 2017. Le

délai-cadre de ce dernier débutait ainsi le 16 décembre 2017 et se terminait le 15 décembre 2019.

Aux termes d'un courriel du 15 janvier 2018, V._____, directeur de la société W._____ SA, principale cliente de la société, a répondu à un courriel de l'assuré et confirmé lui avoir téléphoné le 24 août 2017 pour lui communiquer son « inquiétude et mise en garde » à la suite de différents agissements de la direction de la société, en particulier de K._____, en relation avec des prises de contacts, non autorisées, de sa part avec la clientèle de W._____ SA. Il a précisé que sa société ne tolérait pas ce type de comportement et avoir contacté personnellement K._____ pour en discuter et mettre fin à ces pratiques. A la suite de quelques remarques de ses collaborateurs en interne, ils s'étaient méfiés déjà depuis quelques temps de certaines pratiques « étranges », qui ne correspondaient pas à leurs attentes en tant qu'entreprise « partenaire ». C'est pourquoi ils avaient revu quelque peu leurs habitudes.

Par décision du Tribunal d'arrondissement de T._____ du 6 mars 2018, la société a été déclarée en faillite avec effet à partir du même jour. Le 8 mars 2018, la société est devenue J._____ Sàrl en liquidation (ci-après également : la société).

Le 8 avril 2018, l'assuré a conclu un contrat de travail avec la société I._____ SA, prévoyant son entrée en fonction en tant qu'employé le 16 avril 2018 pour une durée déterminée jusqu'au 31 décembre 2018, comprenant un temps d'essai de trois mois. Ainsi, il percevait désormais un gain intermédiaire.

Par décision du 28 mai 2018, la Z._____, Division W._____ (ci-après : Division W._____), n'a pas reconnu le droit de l'assuré à l'indemnité en cas d'insolvabilité en raison de la fonction dirigeante qu'il occupait au sein de la société. En effet, malgré la vente de dite société le 3 janvier 2017, l'intéressé était resté comme salarié pour assurer la transition en tant que directeur de technique.

A teneur d'un courriel du 11 juillet 2018, l'assuré a indiqué avoir été engagé aux G. _____ avec entrée en fonction le 1^{er} août.

La procédure de faillite de la société a été clôturée le 7 août 2019 et la raison de commerce a été radiée d'office.

Dans sa décision sur opposition du 30 novembre 2018, la Z. _____ (ci-après : la Caisse ou l'intimée), a rejeté l'opposition de l'assuré et confirmé la décision du 28 mai 2018, considérant ce qui suit :

« [...] L'assuré fait valoir que, dès le 12 janvier 2017, il n'avait plus de fonction dirigeante au sein de l'entreprise. Toutefois, dans la mesure où il a exercé une fonction dirigeante depuis la création de la société et, à tout le moins, jusqu'au 12 janvier 2017, il convient d'examiner si les difficultés financières à l'origine de la faillite existaient déjà lorsque l'assuré exerçait sa fonction de gérant de la Sàrl. A cet égard, il faut relever que la faillite a été déclarée moins de quatorze mois après la vente de la société ; en outre, selon le procès-verbal établi par l'Office des faillites de l'arrondissement de T. _____, Madame N. _____ a déclaré : *« La société a été rachetée le 3 janvier 2017 pour CHF 300'000.00 à l'ancien associé-gérant (Mme N. _____ et M. K. _____ ont mis en cash chacun CHF 75'000.00 de fonds propres). Ont découvert en avril 2017, lors du bouclage 2016 par la fiduciaire que la société était dans une situation catastrophique. Ont réinjecté chacun CHF 25'000.00 suite à cette découverte. Le client principal de la société au moment de la reprise (CA [chiffre d'affaire] 1'100'00.00 [sic] en 2016) a contesté la bonne façon des anciens chantiers de sorte que ce client a limité fortement les travaux donnés à la société en 2017 (CA 100'000.00). Ont cherché à travailler avec des nouveaux clients mais cela n'a pas suffi à assurer le CA nécessaire garantissant les charges à assumer. »* De plus, il convient de relever que, selon le bilan au 31 décembre 2016, le bénéfice réalisé par la société a considérablement diminué par rapport à celui qui ressort de la fin d'année 2015.

[...] »

C. Par acte du 17 janvier 2019, F. _____, représenté par Me Xavier Oulevey, a recouru auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal à l'encontre de la décision sur opposition susmentionnée, en concluant à son annulation et à ce que son droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité soit reconnu et le dossier renvoyé à l'intimée pour déterminer la quotité de cette indemnité, subsidiairement à son annulation et au renvoi du dossier à l'intimée pour nouvelle décision dans le sens des considérants. En substance, il a fait valoir qu'il n'occupait

plus de fonction dirigeante au sein de la société depuis le 3 janvier 2017, que les difficultés financières ayant conduit à la faillite de la société n'existaient pas lorsqu'il en était le gérant et que les autres conditions à l'octroi d'une indemnité en cas d'insolvabilité étaient remplies. En parallèle à son écriture, le recourant a notamment produit les documents suivants :

- un contrat de cession signé le 3 janvier 2017 par l'intéressé et par la société R._____ Sàrl, laquelle acquerrait ainsi toutes les parts sociales de la société détenues jusqu'alors par le recourant ;
- le procès-verbal d'une séance des associés de la société tenue à une date indéterminée, au cours de laquelle l'assemblée a approuvé à l'unanimité la cession de la totalité des parts sociales du recourant à R._____ Sàrl, a pris acte de la démission de l'intéressé de sa fonction de gérant, ses pouvoirs étant éteints et sa signature radiée du Registre du commerce. En qualité de nouveaux gérants ont été nommés N._____ et K._____, chacun au bénéfice de la signature individuelle et la première étant désignée présidente des gérants. L'assemblée a également nommé l'intéressé en qualité de directeur technique, sans lui conférer la signature sociale ;
- un document, par lequel N._____, K._____ et le recourant ont convenu le 24 avril 2017 de ce qui suit :

« Suite à la présentation du bilan et compte de résultat provisoire de l'exercice 2016 faite par la société [...] à [...] il a été décidé ce qui suit :

I- Prise en charge des débiteurs par M. F._____

M. F._____ renonce à percevoir les 65'000 CHF « dettes à court terme portant intérêt ». Cette somme servira à couvrir les créances douteuses de 2016.

Dans le cas où ces créances douteuses, pour un montant total de CHF 66'108 HT, venaient à être payées par les clients, la somme serait restituée à M. F. _____ à hauteur des sommes perçues.

II- Modification du prix de rachat de la société J. _____ Sàrl

M. F. _____ accepte de passer la valeur de rachat de la société J. _____ Sàrl de CHF 350'000 à CHF 300'000.

En conséquence la somme de CHF 50'000 initialement due au 31 décembre 2017 ne sera pas versée à M. F. _____ par Mme N. _____ et M. K. _____.

III- Approvisionnement du compte courant

Mme N. _____ et **M. K. _____** ont versé, le 21 avril 2017, sur le compte courant de la société J. _____ Sàrl la somme de CHF 25'000 chacun afin de remettre des liquidités sur ce compte.

Cette somme est un prêt et sera restituée aux deux associés dès que le fond de roulement de la société J. _____ Sàrl sera assuré de façon pérenne. Ce prêt ne fait l'objet d'aucun intérêt. L'ensemble de ces décisions est pris d'un commun accord avec les trois personnes dans l'objectif de sauver la société. » ;

- un courrier du 6 décembre 2017, par lequel N. _____ et K. _____, pour R. _____ Sàrl, ont informé le recourant qu'ils invalidaient le contrat de cession du 3 janvier 2017, en faisant état de plusieurs problèmes, notamment du fait que la situation financière de la société au 31 décembre 2016 était encore moins bonne que celle ressortant des comptes provisoires 2016 présentés en avril 2017. Ils réclamaient ainsi le remboursement du montant de 300'000 fr. versé en paiement de la cession des parts sociales ;
- une lettre du 19 décembre 2017 adressée à R. _____ Sàrl, par laquelle l'intéressée, par son conseil, a notamment contesté les allégations contenues dans le courrier susmentionné du 6 décembre 2017, a indiqué invalider pour dol, subsidiairement erreur essentielle, sa renonciation d'avril 2017 à percevoir le solde du prix de vente de la société et a ainsi réclamé le versement du montant de 50'000 francs.

Le 25 février 2019, l'intimée a répondu et conclu au rejet du recours, en indiquant maintenir sa position pour les raisons invoquées dans la décision sur opposition litigieuse.

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 - compte tenu des fêtes de fin d'années (art. 38 al. 4 let. c LPGA, applicable par renvoi de l'art. 60 al. 2 LPGA) - 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.

2. a) En procédure juridictionnelle administrative, ne peuvent être examinés et jugés 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. La décision détermine ainsi l'objet de la contestation qui peut être déféré en justice par voie de recours. Si aucune décision n'a été rendue, la contestation n'a pas d'objet et un jugement sur le fond ne peut pas être prononcé (ATF 134 V 418 consid. 5.2.1). Dans le même sens, les conclusions qui vont au-delà de l'objet de la contestation, tel que défini par la décision litigieuse, sont en

principe irrecevables (ATF 142 I 155 consid. 4.4.2 ; 134 V 418 consid. 5.2.1).

b) En l'occurrence, 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) Le droit à l'indemnité doit être nié en vertu de l'art. 51 al. 2 LACI également pour les périodes postérieures à la sortie du conseil d'administration, lorsque les difficultés financières, qui ont finalement entraîné la faillite, existaient déjà auparavant et que les rapports de travail ont été maintenus (ATF 126 V 134 ; TF C 224/06 du 3 octobre 2007 consid. 2.4).

f) 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. Le devoir général de tenue des dossiers qui incombe aux autorités est le pendant – découlant de l'art. 29 al. 2 Cst. [Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101] – du droit pour le justiciable de prendre connaissance du dossier et d'obtenir l'administration des preuves pertinentes. Toute autorité a ainsi l'obligation de tenir un dossier complet de la procédure, afin de permettre à toute personne concernée d'en prendre connaissance dans les meilleures conditions et, en cas de recours, de pouvoir le transmettre à l'autorité de recours. Elle est par conséquent tenue de consigner dans le dossier tous les éléments essentiels pour l'issue du litige. La garantie constitutionnelle à une tenue claire et ordonnée des dossiers oblige les autorités et les

tribunaux à veiller au caractère complet de la documentation produite ou établie en cours de procédure. En matière d'assurances sociales, l'art. 46 LPGa concrétise le devoir général de tenue des dossiers, en tant que cette disposition impose aux assureurs (notamment aux organes d'exécution de l'assurance-chômage), lors de chaque procédure relevant des assurances sociales, d'enregistrer de manière systématique tous les documents qui peuvent être déterminants (ATF 138 V 218 consid. 8.1.2 et réf. cit.).

Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible mais que parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3 ; 126 V 353 consid. 5b ; 125 V 193 consid. 2). Il n'existe par ailleurs pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5a ; TF 9C_694/2014 du 1er avril 2015 consid. 3.2 et les réf. cit.).

La procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Ce principe n'est toutefois pas absolu et sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire (ATF 122 V 157 consid. 1a ; 121 V 204 consid. 6c et réf. cit.). Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 130 I 180 consid. 3.2 ; 125 V 193 consid. 2). Si le principe inquisitoire dispense les parties de l'obligation de prouver, il ne les libère pas du fardeau de la preuve : en cas d'absence de preuve, c'est à la partie qui voulait en

déduire un droit d'en supporter les conséquences (ATF 117 V 264 consid. 3).

5. En l'espèce, l'intimée n'a pas reconnu le droit du recourant à l'indemnité en cas d'insolvabilité, au motif que les difficultés financières à l'origine de la faillite de la société existaient déjà lorsque l'intéressé exerçait encore sa fonction de gérant (cf. décision sur opposition du 30 novembre 2018).

a) L'intimée s'écarte ainsi de l'avis de la Division W._____, qui avait justifié le refus du droit à l'indemnité susmentionnée par le fait que le recourant aurait continué à occuper une fonction dirigeante au sein de la société après la vente de cette dernière en janvier 2017 (cf. décision du 28 mai 2018).

Il convient d'emblée de confirmer la décision sur opposition à cet égard. En effet, la position de la Division W._____ était contradictoire et incohérente avec celle de l'Agence dans la mesure où la première avait refusé l'octroi de l'indemnité en cas d'insolvabilité au motif que l'intéressé exerçait donc une fonction de dirigeant, alors que la seconde lui avait reconnu le droit aux indemnités de chômage, et ce malgré l'art. 31 al. 3 let. c LACI excluant également le droit aux indemnités de chômage en cas d'exercice d'une position de dirigeant. En outre, rien au dossier ne permet de retenir que le recourant aurait continué à avoir une influence sur la marche des affaires de la société après la vente de ses parts et la démission de sa fonction de gérant en janvier 2017. La teneur de son contrat de travail du 3 janvier 2017 n'autorise en effet pas à considérer que l'exclusion de l'art. 51 al. 2 LACI était réalisée. Au contraire, le courriel du 15 janvier 2018 de V._____ laisse apparaître que l'intéressé n'était plus à la tête de la société et ne la contrôlait dès lors plus. Ce qui précède est par ailleurs confirmé par le fait que les derniers salaires du recourant ne lui ont pas été versés, laissant à nouveau transparaître l'absence de pouvoir décisionnel qu'avait désormais l'intéressé. Ainsi, en l'état du dossier, il convient effectivement de retenir qu'une position dirigeante au sens de l'art. 51 al. 2 LACI ne pouvait être imputé au recourant depuis la

vente de ses parts et la démission de sa fonction de gérant en janvier 2017.

b) Seule demeure dès lors la question de savoir si les difficultés financières, ayant finalement entraîné la faillite de la société, existaient déjà en janvier 2017 (cf. consid. 3^e *supra*), l'intéressé étant resté employé de la société.

L'intimée a donc retenu que tel était le cas (cf. décisions sur opposition du 30 novembre 2018). Elle a justifié sa décision par la teneur de déclarations de N._____ ressortant d'un procès-verbal établi par l'Office des faillites de l'arrondissement de T._____, ainsi que par le bilan de la société au 31 décembre 2016. Or, ces deux documents ne figurent aucunement au dossier produit par l'intimée. Conformément à l'obligation de constituer un dossier et au devoir de collaborer à l'instruction de l'affaire (cf. consid. 4 *supra*), il lui appartenait cependant de les produire. Ainsi, l'intimée échoue à prouver les allégations contenues dans sa décision sur opposition litigieuse.

On relèvera en outre que, même si l'intimée avait prouvé l'existence des déclarations susmentionnées de N._____, celles-ci ne sauraient emporter en tant que telles la conviction de la Cour de céans, tant le litige entre le recourant, d'une part, et N._____ et K._____, d'autre part, était alors patent (cf. notamment courrier du 6 décembre 2017 de N._____ et K._____ et lettre du 19 décembre 2017 du recourant). La version de N._____ rapportée par l'intimée, selon laquelle le client principal avait fortement limité les travaux donnés à la société car ce client avait contesté la bonne façon d'anciens chantiers supervisés avant janvier 2017, est par ailleurs contredite par le courriel du 15 janvier 2018 de V._____, directeur de la société cliente. Ce dernier a en effet précisé les raisons de la limitation du partenariat avec la société, à savoir les agissements en particulier de K._____. A toutes fins utiles, il est relevé que le document signé le 24 avril 2017 par N._____, K._____ et l'intéressé ne permet également pas d'établir que la société connaissait déjà en janvier 2017 des difficultés financières qui auraient

mené à sa faillite. En effet, le recourant a par la suite expressément indiqué invalider pour dol, subsidiairement erreur essentielle, sa renonciation ressortant de ce document du 24 avril 2017, en en contestant ainsi le fondement (cf. lettre du 19 décembre 2017). En outre, cette pièce n'établit de toute manière pas non plus la situation financière de la société en janvier 2017, étant relevé que N._____ et K._____ y reconnaissaient, après avoir consulté un « bilan et compte de résultat provisoire de l'exercice 2016 », que la société valait encore 300'000 francs.

Ainsi, le dossier ne permet pas de retenir, au stade de la vraisemblance prépondérante, que les difficultés financières de la société ayant mené à sa faillite existaient déjà en janvier 2017, soit lorsque le recourant a vendu la société et a cessé d'en être le gérant. Ce fait n'est donc pas prouvé et l'intimée doit en supporter les conséquences dans la mesure où elle entendait s'en servir pour nier le droit de l'intéressé à l'indemnité en cas d'insolvabilité (cf. consid. 4 *supra*).

c) Partant, il convient de constater que les conditions d'application de l'exclusion de l'art. 51 al. 2 LACI ne sont pas réalisées en l'espèce.

6. a) En définitive, le recours doit être admis, la décision sur opposition attaquée réformée en ce sens qu'il est constaté que l'exclusion de l'art. 51 al. 2 LACI ne s'applique pas au recourant, la cause étant au surplus renvoyée à l'intimée pour qu'elle procède à l'examen des autres conditions du droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité, puis rende une nouvelle décision.

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'intimé qui succombe.

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

- I. Le recours est admis.

- II. La décision sur opposition rendue le 30 novembre 2018 par la Z._____ est réformée en ce sens qu'il est constaté que l'exclusion de l'art. 51 al. 2 LACI ne s'applique pas à F._____, la cause étant au surplus renvoyée à ladite autorité administrative pour qu'elle procède à l'examen des autres conditions du droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité, puis rende une nouvelle décision.

- III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

- IV. La Z._____ versera à F._____ la somme de 1'500 fr. (mille cinq cents francs) à titre de dépens.

La présidente :

Le greffier :

Du

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

- Me Xavier Oulevey (pour la recourant),
- Z. _____,
- 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).

Le greffier :