

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 21 mai 2021

Composition : Mme DESSAUX, présidente
Mme Di Ferro Demierre et M. Piguet, juges
Greffier : M. Germond

Cause pendante entre :

R. _____, à [...], recourant,

et

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

Art. 51 al. 2 LACI ; 82 LPA-VD

En fait et en droit :

Vu la décision du 17 juin 2020, par laquelle la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la Caisse ou l'intimée) a nié le droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité, revendiquée le 11 février 2020 pour trois mois de créances de salaire d'un montant total de 34'260 fr. (3 x 11'420 fr.), en faveur de R. _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant),

vu le motif retenu pour justifier ce refus de prestations, à savoir que l'assuré, en sa fonction de directeur adjoint avec signature collective à deux de la société faillie V. _____ SA, faisait partie du cercle des personnes dirigeantes exclues du droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité,

vu l'opposition formée par l'assuré contre cette décision par acte du 25 juin 2020,

vu les mesures d'instruction complémentaire mises en œuvre par la Caisse, auxquelles l'assuré a répondu par courriel du 3 septembre 2020 comme suit :

"Organigramme nominatif de la société V. _____ SA

M. N. _____	Administrateur
M. P. _____	CEO et décisionnaire de tous les dossiers
M. R. _____	Responsable événements
M. Q. _____	Assistant événements

Règlement du personnel interne

Pas de règlement interne du personnel

Cahier des charges

Pas de cahier des charges général établi

Mon rôle était de suivre minutieusement un cahier des charges précis à chaque projet et d'exécuter les ordres pour mener à bien la réalisation de chaque événement ;

De plus, j'organisais la partie bureau, classement et diverses t[â]ches administratives.

Registre des actions de la société V. _____ SA

Pas à ma connaissance et le seul bénéficiaire est M. P. _____, représenté par M. N. _____

Comment expliquez-vous que votre fonction n'est pas mentionnée sur votre contrat de travail du 1^{er} avril 2019 ?

Je n'ai pas d'explications car j'ai signé le contrat qui m'a été proposé et il était bien défini mon rôle en qualité d'agent de football, plus précisément, organisation évènements et suivi dossiers joueurs en management par la société.

Sur votre demande d'indemnité ICI, il est mentionné « agent de football » et vous figuriez en tant que directeur adjoint auprès du Registre du commerce, comment expliquez-vous cette fonction dirigeante ?

Le poste que j'occupe est exactement celui-là d'agent de football avec les missions bien claires dans le cadre des événements planifiés par la société ainsi que l'accompagnement des joueurs qui étaient représentés par l'agence.

Avez-vous autorisé une telle inscription au RC ?

J'ai donné mon accord, pour des questions pratiques sur l'aspect opérationnel et gestion events, en ayant la confirmation que cela ne m'impliquerai[t] en rien dans la société et surtout aucune responsabilité de quelle que soit la nature.

Cette inscription a-t-elle été faite à votre demande ?

Absolument pas, car elle n'a rien changé à mes activités et fonctions initiales et sans avoir aucun bénéfice avec cela !",

vu la décision sur opposition du 30 novembre 2020, par laquelle la caisse a confirmé sa décision de refus de prestations du 17 juin 2020,

vu le recours formé par R._____ le 22 décembre 2020 (timbre postal) contre cette décision devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Vaud, concluant à son annulation, dans lequel il reproche à la caisse intimée de s'être prononcée sur un « paraître complètement faux » en déplorant l'absence de mise en œuvre de mesures d'instruction pourtant nécessaires, et suggérant de procéder à l'audition de l'un de ses anciens collègues de travail pour obtenir confirmation de sa position au sein de l'entreprise faillie,

vu l'échange d'écritures des 7 février 2021 (réponse) et 17 février 2021 (duplicata) aux termes duquel les parties ont maintenu leur position respective,

vu la lettre du 16 mars 2021, par laquelle l'intimée a informé la Cour de céans qu'en raison du traitement d'un dossier parallèle, il était apparu que sa décision devait être rectifiée en ce sens que l'opposition devait être admise et que le recours était devenu sans objet,

vu la production par l'intimée, en annexe à son courrier, d'une décision sur opposition rectificative du 16 mars 2021 rédigée en ces termes :

"En fait :

- Vu la demande d'indemnité en cas d'insolvabilité déposée le 11 février 2020,
- vu la décision du secteur Insolvabilité du 17 juin 2020 ne reconnaissant pas le droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité en raison de la fonction dirigeante,
- vu l'opposition de M. R. _____ du 25 juin 2020,
- vu la décision sur opposition du 30 novembre 2020 rejetant l'opposition et confirmant la décision litigieuse,
- vu le recours adressé au Tribunal cantonal le 22 décembre 2020,

considérant :

- qu'il est difficile de déduire, avec une vraisemblance prépondérante, que l'assuré occupait une position décisionnelle essentielle au sein de V. _____ SA,
- qu'au vu des pièces, il n'est pas possible de déterminer de manière certaine le pouvoir juridique de l'assuré sur la société tombée en faillite,
- qu'au regard du principe de l'égalité de traitement vis-à-vis d'un dossier proche, la décision ne peut pas être maintenue.

XXX

Par ces motifs, l'autorité d'opposition, première instance,

Décide

I. L'opposition est admise ;

- II. Le dossier de l'assuré est retransmis au Secteur Insolvabilité afin qu'une nouvelle décision soit rendue dans le sens des considérants, sous réserve de la réalisation des autres conditions dont dépend le droit."

vu l'avis du 18 mars 2021, par lequel le greffe du tribunal a remis, pour information, une copie de la lettre de la partie intimée du 16 mars 2021 et de son annexe au recourant, en l'informant qu'un arrêt prenant acte de la décision annexée serait prochainement rendu,

vu l'avis du 20 avril 2021 adressé par la juge en charge de l'instruction informant les parties que l'avis du 18 mars 2021 devait être corrigé en ce sens que la décision rectificative du 16 mars 2021 devait être considérée comme une proposition déposée en procédure, laquelle ne rendait pas le recours sans objet, et que l'arrêt à intervenir statuerait sur les conclusions du recours,

vu l'absence de réaction des parties dans le délai imparti au 4 mai 2021 pour d'éventuelles déterminations complémentaires,

vu également les pièces au dossier ;

attendu que le recours, formé en temps utile, remplit les autres conditions de forme, de sorte qu'il est recevable (art. 60 et 61 let. b LPGA [loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1]),

qu'aux termes de l'art. 82 LPA-VD (loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36), applicable par renvoi de l'art. 99 LPA-VD, l'autorité peut renoncer à l'échange d'écritures ou, après celui-ci, à toute autre mesure d'instruction, lorsque le recours paraît manifestement irrecevable, bien ou mal fondé (al. 1),

que, dans ces cas, elle rend à bref délai une décision d'irrecevabilité, d'admission ou de rejet sommairement motivée (art. 82 al. 2 LPA-VD) ;

attendu que, à teneur de l'art. 53 al. 3 LPGA, l'assureur peut reconsidérer une décision ou une décision sur opposition contre laquelle un recours a été formé jusqu'à l'envoi de son préavis à l'autorité de recours,

que l'art. 53 al. 3 LPGA règle le point de savoir jusqu'à quel moment l'assureur social qui s'aperçoit d'une erreur entachant sa décision (ou sa décision sur opposition) peut procéder à une reconsidération, alors que le prononcé a fait l'objet d'un recours de la personne assurée ou de toute autre partie intéressée,

que ce cas particulier de reconsidération par l'assureur social est possible « [j]usqu'à l'envoi de son préavis à l'autorité de recours »,

que par préavis, il faut entendre la ou les déterminations que l'assureur social est invité à présenter dans le cadre de l'échange d'écritures ordonné par l'autorité de recours,

que la possibilité de reconsidérer s'étend jusqu'à l'échéance du délai dans lequel l'assureur social a été appelé à se déterminer pour la dernière fois, respectivement, en l'absence de délai déterminé, jusqu'à la fin de l'échange d'écritures,

que passé ce moment, la décision de reconsidération a valeur de proposition au juge (cf. MARGIT MOSER-SZELESS, Commentaire romand de la loi sur la partie générale du droit des assurances sociales, Bâle 2018, n. 101 *ad* art. 53 LPGA),

qu'en l'espèce, la caisse intimée a reconsidéré sa position en rendant une décision sur opposition rectificative du 16 mars 2021, après la fin de l'échange d'écritures entre les parties,

que dès lors le caractère tardif de la reconsidération opérée par la caisse intimée est un fait établi,

qu'au vu de son contenu, la décision sur opposition rectificative rendue le 16 mars 2021 ne permet en effet pas à la Cour de céans de savoir quels sont les motifs retenus qui ont conduit la partie intimée à revoir sa position,

que la décision en question mentionne « qu'il est difficile de déduire, avec une vraisemblance prépondérante, que l'assuré occupait une position décisionnelle essentielle au sein de V. _____ SA » et « qu'au vu des pièces, il n'est pas possible de déterminer de manière certaine le pouvoir juridique de l'assuré sur la société tombée en faillite »,

qu'elle invoque en outre le principe de l'égalité de traitement vis-à-vis d'un dossier proche,

qu'en raison de sa motivation trop succincte, il est impossible d'apprécier si la décision sur opposition rectificative rendue le 16 mars 2021 par l'intimée rend le recours sans objet,

qu'elle ne saurait en aucun cas constituer une exception au principe de l'effet dévolutif du recours (au sens des art. 56 s. LPGA), selon lequel le recours présenté dans les formes requises au tribunal a pour effet de lui transférer la compétence de statuer sur le rapport juridique faisant l'objet de la décision attaquée, l'administration perdant la maîtrise de l'objet du litige, en particulier celle des points de fait susceptibles de fonder la décision attaquée (cf. MARGIT MOSER-SZELESS, précité, n. 103 *ad* art. 53 LPGA),

que contrairement à ce qu'affirme la caisse intimée, sa reconsidération *pendente lite* ne saurait être admise comme susceptible en l'espèce d'abrégé le litige et donner rapidement satisfaction à l'argumentation présentée dans les écritures du recourant,

que ces circonstances conduisent au constat de la nullité de la décision sur opposition rectificative rendue le 16 mars 2021 par l'intimée qui doit être considérée comme une proposition déposée en procédure, laquelle ne rend pas le recours sans objet ;

attendu que le litige qui subsiste porte sur le droit du recourant à une indemnité en cas d'insolvabilité,

que 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 des frais (art. 51 al. 1 let. b LACI) ;
- ils ont présenté une demande 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),

que 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,

qu'il en va de même des conjoints de ces personnes, lorsqu'ils sont occupés dans la même entreprise,

que, 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_865/2015 du 6 juillet 2016 consid. 4.2 et la référence) – 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 (ATF 122 V 270 consid. 3 ; 120 V 521, voir aussi THOMAS NUSSBAUMER,

Arbeitslosenversicherung, *in* Soziale Sicherheit, SBVR vol. 14, 3e éd. 2016, n. 465 p. 2405),

qu'on ne saurait se fonder de façon stricte sur la position formelle de l'organe à considérer, mais il faut bien plutôt établir l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes,

que c'est donc la notion matérielle de l'organe dirigeant qui est déterminante, car c'est la seule façon de garantir que l'art. 31 al. 3 let c. LACI, qui vise à combattre les abus, remplisse son objectif (TF 8C_84/2008 du 3 mars 2009, *in* DTA 2009 p. 177 ; TFA C 102/96 du 26 mars 1997 consid. 5d, *in* SVR 1997 ALV n. 101 p. 309 ; TF 8C_1044/2008 du 13 février 2009 consid. 3.2.1),

qu'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),

que 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,

que le comptable responsable serait sinon exclu d'office du droit à l'indemnité en raison de sa fonction au sein de l'entreprise,

qu'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, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 16 *ad* art. 51 LACI),

que 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 (cf. TF C 160/05 du 24 janvier 2006 consid. 6),

que 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,

qu'à 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 ;

attendu que, 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,

qu'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),

qu'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 1^{er} avril 2015 consid. 3.2 et les réf. cit.),

que conformément au principe inquisitoire, qui régit la procédure dans le domaine des assurances sociales (art. 43 al. 1 LPG), il incombe à l'administration d'instruire en premier lieu ;

attendu qu'en l'occurrence, l'intimée n'a pas reconnu le droit du recourant à l'indemnité en cas d'insolvabilité au motif que, de par sa position de directeur adjoint et responsable des événements au sein d'une structure relativement petite, l'intéressé était en mesure de prendre une part importante à la formation de la volonté de la société et exerçait à ce titre une influence déterminante sur la conduite des affaires de l'employeur,

que, de son côté, le recourant fait valoir que l'appréciation de la caisse intimée est insoutenable et qu'elle ne reflète pas sa position réelle au sein de la société faillie,

qu'il avance à cet effet que sa fonction de directeur adjoint se limitait à la gestion de la partie opérationnelle des événements, sans aucun pouvoir de décision et de regard sur la marche des affaires de la société,

qu'il n'avait pas de participation financière dans l'entreprise hormis ses arriérés de salaires impayés,

que lors de son engagement, il existait une définition des tâches quotidiennes à accomplir (courriers, téléphones et tâches administratives) auxquelles s'ajoutaient des missions ponctuelles propres à chaque événement comportant un cahier des charges « avec tous les requis du projet en fonction des exigences des clients »,

qu'il tenait la comptabilité courante de la caisse de l'entreprise (enregistrement des tickets de caisse journaliers) et n'avait qu'un très vague aperçu de la marche des affaires, la comptabilité complète de la société étant tenue par un fiduciaire,

que par ailleurs les autres secteurs de l'entreprise (management des joueurs, droits d'image et TV) n'étaient pas de sa responsabilité, mais gérés par P. _____,

que la recherche d'investisseurs ou d'apport de fonds nécessaires était la responsabilité de N. _____ et P. _____,

qu'il n'avait pour sa part fait aucun investissement, ayant au contraire perdu une somme importante pour des salaires impayés par le passé,

que son inscription au registre du commerce l'était « tout simplement pour simplifier la logistique et aspect opérationnel des événements » dès lors qu'il était seul présent sur les lieux dans la majorité des situations,

que, dans le cadre de l'instruction de son opposition, l'assuré a, par courriel du 3 septembre 2020, répondu aux questions complémentaires de l'administration,

que lorsque comme en l'espèce, aucune pièce ne peut être produite faute d'exister, ce qui *a priori* n'est pas imputable au recourant, la maxime d'office impose à l'administration de rechercher d'autres preuves (pour énumération, cf. art. 29 LPA-VD), en particulier de requérir d'autres pièces telles que les statuts de la société (délégation de gestion selon l'art. 716b CO autorisée ou non), la comptabilité, pièces justificatives comprises, les procurations bancaires, les procès-verbaux d'assemblée générale, et de procéder à l'audition des organes dirigeants en qualité de témoins, étant rappelé sur ce point qu'une déclaration écrite telle que celle de l'administrateur de la société faillie ne peut se substituer à un témoignage (cf. art. 190 CPC sur les conditions d'admission d'une preuve par renseignement, applicable par renvoi de l'art. 32 LPA-VD),

que le dossier incomplet constitué par l'intimée ne permet pas de retenir, au stade de la vraisemblance prépondérante, que, de par sa position de directeur adjoint et responsable des événements au sein de la société V. _____ SA, le recourant était en mesure de prendre une part importante à la formation de la volonté de la société faillie et exerçait à ce

titre une influence déterminante sur la conduite des affaires de l'employeur,

que ce fait n'est donc pas établi, en l'état actuel de l'instruction,

qu'il y a lieu de constater que la décision sur opposition du 30 novembre 2020, niant le droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité en raison de la fonction dirigeante du recourant dans la société faillie, repose sur une instruction lacunaire,

qu'en définitive, il y a donc lieu d'admettre le recours déposé le 22 décembre 2020, d'annuler la décision sur opposition querellée du 30 novembre 2020 et de renvoyer la cause à l'intimée, afin qu'elle en complète l'instruction et statue à nouveau,

qu'il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2020, applicable conformément à l'art. 83 LPGA), ni d'allouer de dépens, le recourant ayant agi sans le concours d'un mandataire (art. 61 let. g LPGA ; ATF 127 V 205 consid. 4b).

Par ces motifs,

la Cour des assurances sociales
prononce :

- I.** Le recours est admis.

- II.** La décision sur opposition rectificative rendue le 16 mars 2021 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est nulle.

- III.** La décision sur opposition rendue le 30 novembre 2020 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est annulée, la cause étant renvoyée à l'intimée pour complément d'instruction puis nouvelle décision dans le sens des considérants.

- IV.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens.

La présidente :

Le greffier :

Du

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

- R. _____,
- Caisse cantonale de chômage, Division juridique,
- Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO),

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 :