

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 19 décembre 2022

Composition : M. NEU, juge unique
Greffière : Mme Guardia

Cause pendante entre :

B. _____, à [...], recourant,

et

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

Art. 51 al. 1 let. a et 55 al. 1 LACI

E n f a i t :

A. a) Le 20 mars 2020, B. _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], a signé avec la société JD. _____ SA (ci-après également : l'employeur ou la société) un contrat de travail aux termes duquel il a été engagé pour une durée indéterminée, à compter du 1^{er} mai 2020, en qualité de directeur du développement.

Par courrier du 15 juillet 2020, l'employeur a résilié le contrat de travail au 31 juillet 2020, invoquant la crise sanitaire.

Le 15 janvier 2021, l'assuré a saisi le Tribunal de Prud'hommes de l'arrondissement de [...] d'une requête de conciliation dirigée contre son ancien employeur à qui il réclamait paiement de 60'400 fr. nets - au titre d'indemnité - et de 10'400 fr. bruts - au titre de salaire afférant au mois d'avril 2020 -. Le 29 mars 2021, il s'est vu délivrer une autorisation de procéder à laquelle il n'a jamais donné suite.

b) Par décision du 29 avril 2021, le Président du Tribunal d'arrondissement de [...] a déclaré JD. _____ SA en faillite avec effet à partir du même jour à 9 heures.

c) Le 22 juin 2021, l'assuré a déposé auprès de la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la Caisse ou l'intimée) une demande d'indemnité en cas d'insolvabilité ensuite de la faillite de son employeur, pour les salaires afférant à la période du 18 mars au 30 avril 2020.

Par décision du 6 août 2021, la Caisse a nié le droit de l'assuré à l'indemnité en cas d'insolvabilité au motif que ce dernier avait occupé une fonction dirigeante. Par décision sur opposition du 4 janvier 2022, la Caisse a admis que tel n'était pas le cas et a renvoyé le dossier à son Service Secteur insolvabilité afin qu'il examine la réalisation des autres conditions fondant le droit litigieux.

Dans ce cadre, l'assuré a expliqué que, malgré la date de conclusion du contrat de travail ainsi que la date d'engagement indiquée, son activité salariée avait débuté le 28 février 2020 et avait été déployée tant pour JD. _____ SA que pour sa filiale ID. _____ SA. A cet égard, il a produit plusieurs pièces attestant de démarches effectuées en lien avec ces sociétés dès le 28 février 2020.

Interpellé sur les circonstances de son départ de JD. _____ SA ainsi que sur les raisons pour lesquelles il avait attendu le 15 janvier 2021 pour agir en paiement des salaires prétendument impayés, l'assuré a expliqué dans plusieurs courriels avoir rencontré des difficultés à exiger le paiement des sommes qui lui étaient dues en raison du climat d'inquiétude que faisait régner D. _____, administrateur avec signature individuelle de JD. _____ SA et de ID. _____ SA, dont l'attitude laissait craindre qu'il tardait volontairement à payer les personnes qui se montraient trop revendicatrices. Il a précisé avoir demandé le versement des salaires dus déjà en juin 2020 et avoir ensuite mandaté un avocat. Il a déclaré qu'il avait mis en demeure son ancien employeur de lui verser les sommes réclamées oralement, le 27 août 2020, puis par écrit, le 29 août 2020. L'assuré a encore expliqué qu'il n'avait plus agi par la suite car il se trouvait dans une situation difficile qui exigeait qu'il s'occupe en priorité du règlement de ses dettes et de trouver à sa famille un nouveau logement.

Par décision du 7 mars 2022, la Caisse a refusé de reconnaître à l'assuré un droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité en considérant que ce dernier n'avait pas respecté son obligation de diminuer le dommage.

Par envoi du 6 avril 2022, l'assuré a formé opposition à l'encontre de la décision susmentionnée. Il a fait valoir avoir reçu un dernier règlement de son employeur le 22 septembre 2020 et s'être trouvé dans une relation de dépendance économique avec celui-ci jusqu'à cette date de sorte que son action pour faire valoir ses droits devant le Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de [...] avait été déposée

aussi vite que ce qui pouvait être exigé de lui compte tenu des circonstances. A l'appui de son opposition, il a notamment produit :

- une copie d'un courriel du 5 juin 2020 adressé à M. D. _____ dans lequel il a requis le paiement de certains salaires ;
- la réponse du 28 juin 2020 de M. D. _____ ;
- un courriel du 19 juin 2020 par lequel l'assurance juridique de l'assuré l'informait de l'ouverture d'un dossier concernant son différend avec son employeur ;
- une mise en demeure adressée le 29 août 2020 par l'assuré à son employeur réclamant le règlement de « l'ensemble des sommes dues depuis le début de notre collaboration ».

Par décision sur opposition du 7 juin 2022, la Caisse a rejeté l'opposition formée par l'assuré. Elle a considéré que les allégations de ce dernier concernant le début effectif de sa relation de travail avec son employeur n'étaient pas clairement démontrées par les pièces au dossier mais qu'en tout état de cause, il y avait lieu de retenir qu'ensuite de la résiliation des rapports de travail au 30 juillet 2020 et d'une mise en demeure écrite du 29 août 2020, l'assuré avait attendu le 15 janvier 2021 pour agir en paiement des salaires non versés et que, ce faisant, il avait violé son obligation de réduire le dommage.

B. Par acte du 6 juillet 2022, B. _____ a recouru à l'encontre de la décision sur opposition précitée devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal concluant implicitement à sa réforme en ce sens qu'une indemnité en cas d'insolvabilité lui soit octroyée. Il a produit plusieurs pièces qu'il a complétées le 14 juillet 2022.

Par réponse du 18 août 2022, la Caisse a conclu au rejet du recours.

Par réplique du 12 septembre 2022, B._____ a confirmé ses précédents moyens et conclusions.

Par duplique du 4 octobre 2022, la Caisse a maintenu sa position.

Par écriture du 27 octobre 2022, B._____ a réitéré ses griefs.

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 en cas d'insolvabilité en raison de la faillite de son employeur pour la période du 18 mars au 30 avril 2020.

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).

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 consid. 4.4 ; Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Zurich 2014, 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 (TF 8C_801/2011 précité consid 6.2).

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, op. cit., n° 8 ad art. 55 et les références citées).

L'assuré doit manifester de manière claire, non équivoque et reconnaissable pour l'employeur le caractère sérieux de sa prétention de salaire (TFA C 367/01 du 12 avril 2002 ; TF 8C_85/2019 du 19 juin 2019, consid. 4.1 ; Rubin, op. cit., n° 10 ad art. 55). Il doit pouvoir démontrer sa détermination à réclamer le versement de son salaire. Pour cela, les démarches écrites auront une force probante supérieure aux simples mises en demeure orales. Dans ce contexte, il convient de noter que ce n'est souvent que sous la pression d'une demande écrite, voire de l'ouverture imminente d'une procédure de faillite, que les débiteurs respectent leurs obligations de paiement (ATF 134 V 88 consid. 6.2 ; 131 V 196 consid. 4.1.2 ; TF 8C_85/2019 du 19 juin 2019 consid. 4.3).

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 doivent 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 (TFA C 91/01 du 4 septembre 2001 consid. 1b ; DTA 1999 n° 24 p. 143 consid.1 c).

4. 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 ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 144 V 427 consid. 3.2 ; 139 V 176 consid. 5.3 et les références citées). Il n'existe aucun principe juridique dictant à l'administration ou au juge de statuer en faveur de la personne assurée en cas de doute (ATF 135 V 39 consid. 6.1 et les références citées).

5. a) En l'occurrence, le recourant réclame que lui soit allouée une indemnité en cas d'insolvabilité pour la période du 18 mars au 30 avril 2020. A cet égard, il invoque avoir travaillé pour la société JD. _____ SA, respectivement pour ID. _____ SA, dès le 28 février 2020 et non dès le 1^{er} mai 2020, comme indiqué dans le contrat du 20 mars 2020. La Caisse intimée ne s'est pas déterminée à cet égard, considérant qu'en présence d'un contrat résilié au 31 juillet 2020 et d'une dernière mise en demeure du 29 août 2020, le recourant avait violé son obligation de diminuer son dommage en n'agissant plus jusqu'au dépôt d'une requête de conciliation le 15 janvier 2021 et que, pour cette raison, son droit à l'indemnité réclamée devait être nié.

A titre liminaire, il convient d'observer que si l'on admet les explications du recourant selon lesquelles le contrat de travail par lequel il a été engagé en qualité de directeur du développement a été conclu oralement le 28 février 2020 pour prendre effet immédiatement, on doit retenir que le document signé le 20 mars 2020 ne constitue qu'une confirmation écrite de son contenu et que la résiliation donnée le 15 juillet 2020 au recourant a été formulée non pas pendant le temps d'essai, mais après celui-ci (art. 335b al. 1 et 2 CO [loi fédérale du 30 mars 1911

complétant le Code civil suisse, Livre cinquième : Droit des obligations ; RS 220]). Or, en pareilles circonstances, le délai de congé ne pouvait pas être de sept jours (art. 335b al. 1 CO) mais d'un mois pour la fin d'un mois (art. 335c al. 1 CO) de sorte que le congé communiqué le 15 juillet 2020 ne pouvait déployer ses effets qu'au 31 août 2020 (Christian Favre/Charles Munoz/Rolf A. Tobler, Le contrat de travail annoté, Lausanne 2010, n. 1.1 ad art. 335c CO et les nombreuses références citées). La caisse intimée qui a laissé en suspens la question de la date d'entrée en fonction du recourant ne pouvait dès lors retenir sans autre précision que les rapports de travail avaient pris fin le 31 juillet 2020.

Comme l'a cependant noté la caisse sans en tirer de conclusions, plusieurs éléments au dossier font douter de l'existence d'un contrat de travail avant le 1^{er} mai 2020. Le recourant qui affirme avoir travaillé comme employé de la société dès le 28 février 2020 allègue, de manière contradictoire, que celle-ci ne constituait qu'une coquille vide qui ne déployait aucune activité. On peine dès lors à voir à quelles tâches le recourant se serait consacré pour justifier du salaire important qu'il réclame. C'est le lieu de relever que l'intéressé admet lui-même ne pas avoir été occupé pendant la période litigieuse à un taux correspondant à un temps plein, ce qui – toujours selon lui – n'importerait pas au vu du fait qu'il avait été dispensé de décompter ses heures. Les pièces au dossier relatives à la prévoyance professionnelle attestent pour leur part d'une entrée en fonction au 1^{er} mai 2020. Enfin, l'attitude même du recourant prête à confusion puisque, comme relevé par l'intimée, ce dernier n'a jamais indiqué à son employeur les périodes pour lesquelles il réclamait le paiement d'arriérés de salaire. Il n'a, en tout état de cause, pas contesté la date de la fin des rapports de travail, ce alors même qu'il a consulté un avocat. Ces différents éléments laissent à penser que les démarches effectuées par le recourant avant l'entrée en vigueur du contrat du 20 mars 2020 constituaient des opérations qu'il avait réalisées en lien avec son intention de l'époque de devenir associé de la société – intention qui n'a finalement pas abouti – ou en vertu de sa volonté de démontrer à son futur employeur certaines de ses compétences en effectuant des tâches à bien plaisir, avant son engagement.

Quoi qu'il en soit, que les rapports de travail litigieux aient pris fin le 31 juillet ou le 31 août 2020 importe peu quant au respect de l'obligation de diligence incombant au recourant. En effet, il est constant qu'entre le dernier courrier de mise en demeure du 29 août 2020 et la première démarche tendant à obtenir le paiement de la créance invoquée, le 15 janvier 2021, il s'est écoulé plus de quatre mois, délai considéré par la jurisprudence comme excessif (cf. consid. 3b *in fine supra*).

b) Le recourant estime qu'un délai de trois mois après l'échéance des rapports de travail pour réclamer le paiement des salaires impayés ne peut pas être appliqué, sa situation relevant d'un cas de force majeure dès lors que la société JD._____ SA avait représenté un outil utilisé par M. D._____ - condamné depuis lors - pour procéder à diverses escroqueries.

On voit mal en quoi cette circonstance serait de nature à constituer un cas de force majeure justifiant le retard mis par le recourant à agir pour obtenir le paiement des salaires qu'il réclame. La connaissance de cette problématique aurait plutôt dû être de nature à pousser l'intéressé à agir rapidement et de manière non équivoque pour liquider le plus vite possible ses rapports avec son employeur, respectivement M. D._____. En tout état de cause, le caractère illégal des activités entreprises par M. D._____ ne saurait justifier le retard mis par le recourant à entreprendre les démarches nécessaires à percevoir le salaire qui lui était dû.

c) Les arguments du recourant tirés de sa situation économique précaire qui l'aurait poussé à s'occuper du règlement de ses dettes ou de la recherche d'un nouveau logement pour sa famille avant de rechercher son employeur pour le paiement des montants dus ne sont pas pertinents quant à son obligation de diminuer le dommage.

Son grief selon lequel il serait demeuré dans une relation de dépendance économique après la résiliation des rapports de travail dès

lors que des salaires restaient dus n'est pas plus fondé. En effet, dans la mesure où le contrat de travail avait pris fin et où les rapports et prétentions juridiques des parties étaient arrêtés, le recourant n'avait aucune raison valable de ménager son employeur. L'art. 55 LACI vise précisément à indemniser des personnes dont l'employeur a été mis en faillite postérieurement à la résiliation du contrat de travail et qui disposent encore de prétentions à son égard (cf. consid. 3b § 2 *supra*). L'obligation de diminuer le dommage s'impose ainsi au premier chef aux travailleurs qui disposent d'une créance de salaire contre leur ancien employeur.

d) Le recourant développe encore un moyen afférant à l'inexistence juridique de JD. _____ SA qu'il déduit du fait que celle-ci visait uniquement un objectif illégal. Même à retenir que ce grief serait fondé, on comprend mal quel argument le recourant souhaite en déduire. S'il estime que le contrat du 20 mars 2020 serait entaché de nullité, il ne disposerait dès lors plus du droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité. De même, s'il entend par le biais de l'application du principe de la transparence (cf. ATF 144 III 541 consid. 8.3.2) démontrer que ce contrat le liait en réalité à M. D. _____, on ne peut que constater qu'il n'a pas agi devant la présente autorité en se prévalant du bon rapport de droit.

e) En définitive, on ne peut que constater que le recourant a violé son obligation de diminuer le dommage en mettant plusieurs mois à donner suite à sa première mise en demeure et alors même qu'il avait consulté un avocat. Ce manque de diligence est d'autant plus caractérisé que, dans un deuxième temps, soit après avoir obtenu une autorisation de procéder, le recourant ne s'en est pas prévalu et a laissé ce document se périmé, sans déposer d'action au fond. Il découle de ce qui précède que le recourant ne peut prétendre à une indemnité en cas d'insolvabilité.

6. Le dossier est complet. Il permet ainsi à la Cour de céans de statuer en pleine connaissance de cause. Il n'y a pas lieu de donner suite à la mesure d'instruction requise par le recourant, à savoir l'audition de témoins. En effet, une telle mesure d'instruction ne serait pas de nature à

modifier les considérations qui précèdent, les faits pertinents ayant pu être constatés à satisfaction de droit et ayant pu être librement appréciés par la présente juridiction (appréciation anticipée des preuves ; ATF 144 II 427 consid. 3.1.3 ; 141 I 60 consid. 3.3).

7. a) En définitive, le recours, mal fondé, doit être rejeté et la décision sur opposition confirmée.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. f^{bis} LPGA), ni d'allouer de dépens au recourant qui n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA).

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

I. Le recours est rejeté.

II. La décision sur opposition rendue le 7 juin 2022 par la Caisse cantonale de chômage est confirmée.

III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens.

Le juge unique :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- B. _____,
- Caisse cantonale de chômage,
- 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 :