

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 7 octobre 2022

Composition : Mme DURUSSEL, présidente
M. Piguet et Mme Gauron-Carlin, juges
Greffière : Mme Neurohr

Cause pendante entre :

F. _____, à [...], recourant, représenté par Me Nathanaël Pétermann,
avocat à Lausanne,

et

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

Art. 52 al. 1 LPG.

E n f a i t :

A. F._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], a travaillé en qualité de directeur de la succursale [...] de la société O._____, sise à Luxembourg.

Le 3 juillet 2017, l'assuré a adressé à la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la Caisse ou l'intimée) une demande d'indemnité en cas d'insolvabilité. Il a indiqué avoir travaillé pour la société O._____ du 1^{er} janvier 2000 au 30 septembre 2015. Il a joint à sa demande un arrêt du 31 janvier 2017 de la Chambre des recours civile du Tribunal cantonal, duquel il ressortait notamment qu'il avait ouvert action en paiement devant la Chambre patrimoniale cantonale contre son ancien employeur O._____ pour des prétentions salariales d'un montant brut de 45'900 fr. et 113'861 fr. 35.

Par décision du 7 juillet 2017, la Caisse a rejeté la demande de l'assuré, au motif que la raison sociale du siège principal d'O._____, à Luxembourg, existait toujours, de sorte qu'aucune condition de l'article 51 alinéa 1 LACI n'était remplie.

Le 4 août 2017, l'assuré, désormais représenté par un avocat, a formé opposition contre cette décision, soutenant que la faillite de son employeur, à Luxembourg, était inéluctable en raison d'une situation de surendettement. Il a sollicité, à titre subsidiaire, la suspension de la procédure jusqu'à droit connu sur le sort de la prochaine mise en faillite de la société.

La procédure d'opposition a été suspendue.

Par courrier de son mandataire du 31 juillet 2020, l'assuré a informé la Caisse que la société O._____, à Luxembourg, avait été déclarée en faillite le 2 décembre 2019. Ses prétentions salariales avaient également été en partie reconnues par la Chambre patrimoniale cantonale dans un arrêt du 3 avril 2020, plus particulièrement son droit au salaire

durant le délai de résiliation. Compte tenu de ces éléments, l'assuré a sollicité la reprise de la procédure d'opposition.

Dans un courrier du 7 janvier 2021, le conseil de l'assuré a interpellé la Caisse afin qu'elle rende une décision sur opposition en faisant droit aux conclusions prises au pied de l'opposition du 4 août 2017. Il a rappelé que si la Caisse avait dans un premier temps refusé de prester en faveur de l'intéressé au motif que la société O._____ n'était pas formellement en faillite, la faillite avait été prononcée depuis lors. En outre, le jugement de la Chambre patrimoniale cantonale, reconnaissant ses prétentions salariales, était définitif et exécutoire depuis le 27 août 2020.

Le 1^{er} juin 2021, le conseil de l'assuré a à nouveau interpellé la Caisse.

Par courrier recommandé du 31 mars 2022, l'assuré, par son conseil, a sollicité une nouvelle fois que la procédure le concernant soit reprise, conformément à ses précédentes demandes. Il a prié la Caisse de statuer sur son opposition à bref délai, sous peine de déni de justice.

Sollicité pour avis, le Secrétariat d'Etat à l'économie a exposé, dans un courriel du 15 juin 2022 à l'attention de la Caisse, qu'il résultait du jugement de la Chambre patrimoniale cantonale que l'assuré jouissait d'une situation comparable à celle d'un employeur. Selon ses déclarations, il aurait continué à travailler pour assurer la fin des activités de la succursale [...] de la société. Ainsi, la résiliation de son contrat ne semblait pas avoir signifié pour l'assuré une rupture définitive de tout lien avec la société, ce qui pourrait expliquer pourquoi il n'avait déposé sa demande d'indemnité en cas d'insolvabilité « le 2 juillet 2017, suite à la radiation de la raison de commerce au RC, en raison de la suppression de la succursale, en date du 9 mai 2017 ».

Par décision du 16 juin 2022, la Caisse a à nouveau refusé de reconnaître le droit de l'assuré à une indemnité en cas d'insolvabilité, au

motif qu'il occupait une fonction dirigeante au sein de la succursale [...] d'O._____. Au pied de cette décision figurait l'indication des voies de droit, plus particulièrement celle de l'opposition.

Dans un courrier du même jour, annexé à ladite décision, la Caisse a expliqué à l'assuré que la présence d'un cas déclencheur du droit à l'indemnité pour insolvabilité demeurait incertaine. L'autorité de surveillance, à qui elle avait soumis le cas, avait en effet estimé que cette question pouvait rester ouverte car le droit à l'indemnité était exclu dans tous les cas en raison d'une position assimilable à celle d'un employeur. La Caisse a précisé que la procédure d'opposition concernant la décision du 7 juillet 2017 était suspendue jusqu'à l'entrée en force de la nouvelle décision.

B. Par acte du 15 juillet 2022, F._____, toujours représenté par son conseil, a interjeté devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal un recours contre la décision qui précède, concluant principalement à sa réforme en ce sens que l'indemnité en cas d'insolvabilité lui soit octroyée et des indemnités de chômage versées du 1^{er} juillet au 30 septembre 2015, et subsidiairement à son annulation et au renvoi de la cause à l'intimée pour nouvelle décision au sens des considérants. Le recourant a d'abord soutenu qu'en dépit du mauvais intitulé et des voies de droit erronées qui en résultait, la décision du 16 juin 2022 devait être requalifiée de « décision sur opposition ». En effet, si une décision pouvait être attaquée dans les trente jours par la voie de l'opposition, lorsqu'une autorité avait déjà rendu une décision qui avait fait l'objet d'une opposition, la nouvelle décision rendue sur le même objet ne pouvait que constituer une décision sur opposition. Sur le fond, il a fait valoir une violation de son droit d'être entendu dès lors que l'intimée avait changé le motif de sa décision de refus et ne l'avait pas interpellé pour se déterminer sur celui-ci. Au demeurant, l'intimée ne s'était pas prononcée sur l'existence d'un cas d'insolvabilité de la société O._____, alors qu'il s'agissait du fondement de la première décision de refus. Or au vu des pièces produites, les conditions étaient réalisées. En outre, l'intimée semblait admettre ce fait, en ayant refusé les prestations uniquement en

raison d'une position assimilable à l'employeur. Or la seule position de directeur de la succursale de son ancien employeur ne suffisait pas à exclure le droit aux prestations de chômage. Il s'agissait plutôt d'examiner les rapports entre lui et son employeur, et notamment le critère de l'autonomie.

Par réponse du 10 août 2022, l'intimée a conclu à l'irrecevabilité du recours, celui-ci ayant été déposé contre une décision n'ayant pas fait l'objet d'une opposition. Subsidiairement, elle a conclu à son rejet, renvoyant au motif de la décision du 16 juin 2022.

Répliquant le 16 août 2022, le recourant a renvoyé à ses développements concernant la recevabilité du recours et la requalification de la décision en « décision sur opposition ». Il a conclu que si, par impossible, l'autorité de céans devait nier sa compétence, il y aurait lieu de transmettre le recours à l'autorité compétente pour en connaître.

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'espèce, les parties divergent quant à la recevabilité du recours déposé le 15 juillet 2022 dans un litige ayant pour objet le droit du recourant à une indemnité en cas d'insolvabilité. Cette divergence tient lieu essentiellement à la qualification de la décision attaquée, considérée

comme une première décision sujette à opposition par l'intimée et requalifiée en décision sur opposition par le recourant dès lors qu'une procédure d'opposition était en cours sur le même objet lorsque celle-ci a été rendue.

Il apparaît en effet que l'intimée a rendu une première décision, le 7 juillet 2017, refusant au recourant le droit aux indemnités en cas d'insolvabilité en se fondant sur l'art. 51 al. 1 LACI. Le recourant a formé opposition contre cette première décision et la procédure d'opposition a été suspendue jusqu'à droit connu sur une éventuelle mise en faillite de la société O. _____ au Luxembourg. La faillite de cette société a été prononcée le 2 décembre 2019 et le recourant a sollicité la reprise de la procédure d'opposition.

La Caisse a toutefois rendu une nouvelle décision le 16 juin 2022, refusant une nouvelle fois au recourant le droit aux indemnités en cas d'insolvabilité, se fondant alors sur l'art. 51 al. 2 LACI, en mentionnant qu'elle pouvait être contestée par la voie de l'opposition. C'est contre cette deuxième décision que le recourant a interjeté le recours objet de la présente procédure en soutenant que cette décision ne pouvait qu'être une décision sur opposition.

c) L'art. 52 al. 1 LPGA prévoit que les décisions peuvent être attaquées dans les trente jours par voie d'opposition auprès de l'assureur qui les a rendues, à l'exception des décisions d'ordonnancement de la procédure. Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours (art. 56 al. 1 LPGA). La procédure d'opposition est obligatoire et constitue une condition formelle de validité de la procédure de recours de droit administratif subséquente (TF 9C_777/2013 du 13 février 2014 ; TFA C 279/03 du 30 septembre 2005 consid. 2.2.2, in SVR 2006 ALV n° 13 p. 43 ; cf. aussi ATF 130 V 388).

L'opposition est un moyen de droit permettant au destinataire d'une décision d'en obtenir le réexamen par l'autorité administrative,

avant qu'un juge ne soit éventuellement saisi (ATF 125 V 118 consid. 2a). Saisi d'une opposition, l'assureur doit statuer sur celle-ci s'il n'entend pas donner raison à l'assuré, ce qu'il ne peut faire qu'au moyen d'une décision sur opposition. La procédure d'opposition porte sur les rapports juridiques qui, d'une part, font l'objet de la décision initiale de l'autorité et à propos desquels, d'autre part, l'opposant manifeste son désaccord, implicitement ou explicitement (ATF 119 V 350 consid. 1b et les références). L'autorité valablement saisie d'une opposition devra se prononcer une seconde fois sur tous les aspects du rapport juridique ayant fait l'objet de sa décision initiale, quand bien même la motivation de la nouvelle décision portera principalement sur les points critiqués par l'opposant. La décision sur opposition remplace la décision initiale et devient, en cas de recours à un juge, l'objet de la contestation de la procédure judiciaire (TF 9C_777/2013 du 13 février 2014 consid. 5.2.1 et références citées, notamment cf. ATF 125 V 415 consid. 2.).

Les éléments déterminants (aspects partiels) du ou des rapports juridiques fixés par décision ne sont pas importants pour la définition de l'objet du litige et sa délimitation par rapport à l'objet de la contestation. En font notamment partie, lors de l'octroi de prestations d'assurance, les aspects déterminants pour le droit à la prestation en tant que tel, tels que les conditions d'assurance, ainsi que les différents facteurs pour la fixation de la prestation. Les aspects partiels d'un rapport juridique fixé par décision ne servent en règle générale qu'à motiver la décision et ne sont donc en principe pas attaquant de manière indépendante. En conséquence, ils ne peuvent être considérés comme ayant fait l'objet d'une décision entrée en force et donc soustraits à l'examen du juge que lorsque l'objet du litige dans son ensemble a été résolu dans une décision entrée en force (ATF 125 V 415 consid. 2b).

L'assureur doit en effet se prononcer sur le droit à la prestation dans une décision (art. 49 al. 1 LPGA). Ainsi, lorsqu'une prestation ne peut être octroyée qu'à des conditions cumulatives, l'assureur ne peut pas rendre plusieurs décisions séparées sur chacune des conditions du droit à la prestation. S'il peut exclure le droit à une prestation au motif que l'une

des conditions cumulatives au moins n'est pas remplie, il ne peut pas ensuite examiner les autres conditions et rendre une nouvelle décision, dès lors qu'il s'est déjà prononcé sur le droit à la prestation, respectivement l'absence de droit, à moins qu'il annule et remplace sa décision initiale.

d) La décision attaquée se prononce en l'occurrence sur une demande d'indemnité en cas d'insolvabilité telle que prévue à l'art. 51 LACI. Cette disposition fixe les conditions personnelles et matérielles du droit à ladite indemnité. L'alinéa 1 indique les cas d'ouverture du droit (faillite, endettement notoire et absence d'avance de frais, saisie pour créance de salaire), tandis que l'alinéa 2 exclut de cette 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). Ces deux alinéas portent ainsi sur la même demande de prestation, dont ils fixent le cadre permettant son octroi, en distinguant plusieurs aspects liés à l'ouverture du droit (al. 1) et à l'exclusion du droit (al. 2). L'ensemble de ces conditions doit être examiné pour déterminer si le droit aux prestations existe pour un sujet donné.

e) En l'espèce, l'intimée a examiné une première fois la demande d'indemnité qu'elle a rejetée par une décision du 7 juillet 2017 au motif qu'aucune condition de l'alinéa 1 de l'article 51 LACI permettant l'ouverture du droit n'était réalisée en l'état. A ce moment, elle n'avait pas besoin d'examiner s'il existait un motif d'exclusion du droit (al. 2). Après réception de l'opposition, elle a suspendu la procédure d'opposition dans l'attente de la faillite de l'employeur. Lorsque celle-ci a été déclarée, le recourant a requis la reprise de cause et l'intimée a rendu une nouvelle décision de refus en constatant cette fois qu'il existait un motif d'exclusion (art. 51 al. 2 LACI) et en renonçant à se prononcer sur la présence d'un motif ouvrant le droit à l'indemnité au sens de l'art. 51 al. 1 LACI. Dans le courrier accompagnant la nouvelle décision du 16 juin 2022, elle a précisé

que la procédure concernant la décision du 7 juillet 2017 était suspendue jusqu'à l'entrée en force de la nouvelle décision.

Il apparaît ainsi qu'en établissant l'acte attaqué, l'intimée a bel et bien voulu rendre une décision distincte de celle rendue sur le même objet le 7 juillet 2017. La Caisse a dès lors rendu une deuxième décision, susceptible d'opposition, alors qu'elle ne s'était pas prononcée sur l'opposition relative à une décision portant sur la même demande d'indemnité. Ce faisant, la Caisse a rendu deux décisions sur un même objet en se fondant sur deux conditions différentes du droit à cette prestation. Elle a même pris soin de suspendre à nouveau la procédure d'opposition contre sa première décision, se réservant ainsi la possibilité de revoir les conditions d'octroi de l'indemnité sous un autre angle. Or, s'agissant du même litige, elle ne pouvait statuer par deux décisions distinctes en examinant uniquement des aspects partiels du droit requis, dans chaque décision. Elle devait se prononcer sur tous les aspects du droit à l'indemnité dans le cadre d'une seule et même décision et devait rendre une décision sur opposition après avoir entendu le recourant sur les mesures d'instruction menées pendant la procédure d'opposition (Défago Gaudin, in Dupont/Moser-Szeless [édit.], Loi sur la partie générale des assurances sociales, Commentaire romand, Bâle 2018, n° 27 ad art. 52 LPGA).

En l'espèce, contrairement à ce que suggère le recourant, on ne saurait requalifier la décision attaquée en décision sur opposition. En effet, la procédure d'opposition n'a pas été respectée dès lors que l'intimée n'a en particulier pas entendu le recourant sur le motif d'exclusion du droit avant de statuer. Le droit d'être entendu doit être réalisé sous tous ces aspects ; l'assuré doit pouvoir participer aux mesures d'instruction complémentaires prises par l'assureur et se voir garantir la possibilité de s'exprimer avant que l'assureur ne statue à nouveau (Défago Gaudin, *ibidem*).

Or, un recours n'est pas recevable contre une décision encore susceptible d'opposition (art. 52 al. 1 LPGA). Le recours interjeté le 15

juillet 2022 doit en conséquence être déclaré irrecevable et transmis à l'intimée comme objet de sa compétence pour valoir opposition contre la décision du 16 juin 2022, comme le recourant l'a requis dans sa réplique.

Cela étant, il y a lieu de rendre l'intimée attentive au fait qu'il lui appartient de rendre une seule décision sur opposition sur le droit du recourant à une indemnité en cas d'insolvabilité, en se prononçant, d'une part, sur les griefs contenus dans l'opposition contre la décision du 7 juillet 2017, ayant trait aux cas déclencheurs du droit à une indemnité en cas d'insolvabilité, et, d'autre part, sur ceux contenus dans le recours - valant opposition - contre la décision du 16 juin 2022, ayant trait au cas particulier d'exclusion du droit d'une personne avec une fonction dirigeante. Pour ce faire, il lui incombe de procéder aux mesures d'instruction complémentaires qui découlent des objections soulevées par l'assuré (Défago Gaudin, *op. cit.*, n° 28 ad art. 52 LPGGA). L'autorité intimée est plus particulièrement invitée à instruire minutieusement la question de l'insolvabilité de l'employeur de l'assuré, et notamment le fait de savoir si l'assuré a produit ses créances dans la faillite de la société, ainsi que sa réelle autonomie et la portée de ses pouvoirs au sein de la succursale lausannoise. On précisera que le jugement de la Chambre patrimoniale cantonale ne paraît pas permettre à lui seul de répondre à ces questions et ne paraît pas constituer en soi une mesure d'instruction suffisante. Enfin, l'attention de l'intimée est attirée sur son devoir de garantir le droit de l'assuré de pouvoir s'exprimer sur les éléments recueillis avant qu'elle ne statue à nouveau.

2. a) Le recours, prématuré, est déclaré irrecevable. Le recours est transmis à l'intimée pour valoir opposition contre sa décision du 16 juin 2022.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. f bis LPGGA). Compte tenu des circonstances, des dépens, arrêtés à 1'000 fr., seront alloués à la partie recourante et mis à la charge de l'autorité intimée.

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

- I. Le recours est irrecevable.

- II. Le recours est transmis à la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, pour valoir opposition à la décision du 16 juin 2022.

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

- IV. La Caisse cantonale de chômage, Division juridique versera à F. _____ une indemnité de 1'000 fr. (mille francs), à titre de dépens.

La présidente :

La greffière :

Du

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

- Me Nathanaël Pétermann (pour F. _____),
- 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 :