

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 10 mars 2020

Composition : Mme DESSAUX, présidente
M. Métral et Mme Durussel, juges
Greffière : Mme Neyroud

Cause pendante entre :

K. _____, à [...], recourant, représenté par Me Olivier Boschetti, avocat à Lausanne,

et

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

Art. 51 et 52 LACI

E n f a i t :

A. K. _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], a travaillé pour le compte de la société [...] SA (ci-après : l'employeur) dès le 1^{er} juillet 2013. Son contrat a été résilié par l'employeur le 28 mai 2018 avec effet au 30 juin 2018, date à partir de laquelle son salaire n'a plus été versé.

A compter du mois de juin 2018, l'assuré a contesté son congé devant les autorités civiles compétentes et a également introduit une réquisition de poursuite à l'encontre de l'employeur auprès de l'Office des poursuites du district de [...]. Dans ces circonstances, l'assuré a indiqué que la fin des rapports de travail intervenait le 31 juillet 2018 et non pas le 30 juin 2018, eu égard au délai de dédite prévu contractuellement, si bien que l'employeur était débiteur du salaire du mois de juillet 2018, 13^{ème} salaire compris, à savoir un total de 5'958 fr. 35. Ce dernier était encore redevable d'indemnités relatives à des vacances et des congés impayés depuis le mois de septembre 2012, soit 23'608 fr., respectivement 9'840 francs.

Le 16 août 2018, le Tribunal d'arrondissement de [...] a prononcé la faillite sans poursuite préalable de l'employeur. L'assuré a produit sa créance auprès de l'Office des faillites.

Par demande du 1^{er} octobre 2018, transmise le 24 octobre 2018, l'assuré a sollicité une indemnité en cas d'insolvabilité auprès de la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la Caisse ou l'intimée).

Par décision du 6 mai 2019, la Caisse a refusé de donner suite cette demande.

Par acte de son mandataire du 5 juin 2019, l'assuré a formé opposition à l'encontre de cette décision, considérant pour l'essentiel que les conditions du droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité étaient réalisées

en l'espèce. Il a plus particulièrement soutenu avoir entrepris en temps utile toutes les démarches nécessaires pour recouvrer le montant de sa créance, étant relevé la précarité de son statut administratif en Suisse et les pressions exercées par son employeur à cet égard.

Par décision sur opposition du 16 octobre 2019, la Caisse, par sa division juridique, a rejeté l'opposition de l'assuré et a confirmé la décision du 6 mai 2019. Elle a notamment estimé que la créance salariale du mois de juillet 2018 ne pouvait être couverte par l'indemnité en cas d'insolvabilité dans la mesure où l'assuré n'avait pas travaillé durant cette période. Pour le surplus, elle a retenu que l'assuré avait violé son obligation de diminuer le dommage en ne faisant pas valoir ses droits relatifs aux vacances et aux congés pendant plusieurs années.

B. Le 15 novembre 2019, K._____, sous la plume de son conseil, a déféré la décision précitée devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant principalement à sa réforme en ce sens qu'il a droit à un montant de 39'406 fr. 35 à titre d'indemnité en cas d'insolvabilité et subsidiairement au renvoi de la cause à la Caisse pour nouvelle décision. Il en outre demandé à être mis au bénéfice de l'assistance judiciaire. En substance, il a allégué que durant le mois de juillet 2018, il était toujours lié à son employeur par un contrat de travail, de sorte qu'il était inapte au placement et ne se trouvait pas au chômage. Par ailleurs, il a réitéré qu'il avait agi en temps utile pour faire valoir son droit aux vacances et aux congés, eu égard à sa situation personnelle et administrative. Pour le surplus, il a sollicité son audition et celle de témoins dont il n'a pas décliné l'identité. A l'appui de son recours, il a encore produit un bordereau de pièces comprenant notamment des courriers démontrant les démarches entreprises à compter de 2018 en vue de recouvrer sa créance, ainsi que des échanges de correspondances datant de 2014 et 2015 entre son conseil et le Service de la population.

Le 18 novembre 2019, la juge instructrice a requis le dossier complet de l'assuré auprès de la Caisse et a, par acte daté du lendemain, informé l'intéressé qu'après un examen préalable, il serait soit impartit un

délai de réponse à l'intimée, soit rendu une décision en la forme de l'art. 82 LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36), statuant sur le fond et sur la requête d'assistance judiciaire.

Par avis du 17 février 2020, un délai au 3 mars 2020 a été imparti au recourant pour consulter le dossier de l'intimée et déposer d'éventuelles déterminations, avec la précision qu'il serait procédé en la forme de l'art. 82 LPA-VD, sans autre échange d'écriture.

Par écriture du 3 mars 2020, le recourant s'est référé à son recours, sans soumettre de nouvelles déterminations.

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) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

2. Est litigieux en l'espèce le droit du recourant à une indemnité en cas d'insolvabilité pour des prétentions relatives au salaire du mois de juillet 2018, ainsi qu'à des vacances et des congés non-pris depuis 2012.

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 (dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} avril 2011 [RO 2011 1167]), 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.

b) Par "créances de salaire" au sens de l'art. 52 LACI, on entend d'abord le salaire déterminant selon l'art. 5 al. 2 LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.10) en relation avec l'art. 7 RAVS (règlement fédéral du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.101), auquel s'ajoutent les allocations (ATF 137 V 96 consid. 6.1 à 6.3 et 132 V 82 consid. 3.1 ; cf. Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungs-recht [SBVR], Soziale Sicherheit, 3^{ème} éd., Bâle 2016, n° 619). Par cette référence à la LAVS se trouve ainsi délimité le cercle des bénéficiaires de cette protection. Il reste que ces dispositions en matière d'assurance sociale reposent en premier lieu sur le droit du contrat de travail en ce qui concerne notamment les éléments contractuels, les obligations réciproques des parties et les dispositions impératives dont il y a lieu ensuite de tirer des conséquences juridiques en matière d'affiliation ou de prestations (ATF 125 V 492 consid. 3b et la référence).

Contrat synallagmatique, le contrat de travail impose principalement le versement d'un salaire au regard de l'engagement de

fournir un travail régulier. La conséquence juridique, dans l'assurance-chômage, est que la créance de salaire est principalement liée à la fourniture d'un travail. Ainsi, selon la jurisprudence, l'indemnité en cas d'insolvabilité ne couvre que des créances de salaire qui portent sur un travail réellement fourni ; elle ne peut être octroyée pour des prétentions en raison d'un congédiement immédiat et injustifié du travailleur, pour des indemnités de vacances qui n'ont pas été prises ou pour des prétentions émanant d'un travailleur, empêché de travailler pour cause de maladie et que son employeur n'a pas assuré (ATF 137 V 96 consid. 6.1, 132 V 82 consid. 3.1 et 125 V 492 consid. 3b et les références ; Nussbaumer, *op. cit.*, n° 620). Cette jurisprudence se fonde sur le texte même de la loi et sur l'intention clairement exprimée du législateur (Message du Conseil fédéral du 2 juillet 1980 concernant une nouvelle loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, in FF 1980 III 532, p. 613 ; ATF 137 V 96 consid. 6.1, 132 V 82 consid. 3.1, 125 V 492 consid. 3b et 121 V 377 consid. 2a). Ce principe connaît toutefois deux exceptions (Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n° 8 ad art. 52 LACI), dont celle de la demeure de l'employeur au sens de l'art. 324 CO (code des obligations du 30 mars 1911 ; RS 220), puisque dans ce cas l'assuré, qui reste à disposition de son employeur, n'est pas apte au placement (ATF 132 V 82 consid. 3.2).

Le critère de distinction qu'il faut poser en la matière réside dans la délimitation entre indemnité pour insolvabilité et indemnité de chômage. Si, durant la période en cause, l'assuré était apte au placement (art. 15 al. 1 LACI) et s'il pouvait se soumettre aux prescriptions de contrôle de l'administration (art. 17 LACI), il n'a pas droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité.

Selon la doctrine, demeure en particulier apte au placement et en mesure de se soumettre aux prescriptions de contrôle, l'assuré licencié sans respect du délai de dédite (Rubin, *op. cit.* n° 6 et 7 ad art. 52 LACI).

c) L'article 51 al. 1 let. c LACI subordonne le droit à l'indemnité pour insolvabilité à la condition que l'assuré présente une demande de saisie pour une créance de salaire envers son employeur. En cas de saisie de l'employeur, le travailleur doit présenter sa demande dans un délai de 60 jours à compter de la date de l'exécution de la saisie (art. 53 al. 1 LACI). Ce délai commence à courir le lendemain de la notification de la copie du procès-verbal de saisie (SECO, Bulletin MT/AC 2004/1-fiche 13/1). Le droit naît dès que la réquisition de saisie a été déposée (Rubin, *op. cit.* n° 11 ad. art. 53 LACI). Selon l'art. 53 al. 3 LACI, à l'expiration de ces délais, le droit à l'indemnité s'éteint.

4. a) En vertu de l'art. 55 al. 1 1^{ère} phr. 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.

b) Lorsque la faillite est prononcée postérieurement à la dissolution des rapports de travail, l'obligation de diminuer le dommage ancrée à l'art. 55 al. 1 LACI exige du travailleur qui n'a pas reçu son salaire, en raison de difficultés économiques rencontrées par l'employeur, qu'il entreprenne à l'encontre de ce dernier les démarches utiles en vue de récupérer sa créance, sous peine de perdre son droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité (TF 8C_956/2012 du 19 août 2013 consid. 3). Il s'agit d'éviter que l'assuré reste inactif et n'entreprenne rien pour récupérer son salaire impayé, en attendant le prononcé de la faillite de son ex-employeur (ATF 114 V 56 consid. 4 ; TF 8C_801/2011 du 11 juin 2012 consid. 6.1 ; DTA 1999 n° 24 p. 143 consid. 1c).

Les assurés doivent se comporter comme si l'indemnité en cas d'insolvabilité n'existait pas (TF 8C_66/2013 du 18 novembre 2013 consid. 4.2). L'obligation de diminuer le dommage s'examine en fonction de l'ensemble des circonstances (TF 8C_356/2013 du 23 septembre 2013 consid. 2.2). La caisse doit ainsi prendre en compte la rapidité de la réaction de l'employé, les usages dans la branche, la langue dans laquelle l'employé peut s'exprimer, ses connaissances juridiques, son éventuel

domicile à l'étranger, le rapport entre les frais que l'assuré aurait dû assumer pour faire valoir sa créance et sa situation financière, un éventuel rapport de confiance, un conflit de loyauté, l'intégration au sein de l'entreprise, les responsabilités assumées, la possibilité de comparer sa propre situation avec celle de collègues, etc. (Rubin, *op. cit.*, n° 8 ad art. 55 LACI et les références). L'assuré doit manifester de manière non équivoque et reconnaissable pour l'employeur qu'il souhaite encaisser sa créance de salaire (Rubin, *op. cit.*, n° 10 ad art. 55 LACI).

c) L'obligation de diminuer le dommage est moins étendue avant la résiliation du rapport de travail qu'après. Dans la première éventualité, l'absence de réaction de l'employé peut en effet se comprendre, du moins lorsqu'il est confronté à un premier retard dans le versement de son salaire. Cela étant, quel que soit son intérêt à rester au service de son employeur, un employé ne saurait s'accommoder de ne pas recevoir sa rémunération. Après la résiliation, l'assuré ne peut attendre plusieurs mois avant d'intenter une action judiciaire contre son employeur. Il doit en effet compter avec une éventuelle péjoration de la situation financière de l'employeur et donc avec une augmentation des difficultés, pour l'assurance-chômage, de récupérer les créances issues de la subrogation (TF 8C_749/2016 du 22 novembre 2017 consid. 3.5.3 ; TF 8C_66/2013 précité consid. 4.4 ; Rubin, *op. cit.*, n° 11 ad art. 55 LACI). De même, avant l'apparition du motif de versement de l'indemnité en cas d'insolvabilité (par exemple avant l'ouverture de la faillite), l'employé ne devra pas attendre des mois avant de mettre son employeur en demeure de verser le salaire (cf. à cet égard TF 8C_801/2011 précité consid. 6.2).

Il n'est pas possible de fixer une période maximale durant laquelle l'assuré peut ne procéder à aucun acte en vue de recouvrer sa créance salariale, sans risquer de se voir reprocher une violation de son obligation de diminuer le dommage. Les circonstances concrètes sont déterminantes. Une durée de trois à quatre mois représente une limite générale au-delà de laquelle le travailleur, qui n'est pas rémunéré normalement, et qui omet de réagir auprès de son employeur pour récupérer ses créances salariales, viole son obligation de diminuer le

dommage au sens de l'art. 55 al. 1 LACI (Rubin, *op. cit.*, n° 12 ad art. 55 LACI). Cela ne veut cependant pas dire qu'il faille exiger du salarié qu'il introduise sans délai une poursuite contre son ancien employeur (impliquant la notification d'un commandement de payer aux frais de l'assuré). Toutes les possibilités qui permettent à l'assuré de sauvegarder son droit 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 (TF C 91/01 du 4 septembre 2001 consid. 1b ; DTA 1999 n° 24 p. 143 consid. 1c).

5. a) En l'occurrence, l'intimée a refusé de prêter au motif, d'une part, que le salaire du mois de juillet 2018 n'était pas couvert par l'indemnité en cas d'insolvabilité, le recourant n'ayant pas fourni sa prestation de travail, et, d'autre part, qu'il avait violé son obligation de diminuer son dommage en tardant à faire valoir son droit aux vacances et aux congés non-pris.

b) S'agissant de la prétention en salaire relative au mois de juillet 2018, il ressort du dossier que le recourant n'a effectivement pas travaillé durant le mois en question et rien ne permet d'établir qu'il aurait offert à son employeur de fournir sa prestation. L'intéressé lui-même ne le soutient pas, mais se limite à alléguer que son contrat était toujours en vigueur compte tenu du délai de dédite prévu contractuellement. Or la seule continuité de la relation de travail - si elle devait être avérée - ne saurait suffire pour ouvrir le droit à une indemnité en cas d'insolvabilité puisque celle-ci ne couvre pas toutes les créances salariales mais seulement celles pour lesquelles un travail a réellement été fourni, exception faite de la demeure de l'employeur au sens de l'art. 324 CO. Seule importe ainsi la question de savoir si le recourant était apte au placement durant le mois de juillet 2018 et s'il pouvait se soumettre aux prescriptions de contrôle, ce qui est en l'occurrence le cas puisque le recourant ne travaillait *de facto* plus pour son employeur et n'avait pas offert de le faire au-delà du 30 juin 2018. Il s'ensuit qu'il se considérait libéré de son obligation de travailler à compter de cette date, étant rappelé que l'assuré licencié sans respect du délai de dédite demeure apte

au placement et en mesure de se soumettre aux prescriptions de contrôle (cf. consid. 3b *supra*).

c) S'agissant des créances alléguées en paiement d'indemnités pour des vacances et congés non pris depuis 2012, le recourant soutient avoir agi en temps utile, étant précisé qu'il avait longtemps craint de voir son contrat de travail résilié et par conséquent son autorisation de séjour révoquée. On relève toutefois, comme l'a fait l'intimée, que le recourant n'a ni fait valoir ses droits avant la révocation de son permis en 2014 ni après que celui-ci lui ait été réaccordé durant cette même année, étant ajouté qu'il bénéficiait déjà de l'assistance de son conseil à cette période. Ce n'est ainsi qu'en 2018, soit six ans après la naissance des premières créances, qu'il a finalement agi contre son employeur, ce qui excède largement la limite générale de trois ou quatre mois évoquée dans la partie en droit ci-dessus (cf. consid. 4c *supra*). On pourrait également se demander si ces premières créances ne sont pas frappées par la prescription, compte tenu du délai de cinq ans prévu par l'art. 128 ch. 3 CO. Ainsi, quel qu'ait été l'intérêt du recourant à rester au service de son employeur, il ne pouvait s'accommoder de ne pas faire valoir son droit aux vacances et aux congés non pris durant une aussi longue période sans risquer de se voir reprocher une violation de son obligation de diminuer le dommage.

Par surabondance, on relève que selon la jurisprudence, l'indemnité en cas d'insolvabilité ne peut être octroyée pour des indemnités de vacances qui n'ont pas été prises (cf. ATF 137 V 96 consid. 6.1). Il en va de même pour des créances en paiement d'indemnités pour des jours fériés ou des congés impayés. Par conséquent, même si le recourant avait été plus prompt à agir en vue de recouvrer le montant de sa créance, il n'aurait pu être fait droit à sa demande d'indemnité pour couvrir ses prétentions en vacances et en congés non pris.

c) Considérant ce qui précède, c'est à juste titre que l'intimée a dénié le droit du recourant à une indemnité en cas d'insolvabilité, les conditions de son octroi n'étant manifestement pas réalisées.

6. Si l'administration ou le juge, se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves fournies par les investigations auxquelles ils doivent procéder d'office, sont convaincus que certains faits présentent un degré de vraisemblance prépondérante et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation, il est alors superflu d'administrer d'autres preuves (appréciation anticipée des preuves ; ATF 144 II 427 consid. 3.1.3 ; 140 I 285 consid. 6.3.1 ; 130 II 425 consid. 2.1). En l'occurrence, le dossier est complet et permet à la Cour de céans de statuer, de sorte qu'il n'y a pas lieu de donner suite aux réquisitions du recourant tendant à son audition et à celle de témoins, étant relevé que l'intéressé a pu faire valoir son droit d'être entendu à chaque étape de la procédure.

7. a) Aux termes de l'art. 82 LPA-VD, l'autorité peut renoncer à l'échange d'écritures ou, après celui-ci, à toute autre mesure d'instruction, lorsque le recours apparaît manifestement irrecevable, bien ou mal fondé (al. 1). Dans ces cas, elle rend, à bref délai, une décision d'irrecevabilité, d'admission ou de rejet sommairement motivée (al. 2).

Le recours est en l'occurrence manifestement mal fondé, si bien qu'il sera fait application de l'art. 82 LPA-VD, le recourant ne s'étant au demeurant pas déterminé sur ce dernier point à la suite du courrier de la juge instructrice du 17 février 2020.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer de dépens, dès lors que le recourant n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA).

c) Le recourant a demandé le bénéfice de l'assistance judiciaire et la désignation d'office de son mandataire.

Le droit à l'assistance judiciaire, prévu par l'art. 61 let. f LPGA, n'est pas ouvert à la partie recourante dont les conclusions sont dépourvues de chance de succès au moment du dépôt de la requête (ATF

140 V 521). Un recours est dépourvu de chance de succès lorsque les chances de le gagner sont sensiblement inférieures aux risques de le perdre. La question déterminante est celle de savoir si une partie disposant des ressources financières nécessaires se lancerait ou non dans le procès après une analyse raisonnable de la situation (ATF 139 III 396 consid. 1.2). En l'espèce, les conclusions du recourant sont manifestement mal fondées. Dans ces conditions, l'assistance judiciaire ne peut pas lui être allouée.

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

- I.** Le recours est rejeté.

- II.** La décision sur opposition rendue le 16 octobre 2019 par le Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est confirmée.

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

- IV.** La requête d'assistance judiciaire est rejetée.

La présidente :

La greffière :

Du

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

- Me Olivier Boschetti (pour K. _____) ;
- 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 :