

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 27 juin 2023

Composition : Mme GAURON-CARLIN, présidente

M. Neu et Mme Durussel, juges

Greffière : Mme Huser

Cause pendante entre :

Y. _____, à [...] ([...]), recourant,

et

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

Art. 51 LACI

E n f a i t :

A. Par contrat du 23 mars 2020 conclu avec la société V._____SA, représentée par N._____, associé et fondateur président du Groupe V. (comprenant également les sociétés V._____consulting, V._____Invest SA et V._____Industry SA), Y._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant) devait être engagé auprès de cette société avec effet au 1^{er} juillet 2020, en qualité de « Directeur Général Associé », à 100 %, pour un salaire mensuel brut de 10'400 fr., versé 13 fois l'an. Ce dernier avait en effet répondu à une annonce, qui précisait qu'en raison de l'importance du poste, le futur « dirigeant » était associé dans la holding faîtière par une participation à son capital avec l'acquisition de 30 actions (2%) pour 88'500 fr. et que cette association était un préambule incontournable.

Avant la signature du contrat, Y._____ a fait savoir à N._____ qu'il ne pouvait pas verser plus que 8'850 fr. pour le 31 mars 2020, si bien que la date d'entrée en fonction qui était initialement prévue au 1^{er} juin 2020 a été reportée au 1^{er} juillet 2020 (cf. procès-verbal d'audition par la Police du 12 mars 2021).

Le 30 avril 2020, Y._____ a versé le solde de sa prise d'actions, c'est-à-dire 80'000 fr., à N._____ (cf. procès-verbal d'audition par la Police du 12 mars 2021).

Le 22 juin 2020, N._____ a adressé une lettre à Y._____, rédigée en ces termes (sic) :

« Objet : Démarrage des rapports de travail

Cher Y._____, Cher Associé,

En prolongement de nos derniers échanges et tout particulièrement notre visioconférence du 22 juin courant, s'agissant du contrat de travail que nous avons signé le 23 mars 2020.

L'impact de la situation sanitaire sur nos activités, l'assainissement auquel je dois procéder prochainement pour l'ensemble des structures du Groupe et le nouveau report de closing de notre cible [...] nous a conduit vous et moi à nous poser la question d'un report de nos rapports de travail.

De manière pragmatique et dans votre position d'actionnaire vous avez considéré qu'il n'était pas judicieux de démarrer un contrat de travail dans ce contexte et je salue cette position.

En conséquence, je vous confirme par la présente, tel que nous en avons convenu ensemble, que votre contrat de travail prendra finalement effet le 1^{er} septembre 2020.

Durant les semaines à venir, et tel que vous le faites depuis fin avril 2020, je vous remercie de vos prochaines actions gracieuses, au soutien des intérêts du Groupe, en votre qualité d'actionnaire membre du Comité de Direction Gouvernant.

Je vous remercie de me retourner ce courrier contre signé pour nos dossiers.

[...] »

Le 14 août 2020, V._____SA, par N._____, a dénoncé le contrat de travail.

Une plainte pénale a été déposée par Y._____ contre l'administrateur, N._____, notamment pour escroquerie par métier, ainsi qu'une procédure prud'hommale engagée visant au paiement d'arriérés de salaires, à hauteur de 28'731 fr. correspondant à la période du 16 avril au 14 août 2020.

C'est dans le cadre de la plainte pénale qu'il a déposée que Y._____ a été auditionné par la Police le 12 mars 2021. Il ressort du procès-verbal d'audition qu'il a en particulier déclaré que « [N._____] ne [lui] était redevable, contractuellement, d'aucun salaire ».

Quant à N._____, il a été entendu, le 14 juin 2021, en qualité de prévenu par le Ministère public central qui lui a rappelé qu'il était mis en cause pour escroquerie par métier pour avoir, au moyen de divers stratagèmes frauduleux, sur la base de documents contournés et dans un dessein d'enrichissement personnel, amené plusieurs personnes, dont Y._____, à acquérir des actions de diverses sociétés sous son contrôle à des prix surfaits. Plus précisément, le mode opératoire qui lui était reproché consistait à offrir aux lésés un poste à responsabilité, sous la condition d'acquérir des actions de sociétés contrôlées par lui-même, lesquelles n'étaient en réalité que des coquilles vides aux perspectives

mensongèrement présentées comme florissantes, le contrat de travail n'étant pas ou partiellement honoré.

Le 29 avril 2021, V._____SA a été déclarée en faillite et Y._____ a produit une créance salariale dans ce cadre.

Par demande du 28 juin 2021, Y._____ a requis, auprès de la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la Caisse), le versement de l'indemnité en cas d'insolvabilité, correspondant aux mois d'avril à août 2020.

Par décision du 6 août 2021, la Caisse a refusé à Y._____ l'octroi d'une telle indemnité, faute de vraisemblance des créances de salaire.

Y._____ s'est opposé à ce refus le 10 septembre 2021, faisant valoir qu'il avait effectué diverses démarches confiées par l'administrateur dans le but de conserver son contrat de travail.

Par décision sur opposition du 11 janvier 2022, la Caisse cantonale de chômage, Division juridique (ci-après : la CCCh ou l'intimée) a maintenu sa position.

B. Par acte du 9 février 2022, Y._____ a recouru auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, en concluant à l'annulation de la décision précitée. Il expose en substance avoir reçu des courriels sur une messagerie électronique de V._____SA dès le 9 avril 2020 jusqu'au 14 août 2020, correspondant à 612 échanges en quatre mois, avoir participé à des séances hebdomadaires tous les jeudis de 8h30 à 13h00, avoir assuré la maintenance du service informatique durant la crise sanitaire et avoir fait du recrutement de potentiels clients. En définitive, il considère avoir consacré plus de 200 heures par mois pour V._____SA. Il fait en outre valoir que l'administrateur a retardé sa prise officielle d'emploi mais l'a employé *de facto* dès la signature du contrat.

Dans sa réponse du 21 mars 2022, la CCCh estime que toutes les tâches effectuées par Y. _____ avant le début officiel de son contrat l'ont été en qualité d'actionnaire et associé, non en qualité de salarié, étant au surplus rappelé que la société n'a jamais réellement existé, reposant sur des titres faux.

Dans sa réplique du 25 avril 2022, le recourant maintient avoir effectivement débuté son emploi salarié dès la signature du contrat de travail. Il soutient par ailleurs que ses propos lors de l'audition par la Police (dans le cadre de la procédure pénale), selon lesquels N. _____ ne lui devait contractuellement aucun salaire – propos retenus en sa défaveur par l'intimée dans sa décision sur opposition du 11 janvier 2022 –, ont été sortis de leur contexte d'escroquerie et « ne visaient qu'à qualifier une situation administrative extorquée par l'abus de position dominante de son employeur N. _____, dans le but unique de [...] s'accaparer les économies ou les emprunts de cadres à la recherche d'un emploi sans leur verser une quelconque rémunération ». Il précise en outre qu'il a répondu à une annonce pour un emploi salarié, non pour un poste d'associé.

Par déterminations du 12 mai 2022, la CCCh a indiqué maintenir sa position.

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 30 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.

2. Le litige porte sur le droit du recourant à l'indemnité en cas d'insolvabilité pour la période du 16 avril au 14 août 2020.

3. a) Selon l'art. 51 al. 1 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 notamment lorsqu'une procédure de faillite est engagée contre leur employeur et qu'ils ont, à ce moment-là, des créances de salaire envers lui (let. a). 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 (art. 51 al. 2 LACI). 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). La seule exception à ce principe concerne les membres des conseils d'administration d'une société anonyme, car ils disposent *ex lege* (art. 716 à 716b CO [loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse - livre cinquième : droit des obligations ; RS 220]) d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI. Il en va de même, dans une société à responsabilité limitée, des associés, respectivement des associés gérants lorsqu'il en a été désigné (art. 804 ss CO), lesquels occupent collectivement une position comparable à celle du conseil d'administration d'une société anonyme. Le droit aux prestations de ces personnes peut dès lors être exclu sans qu'il soit nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'ils

exercent au sein de la société (ATF 145 V 200 consid. 4.2 ; 122 V 270 consid. 3 ; TF 8C_811/2019 du 12 novembre 2020 consid. 3.1.3 ; 8C_537/2019 du 22 octobre 2020 consid. 3.3.3 et 6.2)

Selon l'art. 52 al. 1 LACI, l'indemnité en cas d'insolvabilité 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 maximum selon l'art. 3 al. 2 LACI.

Les dispositions des art. 51ss LACI ont introduit une assurance perte de gain en cas d'insolvabilité d'un employeur, destinée à combler une lacune dans le système de protection sociale. Pour le législateur, le privilège conféré par la loi fédérale du 14 avril 1989 sur la poursuite pour dettes et la faillite aux créances de salaire (art. 219 LP ; RS 281.1) ne donnait en effet pas une garantie suffisante au travailleur, si bien qu'il était nécessaire de lui assurer la protection par le droit public, à tout le moins pendant une période limitée et déterminée. Il s'est donc agi de protéger des créances de salaire du travailleur pour lui assurer les moyens d'existence et éviter que des pertes ne le touchent durement dans son existence (Message du Conseil fédéral concernant une nouvelle loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 2 juillet 1980, FF 1980 III 532 ss. ; voir aussi Gabriel Aubert, L'employeur insolvable, *in* : Journée 1992 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1994, p. 128 ss). Comme l'indemnité en cas d'insolvabilité est en fait étrangère au système de l'assurance-chômage, elle doit se limiter à garantir la subsistance du travailleur en cas de faillite de l'employeur et ne doit de ce fait couvrir que les créances du travailleur qui, selon toute attente, auraient été payées par l'employeur solvable si les rapports de travail avaient été maintenus au cours des quatre derniers mois, conformément à l'art. 52 al. 1 LACI. En d'autres termes, le but de l'indemnité en cas d'insolvabilité est de garantir à la personne assurée le salaire sur lequel elle pouvait compter durant les quatre derniers mois de travail avant l'ouverture de la faillite (ATF 137 V 96 consid. 6.2, 6.3 et 6.5).

b) Par créance de salaire au sens de l'art. 52 al. 1 LACI, il faut en principe entendre 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), y compris les allocations dues. En tant que contrat synallagmatique, le contrat de travail oblige l'employé à fournir un travail et l'employeur à verser un salaire. Du point de vue du droit de l'assurance-chômage, la conséquence juridique est que la créance salariale est en principe liée à la prestation de travail. Certaines créances du travailleur ne peuvent donc pas être couvertes par l'indemnité en cas d'insolvabilité, qui ne couvre que des créances de salaire qui portent sur un travail réellement fourni (ATF 137 V 96 consid. 6.1 ; 132 V 82 consid. 3.1 ; 125 V 492 consid. 3b ; Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n° 6 et 7 ad art. 52 LACI). Cette jurisprudence se fonde sur le texte même de la loi et sur l'intention clairement exprimée du législateur (Message du Conseil fédéral précité, 613). La jurisprudence a assimilé à du travail fourni les cas dans lesquels le travailleur n'a pas pu fournir de travail uniquement en raison de la demeure de l'employeur d'accepter son travail au sens de l'art. 324 al. 1 CO. Dans une telle hypothèse, tant que le contrat de travail n'est pas résilié, l'employé a droit à son salaire, qui peut justifier, cas échéant, un droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité (ATF 137 V 96 consid. 6.1; 132 V 82 consid. 3.1; 111 V 269).

c) 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).

4. En l'occurrence, le contrat de travail n'avait pas encore pris effet au jour de sa résiliation, ni lors de la faillite de l'employeur. Il ressort des faits que les parties sont convenues de reporter la date d'entrée en

fonction, sans que le recourant n'allègue qu'il aurait été contraint de le faire ou que le contrat de travail apparent simulé se distinguerait d'un contrat occulte, par exemple pour ne pas verser de cotisations sociales.

A ce propos, et en dépit du contexte, il faut rappeler que le recourant a déclaré à la Police lors de son audition que la société ne lui devait aucun salaire contractuel (page 7 de son audition). A cet égard, le contexte des déclarations précitées n'a guère d'influence, à tout le moins le recourant n'expose nullement en quoi ces déclarations auraient été dictées par le contexte particulier de la procédure pénale. Or il n'est pas possible d'écarter des faits pertinents uniquement parce qu'ils ne soutiennent pas sa cause dans le cadre de sa demande d'indemnité en cas d'insolvabilité.

En l'absence d'un contrat de travail en cours et d'une créance salariale, le recourant ne saurait prétendre une indemnité en cas d'insolvabilité.

Par ailleurs, il faut constater qu'au vu des versements pour l'acquisition de parts au capital-actions, le recourant était également actionnaire de la société et devait avoir à ce titre, ainsi qu'en tant que « futur » directeur général, une position dirigeante lui permettant à tout le moins de faire son avis, au sens de l'art. 51 al. 2 LACI. Certes, l'associé principal prévenu d'escroquerie a admis avoir présenté des documents faux au recourant (cf. PV d'audition par le Ministère public central du 14 juin 2021), en sorte qu'il n'était pas aisément possible pour ce dernier de constater le véritable état financier de la société, mais il ressort du courrier du 22 juin 2020 de N._____ à Y._____, intitulé « Démarrage des rapports de travail », que le report des rapports de travail a été convenu d'entente entre les parties et que c'est même le recourant qui aurait suggéré ce report. A tout le moins, la mention d'un assainissement de V._____SA était évoquée, devant faire naître des doutes chez Y._____ sur la santé financière de la société. Partant, en sa qualité d'actionnaire associé, il devait investiguer la question et accepter de travailler que contre rémunération s'il estimait être un employé. Or le courrier du 22 juin 2020 fait également mention que le recourant aurait

accepté de travailler à titre gracieux depuis fin avril 2020. Ceci laisse sérieusement à penser qu'il ne se considérait pas comme un salarié mais bien comme un associé ayant un pouvoir décisionnel - ou du moins un pouvoir d'influence - au sein de la société.

Au demeurant, il est davantage vraisemblable - ce qui va d'ailleurs dans le sens de ses déclarations lors de son audition par la Police le 12 mars 2021 - que le recourant a fourni le travail allégué et dont l'existence n'est pas contestée (mails, séances hebdomadaires, recherche de nouveaux clients) en sa qualité d'actionnaire associé - ayant un intérêt au développement de la société - plutôt qu'en qualité de salarié. En effet, il ressort de l'audition précitée qu'il a participé aux séances hebdomadaires de comité de direction, ainsi qu'à une assemblée générale fin juin 2020, parce qu'il avait versé sa part au capital-actions (2% au total, soit 8'500 fr. fin mars et 80'000 fr. fin avril 2020). A cela s'ajoute que selon l'extrait de sa boîte de messagerie électronique professionnelle, outre des messages à contenu publicitaire, le recourant a reçu essentiellement des courriels de N._____, président du conseil d'administration, ainsi que d'autres actionnaires associés (MM.[...], [...], [...] et [...]) dont les sujets semblent concerner les comités de direction, les investisseurs et la stratégie d'entreprise. Quant à la pièce 8 produite par le recourant, attestant d'une collaboration entre l'assuré et une société de services informatiques ([...], société qui a configuré l'ordinateur portable du recourant, lequel lui avait été remis lors de la séance du comité de direction le 16 mars 2020), elle démontre certes un échange au sujet de la société V._____SA durant la période litigieuse, mais ne permet pas de qualifier la nature de la relation, c'est-à-dire si le recourant est intervenu au titre d'actionnaire associé ou de celui de directeur salarié. Il résulte ainsi des pièces au dossier, au degré de la vraisemblance prépondérante, que le recourant n'a pas déployé d'activité en qualité de travailleur salarié - au demeurant à 100 % (dans la procédure prud'hommale, il a indiqué travailler trois jours par semaine, à savoir à 60%) - mais bien dans le cadre de sa fonction d'actionnaire associé. Or, à ce titre, il n'a pas droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité.

Compte tenu de l'ensemble des éléments qui précèdent, c'est à juste titre que l'intimée a nié au recourant le droit à une indemnité en cas d'insolvabilité, fondé sur l'art. 51 al. 2 LAVS.

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

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. fbis LPGA), ni d'allouer de dépens au recourant, qui n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA; ATF 127 V 205 consid. 4b).

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

- I.** Le recours est rejeté.

- II.** La décision sur opposition rendue le 11 janvier 2022 par la Caisse cantonale de Chômage, Division juridique, est confirmée.

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

La présidente :

La greffière :

Du

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

- Y. _____,
- 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 :