

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 11 septembre 2018

Composition : Mme BRÉLAZ BRAILLARD, présidente
Mme Di Ferro Demierre et M. Neu, juges
Greffière : Mme Rochat

Cause pendante entre :

U._____, à (...), recourant, représenté par Me Férida Bejaoui Hinnen,
avocate à Genève,

et

Y._____, à Lausanne, intimée.

Art. 13, 22 et 23 LACI ; art. 37 OACI

E n f a i t :

A. U._____ (ci-après: l'assuré ou le recourant), né en [...], a exercé la fonction de directeur au sein de la société T._____ du 1^{er} juillet 2013 au 31 octobre 2016, date de son licenciement.

Il s'est inscrit le 2 novembre 2016 en tant que demandeur d'emploi à 100% auprès de l'Office régional de placement (ci-après : ORP) de [...] et a sollicité l'octroi de l'indemnité de chômage auprès de la Caisse de chômage [...] (ci-après : [...] ou la Caisse), dès cette date.

Le 14 novembre 2016, le Service de l'emploi a invité la Caisse à examiner s'il y avait lieu de nier le droit à l'indemnité de chômage de l'assuré pour contournement des dispositions relatives à la réduction de l'horaire de travail. L'assuré revendiquait des prestations de l'assurance-chômage suite à la perte de son emploi auprès de T._____, alors qu'il demeurait inscrit au Registre du commerce en qualité de directeur avec signature collective à deux de cette société.

L'inscription de l'assuré au Registre de commerce en qualité de directeur de T._____ a été radiée le 16 novembre 2016.

La Caisse a initié un examen du droit à l'indemnité chômage le 30 novembre 2016. Dans ce contexte, elle a requis de l'assuré qu'il fournisse la preuve de la perception des salaires pour toute la période travaillée auprès de T._____, un extrait de compte individuel AVS et la preuve du versement des cotisations sociales pour l'année 2016.

Par courriers des 5 et 19 décembre 2016, l'assuré a communiqué un lot de pièces à la Caisse, dont notamment un extrait de compte individuel AVS, un récapitulatif du 6 octobre 2016 des salaires versés au personnel de la société pour l'année 2015 ainsi que des relevés bancaires concernant la période du 1^{er} octobre 2014 au 19 décembre 2016.

Par décision du 21 décembre 2016, la Caisse a refusé le droit de l'assuré à l'indemnité de chômage, au motif qu'il bénéficiait d'une position assimilable à celle d'un employeur. Elle a par ailleurs relevé les éléments suivants :

"sur les relevés bancaires en notre possession, nous constatons des versements uniquement pour les mois d'octobre 2014 à février 2015, puis mai et juin 2015. La caisse constate quatre autres versements, toutefois nous ignorons à quels mois ils se reportent.

Selon un courrier, daté du 02.12.2016, l'employeur T._____ accuse des retards dans les versements des salaires depuis le mois d'août 2015.

Sur la base des pièces à disposition, la caisse doit constater que le versement de l'ensemble des salaires ne peut pas être prouvé, raison pour laquelle votre demande d'indemnité de chômage doit malheureusement être rejetée".

Le 11 janvier 2017, l'assuré s'est opposé à la décision du 21 décembre 2016. Il a conclu à son annulation au motif qu'il n'occupait aucune position dirigeante au sein de T._____ et qu'il n'était plus inscrit au Registre du commerce. A l'appui de son opposition, il a produit une attestation du 2 décembre 2016 établie par l'employeur, lequel reconnaît accuser un retard dans le versement des salaires depuis le mois d'août 2015.

A réception de l'opposition, la Caisse a procédé à un nouvel examen de la situation de l'assuré, l'invitant par courrier du 17 janvier 2017, à se déterminer sur plusieurs questions en lien avec l'activité exercée auprès de T._____ et sa position de directeur de ladite société.

L'assuré a répondu aux questions précitées le 5 février 2017 dans les termes suivants :

1. Quelles étaient vos fonctions et responsabilités auprès de la société T._____ en qualité de directeur et responsable financier ? Nous vous remercions de bien vouloir nous communiquer tous documents y afférents (cahier des charges, procuration, organigramme de la société, etc.).

T._____ J'avais effectivement le titre de directeur de la société avec des pouvoirs contrôlés et restreints. En effet, j'avais

une signature à deux et ne pouvais engager personnellement la société même pas pour un franc. Mon rôle se limitait à contrôler le travail d'un collaborateur dans le domaine de trading: échanges de messages électroniques, rédaction des offres et des demandes...

2. De quels pouvoirs disposiez-vous du fait de votre signature collective à 2 ? Nous vous remercions de bien vouloir nous communiquer tous documents y afférents (par ex.: procuration, organigramme de la société, procès-verbaux des séances des instances de direction des dernières années, etc.).

L'organigramme de la société peut se schématiser de la sorte:

- Conseil d'administration: composé des actionnaires et de l'administrateur
- Administrateur
- Directeur Général exécutif (CEO)
- Directeurs et chefs de service
- Employés

Il n'y a aucun document écrit ni cahier de charges entre la société et moi à l'exception du contrat de travail.

3. Disposiez-vous d'une participation financière au capital de la société T._____ et/ou de la société T._____ ? Si c'est le cas, disposez-vous toujours d'une telle participation ? Pour quel(s) montant (s) ? S'il y a eu cession, à quelle date est-elle intervenue ? Nous vous remercions de bien vouloir nous communiquer tous documents y afférents (dont les registres des actions).

Le pouvoir de signature à deux qui m'a été attribué n'avait de but que de rassurer les actionnaires sur les engagements que peut prendre le Directeur Général.

4. Selon les extraits du Registre du commerce, vous étiez également titulaire de pouvoirs auprès des sociétés [...] et [...], domiciliées [...] à [...] tout comme la société T._____. Quels étaient les liens entre toutes ces sociétés? Les pouvoirs détenus auprès des sociétés [...] et [...] vous conféraient-ils des pouvoirs auprès de la société T._____ ? Dispos(i)ez-vous d'actions auprès desdites sociétés ? Nous vous remercions de bien vouloir nous communiquer tous documents y afférents (par ex.: statuts des sociétés, registres des actionnaires, etc.).

Je ne possède aucune participation financière ni au capital de T._____ ni à celui de [...]A.

Effectivement comme c'était le cas pour T._____ mon rôle dans les sociétés [...] et [...] n'avait pour but que de rassurer les actionnaires sur les engagements que pourraient prendre les Directeurs Généraux. Du reste je n'avais aucune rémunération pour ces rôles. Je ne possède aucune participation dans ces sociétés et j'ai depuis été radié du registre du commerce.

5. Selon l'attestation du 02.12.2016, la société T._____ reconnaît que le paiement de vos salaires a accusé un retard depuis le mois d'août 2015 et que les salaires impayés seront acquittés dès que la trésorerie le permettra. Quels sont les salaires impayés à ce jour (merci de préciser le détail des montants et les périodes auxquelles ils se rapportent) ?

Avez-vous convenu d'un plan de paiement avec la société T._____ ? Si oui, lequel ?

Avez-vous ou comptez-vous entreprendre des démarches en vue du paiement (par ex. poursuites, procédure judiciaire...) ? Si oui, lesquelles ?

Effectivement, le retard dans le paiement de mon salaire date depuis le mois de septembre 2015.

Pour l'année 2015: de septembre à décembre 2015: montant frs 49'517,40.

Pour l'année 2016: de janvier à octobre 2016: montant frs 95'863.

Et j'ai la promesse d'être payé dès que leur trésorerie leur permettra.

Nous n'avons pas convenu d'un plan de paiement

Je n'ai pas entrepris de démarches en vue du paiement pour le moment mais je ne manquerai pas de le faire si l'attente va s'éterniser. Ce sera par voie de poursuites...

Tous les documents qui pourraient étayer ce qui précède sont en votre possession.

L'employeur a répondu aux mêmes questions le 26 avril 2017, dans les termes suivants:

1. M. U._____ occupait la fonction de CEO et était de ce fait inscrit au RC. Il avait une signature à deux.

Nous ne disposons ni de cahier des charges ni d'organigramme de la société. L'accord avec M. U._____ découle de son contrat de travail comme pour les autres employés de la société.

2. M. U._____ ne possède aucune action dans le capital de la société. Le pouvoir de M. U._____ consistait à veiller au bon déroulement des activités de la société. Ci-joint statuts de La Société.

3. M. U._____ ne dispose d'aucune participation ni au sein de T._____ ni au sein de [...].

4. Les différentes sociétés domiciliés au [...], telles [...] et [...] sont des sociétés indépendantes l'une de l'autre et n'ont aucune relation commerciale entres elles.

5. Oui nous reconnaissons devoir à M. U._____ un arriéré de paiement de salaire puis le mois d'août 2015 et espérons pouvoir s'en acquitter dès que notre trésorerie le permettra.

Les salaires impayés sont: du 1.09.2015 au 31.12.2015: 4x15'384 + la moitié du 13^{ème} salaire soit 7'692, et du 1.01.2016 au 31.10.2016: 10x11'166. Durant la période de travail de M. U. _____ en 2016, nous lui avons versé le montant de 29'000 frs.
Nous n'avons pas convenu d'un plan de paiement avec l'assuré.

T. _____ a par ailleurs répondu aux questions complémentaires suivantes:

6. Pourquoi avez-vous établi des bulletins de salaire afférents à des mois non payés tout en mentionnant que les montants nets y figurant avaient été versés (cf. bulletins de salaires de novembre 2015 à septembre 2016) ?

Les fiches de salaires étaient établies par la fiduciaire qui n'était pas au courant des liquidités de la société ni de la ponctualité des paiements.

Selon les relevés bancaires communiqués les salaires suivants ont été payés à compter du 22.11.2014 (cf. tableau ci-dessous); nous vous remercions de nous préciser les périodes auxquelles correspondent les paiements intervenus (en complétant et /ou en corrigeant le tableau ci-dessous):

Date de paiement	Montant payé	Période à laquelle correspond le paiement
09.12.2014	CHF 11'879.40	Novembre 2014
10.12.2014	CHF 11'879.40	Juillet 2014
24.12.2014	CHF 20'265	Décembre 2014
23.01.2015	CHF 11'879.40	Janvier 2015
24.02.2015	CHF 11'879.55	Février 2015
03.07.2015	CHF 19'060.85	Juin 2015
06.07.2015	CHF 11'879.40	Mai 2015
22.09.2015	CHF 11'879.55	?
05.02.2016	CHF 11'879.40	?

Le tableau énumérant les transferts en faveur du compte de M. U. _____ correspondent bien à l'acquittement total ou partiel de mois de salaires souvent impayés.

7. Les salaires des autres salariés de la société T. _____ ont-ils pu être payés ?

Les autres salariés de T. _____ ont tous été licenciés.
A ce jour nous n'avons pas pu payer les arriérés des salaires de certains employés.

Par courrier du 8 mai 2017, la Caisse a adressé deux questions supplémentaires à l'assuré, lequel y a répondu le 15 mai 2017, selon les termes suivants:

1. Au point 5, la société T. _____ indique vous avoir versé la somme de CHF 29'000 durant la période de travail en 2016. Quand est-ce que cette somme vous a été payée ? A quelle(s) période(s) correspond-elle ?

Effectivement la Société T. _____ m'a bien payé frs. 29'000.- durant l'année 2016. Cette somme représente le paiement partiel de certains arriérés de salaires pour l'année 2015.

2. D'autres paiements sont-ils intervenus depuis ? Si oui, pour quels montants ? pour quelles périodes de travail ?

Aucun autre paiement n'a été effectué depuis.

Par courrier du 24 mai 2017, l'assuré a précisé que le montant de 29'000 fr. avait été versé en trois fois durant l'année 2016. Il a joint à son courrier un relevé bancaire attestant de deux virements (11'879 fr. 40 le 5 février 2016 et 5'000 fr. le 12 octobre 2016) ainsi qu'un reçu de paiement en espèce établi par l'employeur le 21 juin 2016 pour une somme 10'000 francs.

Le 30 mai 2017, la Caisse a procédé à de nouvelles instructions auprès de l'employeur afin qu'il soit répondu aux questions suivantes :

1. Dans l'attestation établie le 02.12.2016, il est mentionné que votre société a un plan d'arrangement de paiement avec [...]. Nous vous remercions de bien vouloir nous transmettre les documents justificatifs afférents à cet arrangement.

2. Tableau à compléter concernant le paiement des salaires de Monsieur U. _____ :

Période	Date de paiement	Montant payé	Documents justificatifs à disposition de la Caisse
Novembre	09.12.2014	CHF	Relevé bancaire
Juillet 2014	10.12.2014	CHF	Relevé bancaire
Décembre	24.12.2014-	CHF 20'265	Relevé bancaire
Janvier	23.01.2015	CHF	Relevé bancaire
Février	24.02.2015	CHF	Relevé bancaire
Mai 2015	06.07.2015	CHF	Relevé bancaire
Juin 2015	03.07.2015	CHF	Relevé bancaire
?	22.09.2015	CHF	Relevé bancaire
?	05.02.2016	CHF	Relevé bancaire
?	?	CHF 10'000	?

?	12.10.2016	CHF 5'000	Relevé bancaire
---	------------	-----------	-----------------

3. Selon le reçu de paiement établi le 21.06.2016, vous avez versé à Monsieur U._____ un montant de CHF 10'000. Nous vous remercions de bien vouloir nous transmettre tous documents justificatifs y afférents attestant du paiement effectif, de la date du paiement et du salaire correspondant. Si ce paiement a été fait en espèces, nous vous remercions de bien vouloir nous indiquer pour quel motif vous avez procédé ainsi alors que tous les autres paiements ont été faits par virement bancaire.

4. Enfin, vous indiquez avoir versé à Monsieur U._____ le montant total de CHF 29'000 en 2016. Or, même en prenant en considération le montant de CHF 10'000 – sans justificatif pour le moment – nous ne parvenons pas à ce montant mais à un montant inférieur (CHF 11'879.40 + CHF 10'000 + CHF 5'000 = CHF 26879.40).

Comment calculez-vous le montant de CHF 29'000 ?

Si d'autres montants ont été versés, nous vous remercions de bien vouloir compléter le tableau ci-dessus en les y mentionnant et nous joindre tout justificatif.

Par courrier du 8 juin 2017, T._____ a apporté les réponses suivantes à la Caisse:

"Pour donner suite à votre lettre susmentionnée, nous vous prions de noter ce qui suit :

1. Le tableau n'était pas complété car les montants payés le 22.09 2015, le 05.02.2016, le 21.06.2016 et le 12.10.2016 sont des montants en paiement d'arriérés sur salaire, malgré ces différents paiements nous restons devoir à M U._____ d'autres arriérés que nous allons déterminer en réconciliation le moment venu.

2. Il est vrai que nous avons sollicité un plan d'arrangement de paiement avec [...] alors que nous escomptions des paiements de la part de clients débiteurs, mais n'ayant rien reçu et en l'absence de toute liquidité nous n'avons pas pu établir de plan.

3. Veuillez trouver ci-joint copie du reçu de paiement des 10.000 frs payés Cash. Cela a été fait de cette manière car nos ordres de transfert n'étaient plus toujours exécutés par la banque.

4. La différence entre les frs 29'000 déclarés et le montant de 26'879,40 payés constitue des retenues de charges sociales.

Il n'y a pas eu d'autres montants payés.

Le 30 mai 2017 également, la Caisse a demandé des informations complémentaires à l'assuré, l'invitant notamment à répondre aux questions suivantes:

"Si vous nous avez confirmé que les paiements intervenus en 2016 correspondaient à des arriérés de salaire de 2015, vous ne nous avez pas indiqué comme nous le demandions, les périodes de salaire concernées. Par ailleurs, nous ne parvenons pas au montant de CHF 29'000 que vous dites avoir reçu en 2016 mais à un montant inférieur.

Dès lors, afin de pouvoir compléter les informations en notre possession, nous vous saurions gré de bien vouloir remplir de manière complète le tableau ci-dessous, **d'ici au 07.06.2017.**

Période	Date de paiement	Montant payé	Documents justificatifs à disposition de la Caisse
Novembre	09.12.2014	CHF 11'879.40	Relevé bancaire
Juillet 2014	10.12.2014	CHF 11'879.40	Relevé bancaire
Décembre	24.12.2014	CHF 20'265	Relevé bancaire
Janvier 2015	23.01.2015	CHF 11'879.40	Relevé bancaire
Février 2015	24.02.2015	CHF 11'879.55	Relevé bancaire
Mai 2015	06.07.2015	CHF 11'879.40	Relevé bancaire
Juin 2015	03.07.2015	CHF 19'060.85	Relevé bancaire
?	22.09.2015	CHF 11'879.55	Relevé bancaire
?	05.02.2016	CHF 11'879.40	Relevé bancaire
?	?	CHF 10'000	? (reçu de paiement non suffisamment probant)
?	12.10.2016	CHF 5'000	Relevé bancaire

Nous vous remercions par ailleurs, dans le même délai, de bien vouloir répondre aux questions ci-dessous et nous transmettre tous documents justificatifs y afférents :

1. Selon le reçu de paiement établi le 21.06.2016, la société T. _____ vous a versé un montant de CHF 10'000. Nous vous remercions de bien vouloir nous transmettre tous documents justificatifs attestant du paiement effectif, de la date dudit paiement et du salaire correspondant. Vous avez indiqué que ce paiement a été fait en espèces. Pour quel motif il a été procédé ainsi alors que tous les autres paiements ont été faits par virement bancaire ? Le montant de CHF 10'000 est conséquent. Ne l'avez-vous pas déposé sur votre compte bancaire ? Si c'est le cas, nous vous remercions de bien vouloir nous transmettre le relevé bancaire y afférent.

2. Vous indiquez avoir reçu le montant total de CHF 29'000 en 2016. Or, même en prenant en considération le montant de CHF 10'000 – sans justificatif suffisant pour le moment – nous ne parvenons pas à ce montant mais à un

**montant inférieur (CHF 11'879.40 + CHF 10'000 + CHF 5'000 = CHF 26879.40).
Comment calculez-vous le montant de CHF 29'000 ?**

3. Vos créances envers la société T. _____ remontent au mois de septembre 2015. Compte tenu du long délai écoulé, avez-vous entrepris des démarches pour recouvrer vos créances ?

Si c'est le cas, lesquelles ? Nous vous remercions de nous joindre tous documents justificatifs y afférents.

Si ce n'est pas le cas, pour quel motif n'agissez-vous pas ? et ce, alors même que vous avez-vous-même des arriérés auprès des impôts (cf. plan de recouvrement du 21.09.2016, courrier de l'Office d'impôt du district de [...] du 05.12.2016) ?

L'assuré s'est déterminé dans un courrier du 12 juin 2017. Il a notamment indiqué que son ancien employeur n'avait pas précisé à quels mois se rapportaient les arriérés de salaires versés en 2016. Il lui avait expliqué que le montant de 10'000 fr. était payé en espèce car la société n'était pas en mesure d'effectuer des versements électroniques. Il n'avait entrepris aucune action à l'encontre de la société car il n'en avait pas les moyens et son employeur ne cessait de lui promettre que sa créance serait acquittée dès que la situation financière serait meilleure.

Le 26 juin 2017, la Caisse a demandé à l'employeur de répondre à diverses questions, ce que la société a fait le 3 juillet 2017:

1. Vous nous avez indiqué que l'assuré avait occupé les fonctions de CEO au sein de la société T. _____. Selon son contrat de travail et l'extrait du registre du commerce, il occupait les fonctions de directeur. Sur le formulaire « Attestation de l'employeur », vous avez indiqué qu'il travaillait en qualité de Responsable financier.

Merci de bien vouloir nous indiquer quelles étaient les fonctions effectives de l'assuré : CEO ou Directeur (de quelle organisation/unité ?) ou Responsable financier ?

M. U. _____ occupait les fonctions de "Chief Operations officer".

2. Combien d'employés comptait la société T. _____ ?

La société T. _____ A comptait 4 employés.

3. Vous nous avez indiqué ne pas avoir d'organigramme de la société T. _____.

Selon l'assuré, l'organigramme était le suivant :

Conseil d'administration : composé des actionnaires et de l'administrateur

Administrateur

Directeur général exécutif (CEO)

Directeurs et chefs de service

Employés.

Nous vous remercions de bien vouloir nous le confirmer ou, dans le cas inverse, établir l'organigramme de la société T._____.

Quel était le positionnement de l'assuré dans cet organigramme (CEO ou Directeur/chef de service ? de quel service ?).

Nous confirmons l'organigramme que vous avez mentionné. M. U._____ était directeur commercial et administratif.

4. Quelles étaient les tâches effectives de l'assuré auprès de la société T._____ dans le cadre de ses fonctions ?

M. U._____ s'occupait de marketing: recherche de clients et de fournisseurs, et s'acquittait de tâches administratives, notamment le traitement du courrier.

5. Quels étaient ses pouvoirs décisionnels auprès de la société T._____ en interne et vis-à-vis de l'extérieur ?

Il n'avait pas de pouvoir décisionnel réel. Même vis-à-vis des clients et des fournisseurs la décision finale revenait à la direction générale.

6. Comment se prenaient les décisions engageant la société T._____ ? Quel était le processus décisionnel ?

Les décisions qui engagent la société sont généralement prises par l'Administrateur ou le directeur général ou par les deux conjointement.

7. Merci de nous joindre les procès-verbaux des séances des instances de direction / Assemblée générale / Conseil d'administration des deux dernières années.

Il n'y avait pas de PV tenus lors des séances de la direction.

8. Vous n'avez pas complété le tableau relatif aux paiements des salaires de l'assuré.

Période	Date de paiement	Montant payé	Documents justificatifs à disposition de la Caisse
Novembre	09.12.2014	CHF	Relevé bancaire
Juillet 2014	10.12.2014	CHF	Relevé bancaire
Décembre	24.12.2014	CHF 20'265	Relevé bancaire
Janvier 2015	23.01.2015	CHF	Relevé bancaire
Février 2015	24.02.2015	CHF	Relevé bancaire
Mai 2015	06.07.2015	CHF	Relevé bancaire
Juin 2015	03.07.2015	CHF	Relevé bancaire
?	22.09.2015	CHF	Relevé bancaire
?	05.02.2016	CHF	Relevé bancaire

?	?	CHF 10'000	?
?	12.10.2016	CHF 5'000	Relevé bancaire

Vous nous avez indiqué que les montants payés le 22.09.2015, le 05.02.2016, le 21.06.2016 et le 12.10.2016 étaient des montants en paiements d'arriérés sur salaire sans nous préciser de quels salaires il s'agit. Vous nous avez également indiqué que malgré ces différents paiements vous restiez devoir à l'assuré d'autres arriérés que vous alliez déterminer en réconciliation le moment venu.

Les 3 derniers montants payés sont destinés à éponger ce qui est dû à M. U. _____ à titre d'arriérés de salaires et c'est certainement qui se rapportent à l'année 2015.

8.1. Etes-vous aujourd'hui en mesure de nous indiquer à quels salaires correspondent les paiements susmentionnés ? Si oui, de quels salaires s'agit-il ?

8.2. Sinon, quand allez-vous déterminer les salaires payés et les salaires restant dû ?

Nous sommes en négociation avec nos clients pour récupérer nos créances faute de trouver une solution rapide nous pensons engager des actions judiciaires pour récupérer nos créances. Nous osons espérer que d'ici la fin de l'année 2017 nous trouverons une solution à la créance de M. U. _____.

Par décision sur opposition du 10 août 2017, la Caisse a partiellement confirmé sa décision du 21 décembre 2016. Elle a considéré que l'assuré ne disposait pas d'un pouvoir décisionnel au sein de la société lui conférant une position assimilable à celle de l'employeur. En revanche, la Caisse a retenu que l'assuré n'avait pas perçu de salaire effectif au-delà du mois d'octobre 2015 et que le gain assuré, qui se calculait sur la période des six à douze derniers mois précédant la fin des rapports de travail, était nul. En conséquence, l'assuré n'avait pas droit à l'indemnité de chômage.

B. Par acte du 13 septembre 2017, U. _____, représenté par son conseil Me Férida Bejaoui Hinnen, a recouru auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal à l'encontre de la décision sur opposition du 10 août 2017, concluant à son annulation et à l'octroi de l'indemnité journalière de chômage dès le 22 novembre 2016. La reconnaissance de dettes établie par T. _____ le 11 septembre 2017 qu'il produit, apporte selon lui les éléments déterminants pour le calcul du gain assuré. Le fait qu'il n'a pas encore perçu de salaire en 2016 n'est pas

déterminant, dans la mesure où il n'a pas à souffrir de l'insolvabilité de son employeur ni de sa mauvaise gestion. Il indique par ailleurs avoir déposé une requête de conciliation auprès des Tribunal des prud'hommes, en paiement de l'arriéré de salaire du pour les années 2015 et 2016.

Dans sa réponse du 28 septembre 2017, l'intimée a proposé le rejet du recours, indiquant en particulier que le recourant n'avait pas apporté d'éléments de fait ou d'arguments nouveaux de nature à remettre en cause la décision entreprise.

Par courrier du 13 novembre 2017, le recourant a rappelé qu'il avait produit de nouvelles pièces dans le cadre de son recours, dont une reconnaissance de dette portant sur les arriérés de salaire dus par l'employeur et la preuve qu'il avait actionné son ancien employeur en justice en paiement desdits salaires.

Le 8 décembre 2017, l'intimée a relevé que l'action prud'homale entreprise par le recourant était effectivement un élément de fait nouveau. Elle maintenait cependant la proposition de rejet du recours, précisant que la révision de la décision sur opposition était ouverte en tout temps, selon l'issue de la procédure et pour autant que l'assuré actionne son ancien employeur au titre du paiement des salaires et non pas d'une simple reconnaissance de dettes.

Le 12 janvier 2018, le recourant a exposé que la requête de conciliation déposée auprès des Prud'hommes portait sur le paiement des arriérés de salaires et non sur l'obtention d'une reconnaissance dette, contrairement à ce qu'indiquait l'intimée dans son courrier du 8 décembre 2017. Le recourant a par ailleurs produit un courrier du greffe des Prud'hommes du 25 septembre 2017 dont il ressort que sa requête de conciliation du 11 septembre 2017 est irrecevable. La société T. _____ avait été radiée du registre du commerce le 4 juillet 2017, à la suite de l'ouverture d'une procédure de faillite. Le recourant a requis l'audition de [...] et [...], deux anciens employés de T. _____, en qualité de témoins.

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 ; RSV 173.36]) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

2. a) En procédure juridictionnelle administrative, ne peuvent être examinés et jugés que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée préalablement d'une manière qui la lie, sous la forme d'une décision. La décision détermine ainsi l'objet de la contestation qui peut être déféré en justice par voie de recours. Si aucune décision n'a été rendue, la contestation n'a pas d'objet et un jugement sur le fond ne peut pas être prononcé (ATF 134 V 418 consid. 5.2.1). Dans le même sens, les conclusions qui vont au-delà de l'objet de la contestation, tel que défini par la décision litigieuse, sont en principe irrecevables (ATF 142 I 155 consid. 4.4.2 ; 134 V 418 consid. 5.2.1).

b) Le litige porte en l'occurrence sur le droit du recourant à l'indemnité de chômage dès le 2 novembre 2016. Se pose plus singulièrement la question de savoir s'il remplit les conditions relatives à

la période de cotisation et s'il peut justifier d'un gain assuré pour le calcul des indemnités de chômage.

La Caisse a retenu que l'assuré n'occupait pas, au sein de la société T._____, une position assimilable à celle d'un employeur. L'examen des pièces aux dossiers permet cependant d'en douter. Cela étant, la question peut rester ouverte, vu l'issue du litige.

3. a) L'art. 8 al. 1 LACI énumère les conditions, cumulatives, dont dépend le droit à l'indemnité de chômage. Ainsi, pour avoir droit à dite indemnité, l'assuré doit notamment remplir les conditions relatives à la période de cotisation ou en être libéré (let. e). Remplit ces conditions celui qui a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation dans les limites du délai-cadre de cotisation, à savoir les deux ans précédant le premier jour où toutes les conditions du droit à l'indemnité sont réunies (art. 13 al. 1 et 9 al. 1 à 3 LACI).

Par activité soumise à cotisation, il faut entendre toute activité de l'assuré destinée à l'obtention d'un revenu soumis à cotisation pendant la durée d'un rapport de travail (Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz [AVIG], vol. I, n. 8 ad art. 13 LACI, p. 170). Cela suppose l'exercice effectif d'une activité salariée suffisamment contrôlable (ATF 133 V 515 consid. 2.4 et les références citées).

En vue de prévenir les abus qui pourraient advenir en cas d'accord fictif entre l'employeur et un travailleur au sujet du salaire que le premier s'engage contractuellement à verser au second, la jurisprudence considère que la réalisation des conditions relatives à la période de cotisation (art. 8 al. 1 let. e et art. 13 LACI) présuppose qu'un salaire a été réellement versé au travailleur (DTA 2001 p. 228, TFA C 329/00 du 20 février 2001).

b) Selon la jurisprudence, la preuve qu'un salaire a bel et bien été versé à l'assuré n'est pas décisive en ce qui concerne la preuve de l'exercice effectif de l'activité salariée ; le versement d'un salaire effectif

ne constitue qu'un indice (ATF 133 V 515 consid. 2.3). Il appartient toutefois à la personne qui revendique l'indemnité de chômage d'indiquer clairement quelles étaient ses activités et de tenter d'obtenir auprès de son ex-employeur les documents nécessaires permettant de rendre l'exercice de l'activité alléguée vraisemblable (TF 8C_765/2009 du 2 août 2010). Dans le cas où le travailleur n'a pas de lien de parenté avec son employeur et n'occupe pas une position assimilable à celle d'un employeur, l'attestation d'employeur, ainsi que les décomptes de salaire, suffisent en règle générale à prouver l'existence d'une activité soumise à cotisation. Les exigences sont plus strictes lorsque la relation de travail implique des parents ou a pour cadre une entreprise au sein de laquelle l'employé occupe une position assimilable à celle d'un employeur (ATF 131 V 444 ; Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Zurich 2014, ad art. 13 n. 19, p. 124).

c) En ce qui concerne la preuve, le juge des assurances sociales 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. Aussi n'existe-t-il 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 319 consid. 5a).

4. En l'occurrence, le recourant a sollicité l'octroi des indemnités de chômage dès le 2 novembre 2016. Le délai-cadre de cotisation s'étend donc du 2 novembre 2014 au 1^{er} novembre 2016, ce que le recourant ne conteste pas.

Durant ce laps de temps, l'assuré était employé auprès de la société T._____ en qualité de directeur. Les relevés bancaires produits dans le cadre de l'instruction menée par l'intimée montrent que les salaires des mois de novembre 2014 à juin 2015 ont été versés par l'employeur. Des paiements sont encore intervenus les 22 septembre 2015 et 5 février 2016 (2x 11'879 fr), le 21 juin 2016 (10'000 fr. en

espèce) et le 12 octobre 2016 (5'000 fr.). Au terme de son instruction, la Caisse n'a pas été en mesure de savoir précisément à quelles périodes se rapportaient ces paiements. Il ressort néanmoins de la décision sur opposition qu'elle a imputé le versement du 22 septembre 2015 au salaire du mois de juillet 2015, celui du 5 février 2016 au salaire du mois d'août 2015, celui du 21 juin 2016 au salaire du mois de septembre 2015 et celui du 12 octobre 2016 au salaire des mois de septembre et octobre 2015 (cf. décision sur opposition, point 32). Cette manière de procéder n'est pas critiquable, et n'est d'ailleurs pas contestée par le recourant.

Ces montants permettent de retenir comme établi au degré de la vraisemblance prépondérante l'exercice d'une activité soumise à cotisation durant douze mois au moins (de novembre 2014 à octobre 2015), de sorte que les conditions relatives à la période de cotisation sont remplies (cf. art. 13 LACI).

Reste néanmoins à déterminer si les autres conditions à l'octroi de l'indemnité journalière sont remplies.

5. a) D'après l'art. 22 al. 1 LACI, l'indemnité journalière pleine et entière s'élève à 80% du gain assuré, ou à 70% pour les personnes visées à l'art. 22 al. 2 LACI.

b) Aux termes de l'art. 23 al. 1 première phrase LACI, est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence, y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement, dans la mesure où elles ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail.

Entrent ainsi notamment dans les composantes du gain assuré au sens de l'art. 23 al. 1 LACI, le salaire de base, au mois, à l'heure ou à la tâche, y compris le salaire ou l'indemnisation en cas de maladie, d'accident ou d'invalidité, les prestations en nature, au maximum

jusqu'aux montants fixés dans la législation sur l'AVS, le 13^{ème} salaire et les gratifications, si l'assuré les a effectivement touchés ou s'il a intenté une action judiciaire pour faire reconnaître des prétentions qu'il a rendues crédibles - et ce indépendamment du fait qu'elles puissent faire ou non l'objet d'une action en justice - les commissions et les primes (rendement, fidélité), pour autant qu'elles aient été versées normalement et régulièrement (Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n° 10 et 11 *ad* art. 23 LACI).

Par salaire normalement obtenu au sens de l'art. 23 al. 1 LACI, il faut entendre la rémunération touchée effectivement par l'assuré. Le salaire contractuel n'est déterminant que si les parties respectent sur ce point les clauses contractuelles. Il s'agit en effet d'éviter des accords abusifs selon lesquels les parties conviendraient d'un salaire fictif qui, en réalité, ne serait pas perçu par le travailleur : un salaire contractuellement prévu ne sera dès lors pris en considération que s'il a réellement été perçu par le travailleur durant une période prolongée, sans faire l'objet de contestations (ATF 131 V 444 consid. 3.2 ; TF 8C_913/2011 du 10 avril 2012 consid. 3.1 ; C 155/06 du 3 août 2007 consid. 3.2). En cela, les exigences de preuve concernant l'exercice effectif d'une activité soumise à cotisation ne sont pas exactement superposables à celles applicables à la détermination du gain assuré. En effet, sous l'angle de l'application de l'art. 23 LACI, ou bien l'assuré établit la réalité d'un salaire soumis à cotisations et ce salaire est pris en compte au titre du gain assuré, ou bien il n'y parvient pas et le revenu allégué ne peut pas être pris en considération dans le calcul du gain assuré. Il n'y a pas de solution médiane. Il peut ainsi arriver que l'exercice effectif d'une activité soit établi mais que les montants que l'assuré prétend avoir perçus ne soient pas prouvés, et ce pour une période identique, ce qui pourra entraîner en définitive la négation du droit (cf. Rubin, *op. cit.*, n° 22 *ad* art. 13 LACI, p. 125).

c) L'art. 37 OACI précise que le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (al. 1). Il est déterminé sur la base du salaire

moyen des douze derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation si ce salaire est plus élevé que le salaire moyen visé à l'al. 1 (al. 2). La période référence commence à courir le jour précédant le début de la perte de gain à prendre en considération quelle que soit la date de l'inscription au chômage. A ce jour, l'assuré doit avoir cotisé douze mois au moins pendant le délai-cadre applicable à la période de cotisation (al. 3). Lorsque le salaire varie en raison de l'horaire de travail usuel dans la branche, le gain assuré est calculé conformément aux al. 1 à 3, mais au plus sur la moyenne annuelle de l'horaire de travail convenu contractuellement (al. 3bis).

6. a) En l'occurrence, l'intimée a retenu que le recourant n'avait perçu aucun salaire effectif durant la période des douze mois qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (cf. art. 37 OACI), de sorte que le gain assuré était nul. Par conséquent, le recourant ne pouvait prétendre à des indemnités-journalières.

b) Selon les décomptes de salaire produits par l'assuré, son salaire mensuel brut s'élevait, durant l'année qui a précédé l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation, soit du 1^{er} novembre 2015 au 31 octobre 2016, à 11'166 fr. 65. Ces bulletins de salaire ne suffisent cependant pas à établir que les montants y figurant ont "effectivement été versés" à l'assuré (cf. consid. 5 supra). C'est ainsi à juste titre que l'intimée a procédé à un examen particulièrement attentif et rigoureux des montants à prendre en considération dans le calcul du gain assuré et a exigé des documents complémentaires, tels qu'extraits de comptes bancaires, de nature à exclure la présence de tout salaire fictif.

L'examen des décomptes bancaires fournis par l'assuré montre qu'en 2016 seuls deux versements proviennent de l'employeur (le 5 février et le 12 octobre 2016). De même, pour l'année 2015, seuls six versements de salaire apparaissent sur les décomptes bancaires. Dans ce contexte, le Caisse a soumis à l'assuré ainsi qu'à l'employeur, une série de questions (cf. questionnaires des 5 février, 8 et 30 mai et 26 juin 2017) afin de déterminer quels salaires avaient été effectivement perçus par

l'intéressé. L'employeur a ainsi reconnu qu'il accusait un retard dans le versement des salaires du recourant depuis le mois d'août 2015 (cf. attestation du 2 décembre 2016 établie par T._____). Il a précisé dans un courrier du 26 avril 2017 que les salaires de septembre 2015 à octobre 2016 n'avaient pas été payés, ce qui rejoint les déclarations de l'assuré (cf. courrier du 5 février 2017). Dans ce même courrier, l'employeur a ajouté qu'un montant de 29'000 fr. avait été versé en faveur de l'assuré en 2016. Sur ce point, la Caisse a établi à satisfaction que ce montant avait été effectivement perçu par l'assuré, en trois fois, le 5 février 2016 (11'879 fr. 40), le 12 octobre 2016 (5'000 francs ; cf. relevés bancaires UBS établis le 19 décembre 2016) et le 21 juin 2016 (10'000 fr. versé en espèce ; cf reçu du 21 juin 2016 établi par T._____). Ces versements ont été imputés aux salaires d'août à septembre 2015 (supra consid. 4). L'assuré a quant à lui confirmé que les montants perçus en 2016 représentaient des avances sur des arriérés de salaires pour l'année 2015 (courrier du 24 mai 2017 à la Caisse).

Il découle de ce qui précède que l'employeur n'a effectivement pas payé l'entier des salaires dus au recourant et qu'en particulier, l'ensemble des montants versés jusqu'au 31 octobre 2016 (date du licenciement) concernaient des arriérés de salaires dus pour l'année 2015. A cet égard, l'instruction menée par l'intimée a permis d'établir que le dernier salaire entièrement acquitté était celui du mois de septembre 2015, celui d'octobre 2015 ne l'étant que très partiellement. Force est dès lors d'admettre que durant les six mois (art. 37 al. 1 OACI), respectivement les douze mois (art. 37 al. 2 OACI) qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation, à savoir entre le 1^{er} mai 2016 et le 31 octobre 2016 ou entre le 1^{er} novembre 2015 et le 31 octobre 2016, le recourant n'a perçu aucun salaire effectif, ce qui n'est contesté par aucune des parties. D'ailleurs, le recourant ne démontre pas avoir effectivement travaillé pour le compte de l'employeur durant cette période. Il en découle que le recourant ne peut faire valoir aucun gain assuré pour le calcul des indemnités journalières, de sorte qu'il n'a pas droit auxdites indemnités (cf. art. 22 LACI).

c) Au surplus, le fait que l'assuré a déposé une requête de conciliation auprès du Tribunal des Prud'hommes en paiement des arriérés de salaires est sans pertinence. En effet, la société T._____ était déjà radiée à la date de la requête, de sorte que celle-ci a été déclarée irrecevable. Les perspectives de recouvrer les salaires impayés sont ainsi nulles, sous réserve pour l'assuré d'avoir produit sa créance dans le cadre de la faillite de son employeur, ce qu'il n'a pas allégué. Enfin, la reconnaissance de dette, produite sur recours par le recourant, a été établie par T._____ le 11 septembre 2017, alors qu'elle était déjà radiée du Registre du commerce. Ce document, qui n'a donc aucune forme de valeur, n'apporte pas d'élément utile à la cause du recourant.

7. En conclusion, le recours doit être rejeté et la décision sur opposition entreprise confirmée. Le gain assuré déterminant pour le calcul des indemnités journalières du recourant est nul, de sorte qu'il ne peut prétendre au versement desdites indemnités. Il a y lieu de renoncer aux mesures d'instruction requises par le recourant, lesquelles ne permettraient pas de statuer différemment (ATF 119 V 335 consid. 3c; 124 V 90 consid. 4b ; TF 9C_382/2008 du 22 juillet 2008 consid. 3).

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. 55 LPA-VD et art. 61 let. g LPGA *a contrario*).

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

- I. Le recours est rejeté.

- II. La décision sur opposition du 10 août 2017 rendue par la Caisse de [...] est confirmée.

- III. Il n'est pas perçu de frais de justice 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 :

- Me Férida Bejaoui Hinnen (pour U. _____), à Genève,
- Caisse de chômage [...], à [...],
- Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), à Berne,

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 :