

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 11 novembre 2021

Composition : M. PIGUET, juge unique
Greffier : M. Germond

Cause pendante entre :

T. _____, au [...], recourant,

et

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

Art. 51 al. 1 let. a, 52 al. 1, 53 al. 1 et 55 al. 1 LACI

E n f a i t :

A. T._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant) a travaillé au service de la société H._____ SA depuis le 1^{er} décembre 2017. Le contrat de travail de durée indéterminée, signé par les parties le 1^{er} décembre 2017, prévoyait une rémunération mensuelle nette de 6'000 fr., versée douze fois l'an.

Le 16 janvier 2020, la société H._____ SA a été déclarée en faillite, ce qui a fait l'objet d'une publication à la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) le 27 janvier 2020.

Dans le cadre de la procédure de faillite de H._____ SA, T._____ a produit le 10 mars 2020 une créance salariale d'un montant de 33'626 fr. qui correspondait à quatre mois de salaires impayés d'octobre 2019 à janvier 2020 ainsi qu'à un solde de douze jours de vacances en sa faveur.

Le 16 mars 2020, il a présenté une demande d'indemnité en cas d'insolvabilité pour une créance de salaire de 29'240 fr. pour les mois d'octobre 2019 à janvier 2020 (soit quatre mois de salaire à 7'310 fr.) ainsi qu'une créance pour un solde de vacances de 4'386 francs.

Par décision du 17 juin 2020, la Caisse cantonale de chômage (ci-après la Caisse ou l'intimée) a rejeté cette demande, au motif que T._____, par sa fonction de directeur avec signature individuelle de la société faillie H._____ SA, faisait partie du cercle des personnes dirigeantes exclues du droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité.

Par décision sur opposition du 4 mars 2021, la Caisse a admis l'opposition formée le 3 juillet 2020 par T._____ et annulé la décision rendue le 17 juin 2020.

Dans un courrier du 12 mars 2021, T._____ a, en réponse à des questions de la Caisse, notamment exposé n'avoir effectué aucune

démarche en vue d'obtenir le paiement de ses salaires auprès de son employeur et avoir travaillé jusqu'au 31 janvier 2020 pour la préparation du sursis concordataire de la société, avec la précision qu'il « y a eu production dans la masse en faillite ».

Il a également transmis un courrier du 26 mars 2021 de l'employeur, dont il ressort notamment ce qui suit :

Cher T. _____,

Je fais suite par écrit à ton appel de ce jour, et aussi de ma surprise quant à ta situation personnelle, et tous ces tracasseries administratives.

Je te confirme en effet, que tu m'as bien sollicité à plusieurs reprises (de vive voix au bureau, ou oralement par divers appels) concernant tes impayés de salaires (pour les mois d'Octobre 2019 à Janvier 2020).

Ma réponse et demande a alors été la suivante : celle de bien vouloir patienter en vue **d'un sursis concordataire** qui me permettrait de régulariser les arriérés de salaires, aussi bien les tiens que ceux de l'ensemble des employés.

Je t'ai alors fait part des contrats et montants entrants à venir en toute transparence afin que tu continues à me seconder et ce malgré les salaires impayés en vue de l'obtention de ce sursis concordataire qui m'aurait permis de maintenir ton poste, régler tes salaires arriérés et remettre à flots la société ainsi qu'aux autres collaborateurs aussi.

Je te remercie sincèrement d'avoir cru en moi et au devenir de la société.

Malheureusement, mes projections et espérances n'avaient pas tenues compte de la pandémie de COVID 19 qui nous a frappé et il en a été autrement.

En effet, comme tu le sais, les montants et contrats attendus n'ont pas pu être perçus, le secteur de l'événementiel qui est le nôtre ne pouvant plus exercer ni exister, en tout cas dans l'organisation d'événements que nous gérons. La faillite a donc comme tu le sais été prononcée.

Je te remercie de ta loyauté, du temps et travail pass[é] dans l'entreprise et ce malgré les dernières difficultés et de ton soutien quant à l'espoir d'un sursis concordataire et d'un futur pour l'activité.

Mr [...] de l'office des faillites de [...] est au courant de toutes ces démarches, et il pourra aussi à son tour confirmer à qui de droit, toutes ces démarches pour l'obtention du sursis concordataire et suite de H. _____ SA.

J'espère que ces loyaux services te permettront de retrouver de ton côté une activité stable et surtout qu'en attendant cela tu puisse[s] percevoir tes droits d'insolvabilité, de chômage ; et que ton soutien ne te fasse pas défaut. [...]

Aux termes d'un échange de courriers électroniques des 17 mars et 1^{er} avril 2021, la Caisse a obtenu des renseignements complémentaires auprès de l'agent de saisie chargé par l'Office des poursuites et faillites du district de Monthey de procéder à une retenue de salaire sur les salaires versés à l'assuré.

Par décision du 7 avril 2021, la Caisse a rejeté la demande d'indemnité en cas d'insolvabilité présentée le 16 mars 2020, au motif que l'assuré n'avait pas satisfait à ses obligations de réduire le dommage à l'assurance en n'ayant entrepris aucune démarche utile pour sauvegarder son droit envers son ancien employeur durant la période du 1^{er} octobre 2019 au 31 janvier 2020, hormis des demandes orales auprès de celui-ci.

Par décision sur opposition du 16 août 2021, la Caisse a rejeté l'opposition formée le 11 mai 2021 par l'assuré et confirmé sa décision.

B. **a)** Par acte du 16 septembre 2021, T._____ a déféré la décision sur opposition précitée devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal en concluant à son annulation.

b) Dans sa réponse du 21 octobre 2021, la Caisse a conclu au rejet du recours ainsi qu'au maintien de la décision attaquée.

E n d r o i t :

1. **a)** La LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) est, sauf dérogation expresse, applicable en matière d'assurance-chômage (art. 1 al. 1 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0]). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte

peuvent faire l'objet d'un recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 56 al. 1 LPGA ; 100 al. 3 LACI, 128 al. 1 et 119 al. 1 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]), dans les trente jours suivant leur notification (art. 60 al. 1 LPGA).

b) En l'occurrence, déposé en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

c) Vu la valeur litigieuse inférieure à 30'000 fr., la cause est de la compétence du juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

2. Le litige porte sur le droit du recourant à une indemnité en cas d'insolvabilité en raison de la faillite de son employeur pour la période du 1^{er} octobre 2019 au 31 janvier 2020.

3. a) Aux termes de l'art. 51 al. 1 let. a LACI, les travailleurs assujettis au paiement des cotisations, qui sont au service d'un employeur insolvable sujet à une procédure d'exécution forcée en Suisse ou employant des travailleurs en Suisse, ont droit à une indemnité pour insolvabilité lorsque une procédure de faillite est engagée contre leur employeur et qu'ils ont, à ce moment-là, des créances de salaire envers lui.

b) Selon l'art. 52 al. 1 LACI, l'indemnité couvre les créances de salaire portant sur les quatre derniers mois au plus d'un même rapport de travail, jusqu'à concurrence, pour chaque mois, du montant maximal visé à l'art. 3 al. 2 LACI, étant précisé que les allocations dues aux travailleurs font partie intégrante du salaire.

c) D'après l'art. 53 al. 1 LACI, lorsque l'employeur a été déclaré en faillite, le travailleur doit présenter sa demande

d'indemnisation à la caisse publique compétente à raison du lieu de l'office des poursuites ou des faillites, dans un délai de 60 jours à compter de la date de la publication de la faillite dans la Feuille officielle suisse du commerce.

4. a) En vertu de l'art. 55 al. 1, première phrase, LACI, le travailleur est tenu, dans la procédure de faillite ou de saisie, 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).

c) 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. (BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Zurich 2014, n. 8 *ad* art. 55 LACI et les références citées). 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).

d) 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'accomoder 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).

e) 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 devaient 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) Il convient tout d'abord de relever, d'une part, que la faillite de l'ancien employeur du recourant a été déclarée le 16 janvier 2020 et publiée à la Feuille officielle suisse du commerce le 27 janvier 2020 et, d'autre part, que le recourant, assujetti au paiement de cotisations, a déposé une demande d'indemnisation auprès de l'intimée le 16 mars 2020. Le cas d'ouverture du droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité figurant à l'art. 51 al. 1 let. a LACI est ainsi donné. Il était en outre titulaire de créances salariales envers son ancien employeur et a présenté sa demande dans le délai légal prévu par l'art. 53 al. 1 LACI, ce qui n'est pas contesté.

b) En l'occurrence, l'intimée a refusé de reconnaître le droit du recourant à une indemnité pour cause d'insolvabilité en considérant qu'il avait violé son obligation de diminuer son dommage. Il convient par conséquent d'examiner si le recourant était tenu, compte tenu des circonstances, de prendre des mesures propres à sauvegarder ses droits envers son ancien employeur conformément à l'art. 55 al. 1 LACI et, plus généralement, s'il a respecté l'obligation générale qui lui incombait de diminuer le dommage.

c) Il n'est pas contesté que le recourant n'a entrepris aucune démarche écrite auprès de son employeur afin de lui réclamer le paiement des salaires qui lui étaient dus à compter du mois d'octobre 2019. Par courrier du 26 mars 2021, l'employeur a cependant attesté avoir été interpellé à plusieurs reprises oralement par le recourant à ce sujet et explique qu'il avait demandé au recourant de bien vouloir patienter « en vue d'un sursis concordataire » qui permettrait de régulariser les arriérés de salaires, en lui faisant part « des contrats et montants entrants à venir en toute transparence afin que tu continues à me seconder ». Dans la mesure où le recourant n'avait pas été confronté au préalable à des retards dans le versement de son salaire, ainsi que l'a confirmé l'agent de

saisie chargé par l'Office des poursuites et faillites du district de [...] de procéder à une retenue de salaire sur les salaires versés au recourant (courriel du 1^{er} avril 2021), il pouvait raisonnablement penser, eu égard notamment aux perspectives de redressement évoquées par son employeur, que les difficultés présentées par ce dernier n'étaient que passagères. A cela s'ajoute qu'il ne s'était écoulé qu'à peine plus de deux mois entre le début du mois de novembre, période au cours de laquelle le salaire d'octobre 2019 aurait dû être versé, et le jour de la faillite, laquelle est intervenue le 16 janvier 2020.

d) En définitive, compte tenu des circonstances du cas d'espèce et du fait que la période d'inaction qui peut être reprochée au recourant est inférieure à la limite générale de trois à quatre mois fixée par la doctrine, il y a lieu de constater que le recourant n'a pas enfreint l'obligation générale qui lui incombait de réduire son dommage.

6. a) Sur le vu de ce qui précède, il convient d'annuler la décision attaquée et de renvoyer la cause à l'intimée afin qu'elle examine les autres conditions présidant à l'octroi d'une indemnité en cas d'insolvabilité et, le cas échéant, l'étendue de cette indemnité. En effet, c'est à elle qu'il appartient au premier chef d'instruire, conformément au principe inquisitoire qui régit la procédure dans le domaine des assurances sociales selon l'art. 43 al. 1 LPGA.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. f^{bis} LPGA), ni d'allouer de dépens, le recourant ayant procédé sans mandataire qualifié (ATF 127 V 205 consid. 4b).

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

- I. Le recours est admis.

- II. La décision sur opposition rendue le 16 août 2021 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique est annulée, la cause lui étant renvoyée pour instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants.

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

Le juge unique :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- T. _____,
- 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).

Le greffier :