

FR_GERICHTE 605 2015 201 vom 23. Dezember 2016

FR Kantonsgericht, 2016-12-23, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_605_2015_201

FR: FR_GERICHTE 605 2015 201 du 23 décembre 2016

IT: FR_GERICHTE 605 2015 201 del 23 dicembre 2016

Regeste

Arrêt de la Ie Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal | Arbeitslosenversicherung

Erwägungen

E. 29

juillet 2014, A._____ a réclamé le paiement des salaires des mois de mai et juin 2014. Dans son courrier du 29 juillet 2014, il réclamait le versement de sûretés, se réservant la possibilité de résilier le contrat. C._____ Sàrl a versé le 26 août 2014 les salaires des mois de mai et juin 2014; aucun autre salaire n'a été versé depuis lors. Par courrier du 31 octobre 2014, A._____ a résilié son contrat de travail avec effet immédiat, son salaire étant dû jusqu'à la fin du délai de résiliation contractuel, à savoir jusqu'à la fin du mois de novembre 2014. Le 30 avril 2015, la faillite de C._____ Sàrl a été prononcée par G._____. A._____ a revendiqué le versement d'une indemnité en cas d'insolvabilité d'un montant de CHF 60'999.90 correspondant à une créance de salaire pour la période du 1er juillet au 31 octobre 2014 (4 x CHF 14'076.90; 13ème salaire prorata temporis). Par décision du 13 juillet 2015, confirmée sur opposition le 31 août 2015, la Caisse H._____ (ci-après: la Caisse), à D._____, lui a dénié le droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité. Elle a considéré que le seul fait d'être contractuellement responsable de l'administration et du développement suffit, dans une petite structure telle que celle de C._____ Sàrl, à impliquer une fonction dirigeante et un point de vue privilégié sur la santé économique de l'entreprise. B. Contre cette dernière décision, A._____ interjette un recours de droit administratif auprès de l'Instance de céans en date du 28 septembre 2015, concluant à son annulation. A l'appui de son recours, il fait valoir que, dans la décision querellée, la Caisse a mal évalué sa situation au sein de la société. En effet, bien qu'elle ait admis qu'il ait renoncé à sa fonction de gérant dès juillet 2014, elle a estimé que ses pouvoirs n'avaient pas changé de manière décisive. Or, elle n'a tenu compte ni de son influence réelle au sein de la société ni des raisons qui l'ont poussé à renoncer à sa fonction de gérant. En fait, il a renoncé à sa fonction car ses opinions concernant la gestion de la société n'étaient pas prises en compte et que, bien qu'il ait occupé un poste à responsabilité, il a été forcé de constater que, dans les faits, il n'avait aucune influence sur la gestion de la société. Dans ses observations du 5 novembre 2015, la Caisse estime que sa fonction de gérant de la Sàrl impliquait de par la loi une influence prépondérante. Elle considère qu'il a conservé une fonction

Tribunal cantonal TC Page 3 de 8 dirigeante au sens de l'art. 51 al. 2 de la loi du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI; RS 837.0) après sa démission en tant que gérant. Dans un second échange d'écritures, les parties campent sur leurs positions. Le dossier que la Caisse a constitué au nom de E._____ a été versé à la présente procédure. Aucun autre échange d'écritures n'a été ordonné entre les parties. Il sera fait état des arguments, développés par celles-ci à l'appui de

leurs conclusions respectives, dans les considérants en droit du présent arrêt, pour autant que cela soit utile à la solution du litige. en droit 1. Interjeté en temps utile et dans les formes légales auprès de l'autorité compétente par un assuré directement touché par la décision attaquée et dûment représenté, le recours est recevable. 2. a) Selon l'art. 51 al. 1 LACI, les travailleurs assujettis au paiement de 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 cette 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). Selon la jurisprudence relative à l'art. 31 al. 3 let. c LACI – lequel, dans une teneur équivalente, exclut du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail le même cercle de personnes que celui visé par l'art. 51 al. 2 LACI et auquel on peut se référer par analogie (DTA 1996/1997 n°41 p. 227 consid. 1b) –, il n'est pas admissible de refuser, de façon générale, le droit aux prestations aux employés au seul motif qu'ils peuvent engager l'entreprise par leur signature et qu'ils sont inscrits au registre du commerce. Il y a lieu de ne pas se fonder de façon stricte sur la position formelle de l'organe à considérer; il faut bien plutôt établir l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes. C'est donc la notion matérielle de l'organe dirigeant qui est déterminante, car c'est la seule façon de garantir que l'art. 31 al. 3 let. c LACI, qui vise à combattre les abus, remplisse son objectif (SVR 1997 ALV n°101 p. 311 consid. 5d). En particulier, lorsqu'il s'agit de déterminer quelle est la possibilité effective d'un dirigeant d'influencer le processus de décision de l'entreprise, il convient de prendre en compte les rapports internes existant dans l'entreprise. On établira l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes (DTA 1996/1997 n°41 p. 226 consid. 1b et 2; SVR 1997 ALV n°101 p. 311 consid. 5c). La seule exception à ce principe que reconnaît le Tribunal fédéral concerne les membres des conseils d'administration car ils disposent ex lege (art. 716 à 716b CO) d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI (DTA 1996/1997 n°41 p. 226 consid. 1b et les références). Pour les membres du conseil d'administration, le droit aux prestations peut être exclu

Tribunal cantonal TC Page 4 de 8 sans qu'il soit nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'ils exercent au sein de la société (ATF 122 V 270 consid. 3a). En ce qui concerne plus précisément le cercle des personnes exclues du droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité, on relèvera qu'en édictant l'al. 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 de l'employeur (FF 1994 I p. 362). Cette disposition n'exige donc pas que l'on puisse imputer aux intéressés une responsabilité effective dans l'insolvabilité de ce dernier. Preuve en est le fait que les conjoints des personnes visées par l'art. 51 al. 2 LACI, lorsqu'ils sont occupés dans la même entreprise, sont également exclus du cercle des ayants droit (arrêt TF C 224/06 du 3 octobre 2007, consid. 2.2 et les références citées). Toutefois, si le fait de disposer d'un droit de regard sur la comptabilité est un indice de l'influence que peut exercer un travailleur sur le processus de décision de l'entreprise, il ne saurait constituer un motif indépendant

d'exclusion. Le comptable responsable serait sinon exclu d'office du droit à l'indemnité en raison de sa fonction au sein de l'entreprise. Une telle sanction serait incompatible avec le texte clair et la ratio legis de l'art. 51 al. 2 LACI, qui suppose, en priorité, que la personne exclue du droit suisse puisse exercer une influence déterminante sur la conduite des affaires de l'employeur (BURGHERR, Die Insolvenzenschädigung, Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers als versichertes Risiko, thèse Zurich 2004, p. 40) (arrêt TF C 160/05 du 24 janvier 2006, consid. 5.3). Selon l'art. 55 al. 1 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. Une fois que la caisse est devenue partie à la procédure, le travailleur est tenu de l'assister utilement dans la défense de ses droits. Le travailleur est tenu de rembourser l'indemnité, en dérogation à l'art. 25 al. 1 LPGA, lorsque sa créance de salaire n'est pas admise lors de la faillite ou de la saisie ou n'est pas couverte à la suite d'une faute intentionnelle ou d'une négligence grave de sa part ou encore que l'employeur a honoré la créance ultérieurement (al. 2) b) Conformément à l'art. 809 al. 1 du code des obligations (CO; RS 220), les associés exercent collectivement la gestion de la société. Les statuts peuvent régler la gestion de manière différente. Selon l'art. 810 CO, les gérants sont compétents pour toutes les affaires qui ne sont pas attribués à l'assemblée des associés par la loi ou les statuts (al. 1). Sous réserve des dispositions qui suivent, ils ont les attributions intransmissibles et inaliénables suivantes: 1. exercer la haute direction de la société et établir les instructions nécessaires; 2. décider de l'organisation de la société dans le cadre de la loi et des statuts; 3. fixer les principes de la comptabilité et du contrôle financier ainsi que le plan financier, pour autant que celui-ci soit nécessaire à la gestion de la société; 4. exercer la surveillance sur les personnes chargées de parties de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données; 5. établir le rapport de gestion (comptes annuels, rapport annuel et, le cas échéant, comptes de groupe); 6. préparer l'assemblée des associés et exécuter ses décisions; 7. informer le juge en cas de surendettement (al. 2). Le président des gérants ou le gérant unique a les attributions suivantes: 1. convoquer et diriger l'assemblée des associés; 2. faire toutes les communications aux associés; 3. s'assurer du dépôt des réquisitions nécessaires à l'office du registre du commerce (al. 3). D'après l'art. 827 CO, les dispositions du droit de la société anonyme concernant la responsabilité des personnes qui ont coopéré à la fondation de la société ou qui s'occupent de la gestion, de la révision ou de la liquidation de la société s'appliquent par analogie

Tribunal cantonal TC Page 5 de 8 à la société à responsabilité limitée. En édictant ces dispositions, le législateur est parti du principe que les personnes qui détiennent la société doivent également en assumer la direction. A ce titre, les associés, respectivement les associés gérants lorsqu'il en a été désigné, occupent collectivement une position comparable à celle du conseil d'administration d'une société anonyme (arrêt TF 8C_140/2010 consid. 4.2 et les références citées). 3. Est en l'espèce litigieuse la question de savoir si le recourant a droit à l'indemnité pour insolvabilité de l'assurance-chômage. Pour y répondre, il faut déterminer s'il faisait partie des personnes qui fixaient les décisions que prenait l'employeur – ou pouvaient les influencer considérablement – en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore d'une participation financière à l'entreprise. a) C._____ Sàrl, qui est une société active dans le secteur de la construction, de l'immobilier et de l'architecture, a été fondée le 10 décembre 2013 par F._____, associé gérant président avec signature individuelle, A._____, gérant avec signature collective à

2, et E. _____, gérant avec signature collective à 2. Après la démission de A. _____ en tant que gérant, sa signature a été radiée (cf. FOSC du 17.07.2014, p. 0/1620157). Il ressort de la réquisition de faillite sans poursuite préalable du 20 novembre 2014 (cf. pièce 29 du bordereau de l'autorité intimée), qu'avant la conclusion de son contrat de travail, A. _____, au bénéfice d'un contrat de mandat, a agi à titre professionnel auprès de la société C. _____ Sàrl au titre de I. _____ jusqu'au 31 décembre 2013. Ce mandat a été remplacé, dès le 1er janvier 2014, par un contrat de travail conclu entre les mêmes parties. A. _____, employé par C. _____ Sàrl, a été engagé comme salarié en qualité de "Gérant et responsable Administration & Développement" pour un salaire brut annuel de CHF 183'000, treizième salaire compris, soit un salaire mensuel brut de CHF 14'076.90 et net de CHF 12'966.35. Il percevait également des frais forfaitaires de représentation de CHF 9'000.-. L'organigramme de la société le fait figurer en tête du poste "Administration". b) Conformément à l'art. 12 des statuts de la société, l'assemblée des associés est l'organe suprême de la société. Elle a le droit intransmissible: 1. de modifier les statuts; 2. de nommer et révoquer les gérants; 3. de nommer et révoquer les membres de l'organe de révision; 4. d'approuver le rapport annuel; 5. d'approuver les comptes annuels et de déterminer l'emploi du bénéfice résultant du bilan, ainsi que de fixer les dividendes; 6. de déterminer l'indemnité des gérants; 7. de donner décharge aux gérants; 8. d'approuver la cession de parts sociales ou de reconnaître un acquéreur en tant qu'associé ayant le droit de vote; 9. d'approuver la constitution d'un droit de gage sur une part sociale; 10. d'autoriser les gérants à acquérir pour la société des parts sociales propres, ou d'approuver une telle acquisition; 11. de décider de requérir du juge l'exclusion d'un associé pour de justes motifs; 12. de dissoudre la société; 13. de prendre les décisions sur les objets que la loi ou les statuts lui réservent ou que les gérants lui soumettent. Selon l'art. 18 des statuts, les gérants sont compétents pour toutes les affaires qui ne sont pas attribués à l'assemblée des associés par la loi ou les statuts. Ils ont les attributions inaliénables suivantes: 1. exercer la haute direction de la société et établir les instructions nécessaires; 2. décider de l'organisation de la société dans le cadre de la loi et des statuts; 3. fixer les principes de la comptabilité et du contrôle financier; 4. exercer la surveillance sur les personnes chargées de parties de la gestion, pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données; 5. établir le rapport de gestion (comptes annuels et rapport

Tribunal cantonal TC Page 6 de 8 annuel); 6. préparer l'assemblée des associés et exécuter ses décisions; 7. informer le juge en cas de surendettement. Les gérants ont le droit de nommer des directeurs, des fondés de procuration et des mandataires commerciaux. c) Selon la jurisprudence fédérale précitée, les associés d'une Sàrl, comme les membres du conseil d'administration d'une société anonyme, sont présumés disposer d'un pouvoir de décision déterminant, de sorte qu'ils sont exclus d'emblée du droit à l'indemnité pour insolvabilité, sans qu'il soit nécessaire de procéder à des investigations concrètes au sujet de l'organisation interne de l'entreprise. aa) Le cas du recourant est particulier dans la mesure où il était gérant non-associé avec signature collective à deux jusqu'au 30 juin 2014, date partir de laquelle il n'a plus le statut de gérant. L'assuré n'exerçant plus la fonction de gérant depuis le 1er juillet 2014, les conditions d'une exclusion automatique ne sont plus remplies depuis cette date. Il faut maintenant se pencher sur la portée concrète de cette modification en termes de fonction dirigeante depuis le mois de juillet 2014, mois à partir duquel l'assuré demande la couverture par l'assurance-chômage de ses salaires impayés. Dans sa lettre de radiation de ses pouvoirs de gérant adressée à F. _____ le 30 juin 2014, A. _____ précise rester toutefois à son entière disposition pour gérer le quotidien de C. _____ Sàrl

et être prêt également à réendosser une signature collective à deux mais sans fonction de gérant et ainsi conduire les affaires sous sa direction (cf. lettre du 30 juin 2014 à F. _____). Dans les faits, suite à cette radiation, il n'y a eu aucune modification de son salaire ainsi qu'aucune modification de son contrat de travail et il est resté lié à celui-ci (cf. opposition du 28 juillet 2015 de A. _____) et a continué à travailler comme salarié auprès de C. _____ Sàrl. Ce travail lui conférait la fonction de "Gérant et Responsable Administration & Développement". Ainsi que l'assuré le décrit dans son courriel du 22 janvier 2015 à la Caisse, son travail "touchait à beaucoup de choses puisqu'il s'agissait de mettre en place l'infrastructure globale pour le démarrage et le bon fonctionnement de la société. Ma fonction de responsable Administration & Développement couvrait les aspects administratifs au sens très large du terme tant en Suisse qu'au Rwanda (e.g. identification des locaux administratifs, des logements pour le personnel, la coordination des contrats de travail pour le personnel expatrié, l'organisation des voyages pour l'ensemble du personnel, la coordination des aspects fiscaux, comptables et administratifs, la revue des états financiers en compagnie du responsable comptable en vue de leur présentation à l'Associé-gérant pour prise de décisions etc)". S'agissant des discussions relatives au dépôt du bilan, il a été amené à donner son avis sur la question mais il n'a jamais été suivi par l'Associé-gérant, ce qu'il a conduit à renoncer à ces fonctions de gérant. Il résulte de ce qui précède que A. _____ a, dans les faits, et après le 30 juin 2014 exercé la même fonction que celle qu'il exerçait auparavant. En effet, il a conservé la fonction de "Gérant et Responsable Administration & Développement" de la société, fonction qui, dans une petite structure comme celle de C. _____ Sàrl, implique une fonction dirigeante et comme développé ci-dessous, un point de vue privilégié sur la santé économique de l'entreprise.

Tribunal cantonal TC Page 7 de 8 C. _____ Sàrl a connu des problèmes de trésorerie (la perte de la société était de CHF 47'000.-) à l'issue du mois d'avril 2014 (cf. procès-verbal de la séance du Comité de direction du 2 mai 2014) et son déficit s'élevait à CHF 166'000.- à la fin du mois de mai 2014 (cf. procès-verbal de la séance du Comité de direction du 3 juin 2014). Dans son procès-verbal du 3 juin 2014, le Comité de direction de la défenderesse a relevé que "sauf entrée de fonds imminente, la Sàrl sera en situation plus que périlleuse". C'est à ce moment-là que A. _____ et E. _____ ont souhaité démissionner de leurs fonctions respectives. A. _____ étant avant 2014 sous contrat de mandat auprès de C. _____ Sàrl, il bénéficiait déjà d'une situation privilégiée pour connaître la situation économique de la société et pour être au courant de ses difficultés financières. Ces difficultés remontent d'ailleurs à plusieurs mois puisque C. _____ Sàrl devait encore à A. _____ CHF 50'205.- dans le cadre du contrat de mandat (cf. facture d'honoraires et frais du 26 décembre 2013). Ce dernier connaissait donc parfaitement les difficultés financières de la société. Par la suite, dès le mois de mai 2014, le salaire de A. _____ n'a plus été payé correctement ou a été impayé et il a attendu le 14 juillet 2014 pour adresser une mise en demeure à C. _____ Sàrl. Il lui a réécrit le 25 juillet 2014 et le 29 juillet 2014. Puis, agissant par l'intermédiaire de J. _____ SA, il l'a sommée une nouvelle fois, le 6 août 2014, de lui verser les salaires dus pour les mois de mai, juin et juillet 2014 ainsi que le demi-treizième salaire. C. _____ Sàrl a fini par verser, le 26 août 2014, les salaires des mois de mai et juin 2014. Depuis lors, plus aucun versement n'a été effectué. Ainsi les salaires des mois de juillet à octobre 2014 restent impayés de même que le demi-treizième salaire. En dépit de ses salaires en souffrance et du fait qu'il n'avait pas été rétribué non plus entièrement dans le cadre de son contrat de mandat, il est resté malgré tout au service de son désormais employeur jusqu'à la fin du mois d'octobre 2014 et n'a résilié son contrat de

travail avec effet immédiat pour non paiement des salaires que le 31 octobre 2014. Son attitude vis-à-vis de son employeur est ainsi plus qu'indulgente et est constitutive d'une violation de l'obligation de diminuer le dommage au sens de l'art. 55 LACI. bb) Dans sa correspondance du 24 février 2016, le recourant indique que, pour des raisons d'égalité de traitement, son cas ne devrait pas être traité différemment de celui de E._____, autre ancien gérant avec signature collective à deux et Responsable des finances. Or, la Caisse a admis l'opposition de ce dernier et lui a reconnu le droit à des indemnités de chômage. La situation de E._____ ne peut cependant pas être comparée à celle de A._____ et ce pour plusieurs raisons. Leurs fonctions étaient différentes: E._____ était comptable alors que A._____ était "Gérant et Responsable Administratif & Développement". Leurs salaires n'étaient pas non plus les mêmes: le salaire de E._____ s'élevait à CHF103'000.-, plus CHF 5'000.- de frais forfaitaires de représentation alors que celui de A._____ s'élevait à CHF 183'000.-, plus CHF 9'000.- de frais forfaitaires de représentation. Quand E._____ a annoncé sa démission du poste de gérant, son salaire mensuel brut est passé de CHF 7'923.05 à CHF 6'500.- dès le 1er juillet 2014 (cf. décomptes de salaire des mois de juin et juillet 2014) car il n'avait plus les mêmes fonctions au sein de l'entreprise (cf. courriel du 6 juillet 2014 de E._____ à la Caisse). Le salaire de A._____ n'a quant à lui pas connu de variation suite à sa démission de sa fonction de gérant le 30 juin 2014. De plus, avant la conclusion de son contrat de travail, il a agi à titre professionnel comme consultant auprès de la société via son entreprise I._____.

Tribunal cantonal TC Page 8 de 8 Ainsi que l'on vient de le voir, les situations de A._____ et de E._____ n'étaient pas identiques de sorte qu'elles peuvent connaître un traitement différent. En effet, l'investissement de A._____ dans la société était plus grand que celui de E._____ de par sa fonction de "Gérant et Responsable Administration & Développement" et auparavant de consultant à titre professionnel. Il avait également une meilleure connaissance de l'entreprise ce qui lui conférait une possibilité accrue de participer au processus décisionnel, ceci tant avant qu'après avoir prétendument quitté ses fonctions de dirigeant, ce que la perception par la suite du même revenu semble devoir démentir. Il résulte de ce qui précède que le recours est mal fondé. Partant, il doit être rejeté et la décision querellée confirmée. En application du principe de la gratuité de la procédure valant en la matière (cf. art. 61 let.a de la loi du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales [LPGA; RS 830.1], applicable par le renvoi de l'art. 1 al. 1 LACI), il n'est pas perçu de frais de justice. Il n'est pas alloué d'indemnité de partie. la Cour arrête: I. Le recours est rejeté. II. Il n'est pas perçu de frais de justice, ni alloué d'indemnité de partie. III. Communication. Un recours en matière de droit public peut être déposé auprès du Tribunal fédéral contre le présent jugement dans un délai de 30 jours dès sa notification. Ce délai ne peut pas être prolongé. Le mémoire de recours sera adressé, en trois exemplaires, au Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne. Il doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve et être signé. Les motifs doivent exposer succinctement en quoi le jugement attaqué viole le droit. Les moyens de preuve en possession du (de la) recourant(e) doivent être joints au mémoire de même qu'une copie du jugement, avec l'enveloppe qui le contenait. La procédure devant le Tribunal fédéral n'est en principe pas gratuite. Fribourg, le 23 décembre 2016/mfa Président Greffière-rapporteuse