

GE_GERICHTE ATAS/197/2024 vom 26. März 2024

GE Cour de justice, 2024-03-26, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_197_2024

FR: GE_GERICHTE ATAS/197/2024 du 26 mars 2024

IT: GE_GERICHTE ATAS/197/2024 del 26 marzo 2024

Erwägungen

E. 1

Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la chambre des assurances sociales connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982 (loi sur l'assurance-chômage, LACI - RS 837.0). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

E. 2

Interjeté dans la forme et le délai – de trente jours – prévus par la loi, l'acte de recours est recevable (art. 56 ss LPGA et 62 ss de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]).

E. 3

Le litige porte sur le bien-fondé de la décision de l'intimée de nier le droit à une ICI du recourant à la suite de la faillite de l'employeur prononcée le 19 septembre 2022 par le TPI, aux motifs, premièrement, que l'intéressé jouissait d'une position assimilable à celle d'un employeur et, secondement, n'avait pas rempli son devoir de diminuer le dommage causé à l'assurance-chômage (deux conditions cumulatives du droit à l'ICI).

E. 4.1

Aux termes de 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 ICI 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), ou lorsque la procédure de faillite n'est pas engagée pour la seule raison qu'aucun créancier n'est prêt, à cause de l'endettement notoire de l'employeur, à faire l'avance des frais (let. b), ou lorsqu'ils ont présenté une demande de saisie pour créance de salaire envers leur employeur (let. c).

A/3322/2023 - 5/16 - L'art. 74 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (ordonnance sur l'assurance-chômage, OACI - RS 837.02 ; intitulé « vraisemblance des créances de salaire ») précise que la caisse – de chômage – n'est autorisée à verser une ICI que lorsque le travailleur rend plausible sa créance de salaire envers l'employeur.

E. 4.2

Conformément à 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. Les allocations dues aux travailleurs font partie intégrante du salaire. Selon l'art. 75a OACI, compte comme même rapport de travail au sens de l'art. 52 al. 1 LACI, également un rapport de travail que : les mêmes parties ont repris dans le délai d'un an (let. a), ou reconduisent dans le délai d'un an après une résiliation pour cause de modification des conditions du contrat (let. b). La durée de la période couverte par l'ICI est de quatre mois d'un même rapport de travail, indépendamment de la survenance de plusieurs éléments déclencheurs du droit, par exemple un sursis concordataire suivi d'un prononcé de faillite (Message du Conseil fédéral relatif à la modification de la loi sur l'assurance-chômage du 3 septembre 200, FF 2008 7029 ss, spéc. 7051).

E. 4.3

En vertu de l'art. 51 al. 2 LACI, 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.

E. 4.3.1

L'art. 51 al. 2 LACI a une teneur identique à celle de l'art. 31 al. 3 let. c LACI (position assimilable à celle d'un employeur). Les principes généraux dégagés par la jurisprudence relative à cette dernière disposition sont applicables par analogie (arrêts du Tribunal fédéral 8C_865/2015 du 6 juillet 2016 consid. 4.2 ; 8C_279/2010 du 18 juin 2010 consid. 2 ; Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 16 ad art. 51 LACI). Selon le législateur, en référence à la jurisprudence applicable en matière de poursuite pour dettes et faillite, les personnes qui jouissent au sein de la société d'une certaine autonomie et dont la position s'apparente à celle du propriétaire de l'entreprise ne sont pas au bénéfice de créances privilégiées, même lorsqu'elles sont liées au failli par un contrat de travail. Ce cercle de personnes, contrairement aux travailleurs ordinaires, 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. Elles ne sont dès lors pas surprises par la faillite subite de l'employeur et ne méritent pas de ce fait de protection particulière (Message du Conseil fédéral à l'appui de la deuxième révision partielle de la loi sur l'assurance-chômage [LACI] du 29 novembre 1993, FF 1994 I 340 ss, spéc. 362). Ainsi, 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

A/3322/2023 - 6/16 - 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 (arrêt du Tribunal fédéral C 160/05 du 24 janvier 2006 consid. 5.3). Toutefois, le fait de disposer, par exemple, d'un droit de regard sur la comptabilité n'est pas un indice suffisant d'influence décisionnelle et ne constitue pas un motif indépendant d'exclusion. Le comptable responsable serait sinon exclu d'office du droit à l'indemnité. Or, le comptable n'a souvent pas le pouvoir décisionnel d'un dirigeant. Pour qu'un employé puisse être exclu du droit, il faut qu'il ait pu prendre une part prépondérante à la formation de la volonté de la société, dans les domaines qui touchent à l'orientation, à l'étendue ou à la cessation de l'activité. Dans cette dernière hypothèse, un assuré n'a pas droit à l'indemnité, car il peut lui-même décider de l'étendue de son droit, avec les risques d'abus que cela comporte. (arrêts du Tribunal fédéral 8C_865/2015 précité consid. 4.3 ; C 160/05 précité consid. 5 et 6 ; C

18/032 septembre 2003 consid. 2 ; Boris RUBIN, op. cit., n. 16 ad art. 51 LACI).

E. 4.3.2

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 concrètement dans l'entreprise (ATF 145 V 200 consid. 4.2 ; ATF 122 V 270 consid. 3). Il n'est toutefois pas nécessaire – et c'est la seule exception – d'examiner les circonstances concrètes du cas d'espèce lorsque le pouvoir décisionnel du dirigeant ressort de la loi. Tel est le cas des membres du conseil d'administration d'une société anonyme et des associés, respectivement des associés gérants lorsqu'il en a été désigné, d'une société à responsabilité limitée (cf. art. 716 à 716b et art. 804 ss de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse [CO, Code des obligations - RS 220]), pour qui le droit aux prestations 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 ; ATF 123 V 234 consid. 7a ; ATF 122 V 270 consid. 3 ; arrêts du Tribunal fédéral 8C_384/2020 précité consid. 3.1 et 8C_776/2011 du 14 novembre 2012 consid. 3.2).

E. 4.3.3

Selon les directives administratives – plus précisément ici les instructions édictées par le secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO) en sa qualité d'autorité de surveillance de l'assurance-chômage chargée d'assurer une application uniforme du droit (art. 110 LACI) – concernant l'art. 31 al. 3 let. c LACI qui est relatif à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT) et qui est applicable à l'ICI par analogie, il y a lieu de vérifier, dans chaque cas, sur la base de la structure d'organisation de l'entreprise, de quel pouvoir de décision jouit effectivement la personne concernée. Cette vérification est parfois compliquée car l'appartenance à une instance supérieure de décision de l'entreprise ne peut pas toujours être délimitée de l'appartenance à un niveau inférieur de direction à l'aide de critères formels. On ne pourra déduire d'emblée

A/3322/2023 - 7/16 - d'une procuration ou d'autres pouvoirs conférés à une personne que celle-ci occupe une position assimilable à celle d'un employeur dans l'entreprise, car ces documents ne règlent que les responsabilités de l'intéressé envers l'extérieur. De telles délégations de pouvoirs confèrent certes à leur titulaire des compétences semblables sur le plan interne, mais ne permettent pas de conclure que la personne en question exerce une influence considérable sur les décisions de l'employeur, sans se référer au statut ni au contrat de la personne et encore moins aux circonstances inhérentes à l'entreprise. Cet examen au cas par cas des pouvoirs de décision est également valable pour les gérants d'une société anonyme (SA) ou d'une société à responsabilité limitée (Sàrl) du moment qu'ils ne font pas partie du conseil d'administration ou qu'ils ne sont pas associés. Dans la majorité des cas, il convient toutefois de procéder à l'exclusion des gérants en raison des nombreux droits et devoirs dont ils sont investis (Bulletin LACI RHT, ch. B38 1er § ; Bulletin LACI IC, ch. B18 1er §). On ne déduira pas forcément, sans tenir compte des circonstances inhérentes à l'entreprise, qu'un directeur général responsable du domaine administratif et financier, disposant d'un droit de signature individuelle sans toutefois faire partie du conseil d'administration, exerce une influence considérable sur les décisions de l'employeur. Dans une petite entreprise ayant une organisation moins structurée, cette position peut néanmoins, selon les circonstances, signifier une influence considérable sur les décisions de l'employeur, même si la personne en question ne jouit pas officiellement du droit de

signature et n'est pas inscrite au RC. Il faut alors être en mesure de prouver, en l'occurrence, que l'assuré peut effectivement exercer une influence considérable sur les décisions de l'employeur (Bulletin LACI RHT, ch. B38 2ème § ; Bulletin LACI IC, ch. B18 2ème §).

E. 4.4

Selon l'art. 55 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 (al. 1). 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).

E. 4.4.1

L'obligation de diminuer le dommage de l'art. 55 al. 1 LACI est fondée notamment sur l'idée que le comportement de l'assuré durant les rapports de travail, après la résiliation de ceux-ci, avant et après l'apparition du motif de versement de l'ICI, peut influencer directement l'étendue de l'indemnisation (Boris RUBIN, op. cit., n. 1 ad art. 55 LACI). L'obligation pour l'assuré de réduire le dommage selon l'art. 55 al. 1 LACI s'applique même lorsque le rapport de travail est dissous avant l'ouverture de la procédure de faillite. Dans ce cas de figure, le travailleur qui n'a pas reçu son

A/3322/2023 - 8/16 - salaire, en raison de difficultés économiques rencontrées par l'employeur, a l'obligation d'entreprendre 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 (ATF 114 V 56 consid. 4 ; arrêts du Tribunal fédéral 8C_386/2023 du 6 décembre 2023 consid. 3.2 ; 8C_367/2022 du 7 octobre 2022 consid. 3.2 ; 8C_814/2021 du 21 avril 2022 consid. 2.2 ; 8C_408/2020 du 7 octobre 2020 consid. 3). Après la résiliation, l'assuré ne peut pas attendre plusieurs mois avant d'intenter une action judiciaire contre son ex-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 prévue par l'art. 54 LACI (arrêts du Tribunal fédéral 8C_386/2023 précité consid. 3.2 ; 8C_367/2022 précité consid. 3.2 ; 8C_749/2016 du 22 novembre 2017 consid. 3.5.3 et les références). Il s'agit d'éviter que l'assuré reste inactif en attendant le prononcé de la faillite de son ex-employeur (arrêts du Tribunal fédéral 8C_386/2023 précité consid. 3.2 ; 8C_367/2022 précité consid. 3.2 ; 8C_956/2012 du 19 août 2013 consid. 3).

E. 4.4.2

Pour qu'il y ait droit à une ICI pour des créances de salaires en souffrance, il est exigé de l'assuré une poursuite systématique et continue des démarches engagées contre l'employeur, qui doivent déboucher sur une des étapes du droit d'exécution forcée exigées par la loi. Les salariés doivent en effet se comporter vis-à-vis de l'employeur comme si l'institution de l'ICI n'existait pas du tout. Cet impératif n'admet aucune inactivité prolongée. La violation de l'obligation de diminuer le dommage implique que l'on puisse reprocher à l'assuré d'avoir commis une faute intentionnelle ou une négligence grave (arrêts du Tribunal fédéral 8C_386/2023 précité consid. 3.2 ; 8C_367/2022 précité consid. 3.2 ; 8C_814/2021 précité

consid. 2.2 ; 8C_408/2020 précité consid. 3). Un assuré qui sait que son employeur n'est pas en mesure de le rémunérer et qui s'en accommode sans prendre de mesures contraignantes, se contentant de réclamations orales ou écrites qui n'offrent aucune garantie, viole son obligation de diminuer le dommage (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 367/01 du 12 avril 2002 consid. 2b et 2c ; ATAS/380/2022 du 27 avril 2022 consid. 3.6, confirmé par l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_367/2022 précité). Selon le Tribunal fédéral, de manière générale, l'assuré ne se conforme pas à son obligation de diminuer le dommage lorsqu'il n'a pas obtenu l'exécution du contrat par l'employeur pendant une période de plus de deux à trois mois, sans versement d'un acompte ou d'un paiement partiel, et qu'il ne peut pas tabler sur une amélioration de la situation, et qu'il n'existe pas de raisons objectives justifiant son attente (arrêt du Tribunal fédéral 8C_66/2011 du 29 août 2011 consid. 4.2 ; ATAS/380/2022 précité consid. 3.6, confirmé par l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_367/2022 précité). En effet, on peut notamment considérer que, la période maximale couverte par l'ICI étant de quatre mois (art. 52 al. 1 LACI), l'assuré qui omettra de mettre son employeur en demeure de lui verser les arriérés de salaire, A/3322/2023 - 9/16 - voire de lui demander des sûretés, après le troisième mois sans salaire complet prendra le risque de devoir rester auprès de son employeur, sans être payé, durant une période plus longue que celle couverte par l'indemnité en cas d'insolvabilité. Dès lors, il prendra par la même occasion le risque de ne jamais être désintéressé totalement (cf. Boris RUBIN, op. cit., n. 12 ad art. 55 LACI).

E. 4.5

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. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b ; ATF 125 V 195 consid. 2 et les références ; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). 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 322 consid. 5a).

E. 5.1

En l'espèce, concernant tout d'abord la question de savoir si le recourant fixait les décisions que prenait l'employeur ou pouvait les influencer considérablement – position assimilable à celle de l'employeur – (art. 51 al. 2 LACI), il y a lieu de relever ce qui suit.

E. 5.1.1

À teneur du RC, l'employeur, au capital social de CHF 20'000.-, avait pour but l'exercice d'un grand nombre d'activités dans le domaine de la finance (y compris dans ses aspects juridiques et fiscaux), entre autres mandats fiduciaires, expertises et contrôles en matière comptable ainsi qu'assistance en rapport avec la gestion d'affaires. Toujours selon le RC, d'octobre 2017 – date de l'inscription de l'employeur au RC sous une autre raison sociale – au 4 mai 2021, M. G_____ en a été associé gérant avec signature individuelle puis gérant avec signature individuelle jusqu'au 24 juin 2022, tandis qu'était aussi inscrit au RC un tiers de février 2019 au 4 mai 2021 en qualité d'associé sans signature ; le 4 mai 2021, C_____ est devenue associée de l'employeur, et, en parallèle, l'assuré en est devenu le gérant liquidateur avec signature individuelle dès le 24 juin 2022, sans que ces deux inscriptions

soient par la suite radiée. De son côté, C_____, depuis son inscription au RC en juillet 2020, a pour but la détention et administration ainsi que négoce de participations dans d'autres sociétés. M. G_____ en a été administrateur avec signature individuelle dès sa fondation, et il est toujours inscrit à ce titre au RC alors qu'il est décédé le 26 janvier 2022 ; il y a eu en parallèle un tiers administrateur président avec signature collective à deux de mars 2021 au 28 septembre 2021, date à partir de laquelle l'intéressé et un autre tiers ont tous deux été administrateurs avec signature collective à deux jusqu'au 2 décembre 2022.

A/3322/2023 - 10/16 -

E. 5.1.2

D'après la caisse dans sa décision sur opposition querellée, l'intéressé jouissait d'une position assimilable à celle de l'employeur, d'une part par le biais de son statut d'administrateur de la seule associée de l'employeur, à savoir C_____, d'autre part, ensuite (dès le 26 juin 2022), grâce à sa fonction de gérant liquidateur. À teneur de la réponse au recours, le comportement de l'assuré a relevé d'un organe dirigeant non seulement ex lege mais aussi de fait, dès lors qu'il a tenté de sauver la société postérieurement au décès de M. G_____. Le recourant rétorque, s'agissant de sa qualité d'administrateur de C_____, que cette fonction, avec seulement la signature collective à deux, n'était pas rémunérée et ne lui a conféré aucun pouvoir de décision « à [son] grand regret », n'ayant « ni visibilité ni droit sur les comptes et cela [lui a] porté préjudice ». Cela alors que M. G_____ était lors de son décès associé majoritaire de C_____ détentrice de l'employeur et « la seule personne associée opérationnelle ». De surcroît, toujours selon l'assuré, seule l'assemblée des associés de l'employeur (cf. art. 14 de ses statuts) était en mesure de nommer un nouveau gérant ; or, étant uniquement administrateur avec signature collective à deux de la société associée (C_____), il ne pouvait rien changer, ayant été tributaire successivement de la volonté des héritiers de M. G_____ puis de l'office des faillites.

E. 5.2

Pour ce qui est ensuite de la question du respect ou non par le recourant de l'obligation de réduire le dommage selon l'art. 55 al. 1 LACI comme condition – cumulative – d'un droit à une ICI, il convient de considérer ce qui suit.

E. 5.2.1

Il faut préalablement constater qu'en application de l'art. 52 al. 1 LACI, une éventuelle ICI ne pourrait, au maximum, couvrir que les créances de salaire portant sur les quatre derniers mois de l'emploi de l'intéressé auprès de l'employeur, qui a constitué sans conteste un même rapport de travail du 1er mai 2021 au 30 juin 2022. Partant, comme énoncé par l'intimée dans sa décision sur opposition attaquée, une éventuelle ICI du recourant ne pourrait couvrir que la période de mars à juin 2022. Ainsi, le respect ou non par le recourant de l'obligation de réduire le dommage selon l'art. 55 al. 1 LACI sera examiné ci-après à partir de son engagement par l'employeur le 1er mai 2021 mais par rapport seulement au salaire dû de mars à juin 2022. En effet, les actes accomplis par l'intéressé avant mars 2022 ont pu le cas échéant avoir une influence sur le versement de son salaire dès ce mois-ci.

E. 5.2.2

Selon ses explications fournies le 27 octobre 2022 à la caisse, entre le 1er juillet 2021 et le 26 janvier 2022, l'assuré savait que l'employeur connaissait des difficultés de trésorerie,

sans véritablement connaître la situation, et il savait que la société travaillait sur plusieurs mandats depuis plusieurs mois qui pouvaient apporter rapidement une importante rentrée de trésorerie, la situation étant bien engagée. Lors de plusieurs discussions qu'il a eues avec le directeur de l'entreprise pour lui demander le versement de ses salaires, celui-ci lui a demandé de patienter « que la situation se dénoue avec certain mandat et [lui] a garanti que

A/3322/2023 - 11/16 - si aucun mandat ne se clôturait pas prochainement il ferait le nécessaire pour renforcer la trésorerie, soit avec sa fortune personnelle soit avec l'un de ses amis avec lequel il souhaitait s'associer ». En outre, toujours d'après l'intéressé, un premier mandat s'est transformé et il a reçu deux mensualités de salaire en novembre et décembre 2021 ; sa demande de garantie formelle de recevoir l'intégralité de son salaire a été honorée par la « convention de cession (art. 164 CO) » signée le 16 décembre 2021 par laquelle l'employeur lui avait cédé sa créance de CHF 30'000.- à l'encontre de M. H_____ ; il n'avait pas fait valoir directement ce droit auprès de ce débiteur car il s'agissait pour lui d'une garantie qui le sécurisait par rapport au non-paiement de ses salaires. Entre le 26 janvier – date du décès du « directeur » – et 1er juillet 2022, le recourant a, toujours selon ses allégations, demandé des conseils à des avocats et/ou notaires, uniquement par oral et sans preuve écrite, ainsi qu'à l'office des faillites. Lorsqu'il a été nommé liquidateur en juin 2022, il pensait avoir de quoi payer ses salaires et les dettes de la société et clôturer cette dernière, mais, lorsqu'il a enfin eu accès au compte bancaire de celle-ci à fin juillet 2022, il a constaté qu'il était vide. Enfin, courant 2022, il s'est annoncé au débiteur du contrat de prêt, mais ce dernier, « suite au décès du directeur », ne souhaitait plus rembourser. Dans sa décision – initiale – du 27 janvier 2023, la CCGC considère que l'assuré n'a entrepris aucune démarche juridique (par exemple commandement de payer, démarches prud'homales) entre le 1er juillet 2021 et son dernier jour réellement travaillé, le 30 juin 2022, soit durant plus de douze mois consécutifs. Dans son opposition (du 7 février 2023), l'intéressé soutient que, pour ses créances de salaire de 2021, il a fait le nécessaire auprès de l'employeur et a obtenu gain de cause avec les garanties écrites qui lui octroyaient – selon lui – une contrepartie couvrant le montant de ces créances, à savoir la « convention de cession (art. 164 CO) » signée le 16 décembre 2021 par laquelle l'employeur a cédé à l'assuré sa créance de CHF 30'000.- à l'encontre de M. H_____. Concernant le premier semestre 2022, l'assuré fait valoir que le décès brutal le 26 janvier 2022 du dirigeant de l'employeur, M. G_____, a été déterminant. En effet, d'après le recourant, M. G_____ était la seule personne habilitée légalement à représenter l'employeur ainsi que le seul à avoir une visibilité sur la situation financière de cette entreprise et à être accréditée à pouvoir obtenir des informations bancaires. Au moment de ce décès, tout laissait à penser que ce dirigeant avait fait le nécessaire pour la pérennité de la société. « À cet instant (février 2022), il n'y [avait] pas de problème d'insolvabilité, il y [avait] un problème de gouvernance ». L'assuré allègue ensuite ce qui suit : il a consulté à cette période (autour de février 2022) des notaires et avocats, en partie pour déterminer comment régler ce problème de gouvernance, et il s'est battu pour obtenir un pouvoir décisionnel dans la société ; à ce moment-là, à sa demande, l'office des faillites l'a reçu et l'a informé qu'il n'y avait rien à faire à part attendre que les successeur du dirigeant se décident à agir ; en attendant,

A/3322/2023 - 12/16 - l'intéressé a poursuivi l'activité de l'employeur et a maintenu la relation avec les clients de ce dernier qui représentaient plus de CHF 2'500'000.- potentiels pour l'entreprise ; les semaines ont ensuite passé sans que « rien ne bouge » ; le recourant a finalement appris que la famille G_____ avait fini par répudier la succession du dirigeant ;

après avoir fait le tour des solutions possibles pour sauver l'employeur et empêcher sa fermeture, il s'est résigné à faire tout l'inverse, c'est-à-dire tout accomplir pour accélérer sa fermeture, et il a annoncé ceci aux clients et a cherché à temporiser et trouver des arrangements avec les fournisseurs créanciers ; lorsqu'il a sollicité à nouveau l'office des faillites pour savoir la suite de la procédure, il a constaté que le dossier ne serait pas traité avant plusieurs mois ; après concertation avec son avocat et avec l'accord de l'office des faillites, il a réussi à devenir liquidateur de l'employeur ; après quoi, en été 2022, ayant accès pour la première fois au compte bancaire, il a été choqué de constater que ce dernier était complètement vide, alors qu'avant son décès, M. G _____ lui avait affirmé renflouer la trésorerie de la société et qu'après le décès il « [était] en connaissance de rentrées d'argent très probables » ; à la suite de cet accès au compte bancaire, l'intéressé a su que l'employeur ne serait pas solvable et que ce dernier était en situation de faillite ; il n'a donc eu plus d'autre choix que de continuer à travailler gratuitement pour remplir ses responsabilités, en sachant que son statut ne lui permettrait aucune aide, « pour cette période post rapport de travail ». À teneur de la décision sur opposition querellée, concernant la violation par l'assuré de l'obligation de diminuer le dommage, « certes a-t-il reçu, selon ses dires, deux versements de mensualités de salaire en novembre et décembre 2021. Il n'en demeure pas moins que dès lors que dans son pli du 11 juillet 2022, [l'employeur] reconnaît lui devoir les salaires dès mai 2021, mois de son engagement, l'intéressé n'aurait ainsi reçu aucun salaire durant les six premiers mois de travail. En outre, les six mois qui resteraient à verser pour l'année 2021 n'ont toujours pas été payés. Il ne saurait reporter ce risque sur les autorités de chômage ». Les discussions avec le directeur de l'entreprise – M. G _____ – étaient non contraignantes et insuffisantes. Par ailleurs, l'intéressé ne s'est pas inquiété de l'absence d'un quelconque remboursement du débiteur du prêt cédé avant courant 2022. Enfin, la mise en demeure du 25 juin 2022 était tardive. En procédure de recours, l'intéressé persiste dans ses allégations et arguments. D'après lui, le reproche de ne pas avoir fait le nécessaire pour diminuer le dommage est injuste, car il a consacré toute son énergie à essayer de protéger la société pour qu'elle poursuive son activité et qu'il n'y ait aucun préjudice pour les parties lésées. S'agissant en particulier de la cession par l'employeur de sa créance de prêt à l'encontre de M. H _____, ce débiteur était à jour dans ses remboursements au moment de la convention de cession du 16 décembre 2021, ce dont le recourant s'était inquiété « avant de prendre cette garantie » ; tant que ledit débiteur remboursait la société, l'assuré n'avait aucune raison de se faire connaître

A/3322/2023 - 13/16 - de lui, pensant en effet que les montants – de CHF 30'000.- au total – lui seraient réservés ; après le décès de M. G _____, il a informé le débiteur de la convention de cession « car personne ne pouvait voir les comptes » ; « c'est en apprenant cette information que les versements ont cessé ».

E. 5.3.1

Cela étant, certes, on peut s'interroger si le recourant avait, formellement ou même réellement, une position assimilable à celle de l'employeur de par son statut d'administrateur de la seule associée de l'employeur, à savoir C _____. Point n'est toutefois nécessaire de trancher cette question, pour les motifs qui suivent.

E. 5.3.2

Auprès de l'employeur, l'intéressé était un cadre, avec en plus du salaire fixe brut de CHF 6'000.- par mois, également mensuellement, « un salaire variable brut à la discrétion de

l'employeur » (art. 5 et 10 du contrat de travail signé le 27 août 2021). Sa fonction de « responsable des opérations » comprenait principalement les tâches suivantes : « – Il est responsable de la stratégie opérationnelle de l'entreprise au sein de laquelle il opère. Il est en charge d'optimiser les chiffres d'affaires et marges, mais également de participer au développement de l'activité en anticipant les évolutions du marché. – Il rapporte directement à la direction générale et est garant du respect des objectifs de l'entreprise aussi bien en termes de coûts de productions que de volume et de délais. – Il reporte directement au CEO » (art. 3 du contrat de travail). Il s'ensuit que la qualité – ou fonction – de « responsable des opérations » impliquait la nécessité d'accéder à tous les éléments comptables permettant de connaître en continu la situation financière de la société, ce qui devait inclure la connaissance du contenu du compte bancaire de celle-ci. Le recourant pouvait donc d'autant moins se contenter d'informations fournies oralement, donc sans garanties exécutoires, par l'associé gérant, M. G_____, si tant est que de telles informations – décrites de manière vague par l'intéressé – soient établies au degré de la vraisemblance prépondérante (ce qui peut demeurer ici indéterminé). Sous l'angle de l'obligation de diminuer le dommage (art. 55 LACI), tant avant qu'après le décès de M. G_____ (survenu le 26 janvier 2022), ayant été pendant de nombreux mois sans salaire, l'intéressé devait mettre en demeure celui-ci, puis, après son décès, ses héritiers, de lui laisser accéder à tous les éléments comptables de l'employeur, y compris le compte bancaire, ainsi que de lui verser ses salaires arriérés et en cours, et, en l'absence de réaction favorable de l'employeur, démissionner avec effet immédiat, « pour de justes motifs (art. 13.4 du contrat de travail), sinon pour le terme le plus proche, à savoir, s'agissant de la première année d'emploi, « moyennant un préavis d'un mois pour la fin d'un mois » (art. 13.3). Une telle obligation de résilier ses rapports de travail s'imposait

A/3322/2023 - 14/16 - d'autant plus à la suite de la répudiation de la succession de M. G_____ par ses héritiers initiaux. Ainsi, avant le 26 janvier 2022 puis entre cette date et le 30 juin 2022, l'assuré n'a pas pris toutes les mesures propres à sauvegarder son droit (créance salariale) envers l'employeur, en violation de l'art. 55 al. 1 LACI.

E. 5.3.3

À cet égard, la période maximale de quatre mois couverte par l'ICI (art. 52 al. 1 LACI) influence la portée de l'obligation de diminuer le dommage. Il s'agit en principe de la durée maximale durant laquelle un employé est susceptible de demeurer auprès d'un employeur sans être payé, tout en pouvant compter sur la couverture des créances salariales par l'assurance-chômage. Au-delà, l'employé risque de subir des pertes qui ne pourraient plus être couvertes par l'ICI (Boris RUBIN, op. cit., n. 5 ad art. 55 LACI). Or, dans le cas présent, au lieu de démissionner au plus vite, le recourant a accru les mois et les montants de sa créance salariale à l'égard de l'employeur, sans aucune garantie que celle-ci soit acquittée. À tout le moins après le décès de M. G_____ le 26 janvier 2022 – donc déjà avant et aussi pendant les quatre derniers mois du rapport de travail (de mars à juin 2022) éventuellement couverts par une ICI –, il a, selon ses propres allégations, fait tout ce qui lui était possible « pour obtenir un pouvoir décisionnel dans la société », et il a adopté le comportement d'un organe de l'employeur, en cherchant à prendre la gouvernance, en demandant conseil à des spécialistes quant à l'avenir de l'entreprise et en ayant des contacts avec les fournisseurs créanciers et les clients. Le recourant a ainsi revêtu indubitablement, en fait et par sa propre volonté, une position assimilable à celle de l'employeur au sens des art. 31 al. 3 let. c et 51 al. 2 LACI, à tout le moins dès le 26 janvier 2022 et jusqu'au 30 juin

2022.

E. 5.3.4

La période subséquente (à partir de juillet 2022) où l'assuré a exercé la fonction de gérant liquidateur de l'employeur importe peu, cette période n'étant pas couverte par la créance salariale invoquée.

E. 5.3.5

Concernant la question du remboursement prévu du prêt octroyé par l'employeur à M. H_____, les allégations et explications du recourant sont très imprécises et incompatibles avec les contenus de la « convention de prêt », de la « convention de cession (art. 164 CO) » de même que du « tableau d'amortissement ». Certes, le montant de CHF 30'000.- objet de ce prêt puis de la convention de cession conclue avec l'intéressé aurait le cas échéant pu couvrir quatre mois de salaire de celui-ci. Néanmoins, ledit « tableau d'amortissement », lié à la « convention de prêt », montre des versements effectués par le débiteur du prêt à partir d'octobre 2021 et jusqu'à juillet 2024, pour des montants proches de ceux requis de CHF 929.75 (aucun versement inférieur à CHF 878.57). Or le recourant n'allègue aucunement avoir accompli quoi que ce soit pour recevoir lui-même les remboursements de M.

H_____ comme l'art. 2 de la convention de cession l'y

A/3322/2023 - 15/16 - autorisait (à teneur duquel « le cessionnaire notifie à M. H_____, débiteur cédé, la présente cession, afin que le débiteur s'acquitte en mains du Cessionnaire des mensualités de remboursement du prêt »). Il est complètement incompatible avec l'obligation de diminuer le dommage (art. 55 al. 1 LACI) que l'intéressé ne se soit pas fait rapidement connaître du débiteur cédé M. H_____ à la suite de la signature de la convention de cession susmentionnée, puis qu'il n'ait pas formellement réclamé à ce débiteur le versement directement en sa faveur des mensualités, laissant ledit débiteur verser le remboursement du prêt à l'employeur.

E. 5.4

Ces circonstances dans leur ensemble conduisent à retenir une position de l'assuré assimilable à celle de l'employeur durant ses rapports de travail avec ce dernier (art. 51 al. 2 LACI) de même qu'un non-respect de son obligation de diminuer le dommage (art. 55 LACI), et excluent donc tout droit à une ICI du recourant. Il ne s'agit pas ici de lui reprocher des manquements en général, mais de simplement constater qu'il a adopté jusqu'au 30 juin 2022 un comportement non susceptible de respecter les conditions requises pour l'octroi d'une ICI. L'assuré ne pouvait notamment pas faire assumer par l'assurance-chômage les risques pour ses propres revenus qu'il a pris en consacrant tout son temps à essayer d'obtenir un pouvoir décisionnel au sein de l'employeur, quand bien il aurait essayé de bonne foi de sauver dans un premier temps cette société puis d'en organiser la fermeture et la faillite.

E. 6

Vu ce qui précède, la décision sur opposition querellée est conforme au droit, de sorte que le recours sera rejeté.

E. 7

La procédure est gratuite (art. 89H al. 1 LPA et vu l'art. 61 let. fbis LPGGA).

A/3322/2023 - 16/16 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES
SOCIALES : Statuant À la forme :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte
Originaltext. Quellen-URL siehe oben.