

# **VD\_GERICHTE ZQ22.013301 vom 12. April 2023**

VD Tribunal cantonal, 2023-04-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_ZQ22.013301](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_ZQ22.013301)

FR: VD\_GERICHTE ZQ22.013301 du 12 avril 2023

IT: VD\_GERICHTE ZQ22.013301 del 12 aprile 2023

## **Erwägungen**

### **E. 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, déposés 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), les recours sont recevables. c) L'art. 24 al. 1 LPA-VD prévoit que l'autorité peut, d'office ou sur requête, joindre en une même procédure des affaires qui se rapportent à une situation de faits identique ou à une cause juridique commune. Les six recours du 31 mars 2022 répondant aux conditions précitées, il a été

- 12 - accédé à la demande des recourants et, par ordonnance du 14 avril 2022, les causes ACH 56/22, ACH 57/22, ACH 59/22, ACH 60/22, ACH 61/22 et ACH 63/22 ont été jointes.

### **E. 2**

Le litige porte sur le droit des recourants à l'indemnité en cas d'insolvabilité pour la période du 3 juillet 2021 (respectivement du 6 juillet 2021 pour W. \_\_\_\_\_) au 2 août 2021.

### **E. 3**

a) Selon l'art. 51 al. 1 LACI, les travailleurs assujettis au paiement des cotisations, qui sont au service d'un employeur insolvable sujet à une procédure d'exécution forcée en Suisse ou employant des travailleurs en Suisse, ont droit à une indemnité pour insolvabilité notamment lorsqu'une procédure de faillite est engagée contre leur employeur et qu'ils ont, à ce moment-là, des créances de salaire envers lui (let. a). Selon l'art. 52 al. 1 LACI, l'indemnité en cas d'insolvabilité couvre les créances de salaire portant sur les quatre derniers mois au plus d'un même rapport de travail, jusqu'à concurrence, pour chaque mois, du montant maximum selon l'art. 3 al. 2 LACI. Selon l'art. 58 LACI, ces dispositions sont applicables par analogie en cas de sursis concordataire ou d'ajournement de la déclaration de faillite par le juge. Les dispositions des art. 51ss LACI ont introduit une assurance perte de gain en cas d'insolvabilité d'un employeur, destinée à combler une lacune dans le système de protection sociale. Pour le législateur, le privilège conféré par la loi fédérale du

14 avril 1989 sur la poursuite pour dettes et la faillite aux créances de salaire (art. 219 LP ; RS 281.1) ne donnait en effet pas une garantie suffisante au travailleur, si bien qu'il était nécessaire de lui assurer la protection par le droit public, à tout le moins pendant une période limitée et déterminée. Il s'est donc agi de protéger des créances de salaire du travailleur pour lui assurer les moyens d'existence et éviter que des pertes ne le touchent durement dans son existence (Message du Conseil fédéral concernant une nouvelle loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 2 juillet 1980, FF 1980 III 532 ss. ; voir aussi GABRIEL AUBERT, L'employeur insolvable, in : Journée 1992 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1994, p. 128 ss). Comme l'indemnité en cas

- 13 - d'insolvabilité est en fait étrangère au système de l'assurance-chômage, elle doit se limiter à garantir la subsistance du travailleur en cas de faillite de l'employeur et ne doit de ce fait couvrir que les créances du travailleur qui, selon toute attente, auraient été payées par l'employeur solvable si les rapports de travail avaient été maintenus au cours des quatre derniers mois, conformément à l'art. 52 al. 1 LACI. En d'autres termes, le but de l'indemnité en cas d'insolvabilité est de garantir à la personne assurée le salaire sur lequel elle pouvait compter durant les quatre derniers mois de travail avant l'ouverture de la faillite (ATF 137 V 96 consid. 6.2, 6.3 et 6.5). b) Par créance de salaire au sens de l'art. 52 al. 1 LACI, il faut en principe entendre le salaire déterminant selon l'art. 5 al. 2 LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.10), y compris les allocations dues. En tant que contrat synallagmatique, le contrat de travail oblige l'employé à fournir un travail et l'employeur à verser un salaire. Du point de vue du droit de l'assurance-chômage, la conséquence juridique est que la créance salariale est en principe liée à la prestation de travail. Certaines créances du travailleur ne peuvent donc pas être couvertes par l'indemnité en cas d'insolvabilité, qui ne couvre que des créances de salaire qui portent sur un travail réellement fourni (ATF 137 V 96 consid. 6.1 ; 132 V 82 consid. 3.1 ; 125 V 492 consid. 3b ; BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n° 6 et 7 ad art. 52 LACI). Cette jurisprudence se fonde sur le texte même de la loi et sur l'intention clairement exprimée du législateur (Message du Conseil fédéral précité, 613). Selon ledit message et les travaux législatifs, il n'apparaît en effet pas que l'intention du législateur ait été d'accorder une protection qui s'étende au-delà des créances de salaire et concerne également des créances en dommages-intérêts sans contre-prestation correspondant à la fourniture d'un travail. L'indemnité en cas d'insolvabilité ne peut ainsi pas être octroyée pour des prétentions en raison d'un congédiement immédiat et injustifié du travailleur ou pour des indemnités de vacances qui n'ont pas été prises (ATF 132 V 82 consid. 3.1 ; 125 V 492 consid. 3b) ; THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in : Soziale Sicherheit, SBVR, Volume XIV, 2016, n. 618 ss ; pour une critique de cette jurisprudence, cf.

- 14 - THOMAS GÄCHTER, Keine Insolvenzenschädigung für nicht bezogene Ferien und geleistete Überstunden ? : Gedanken an einer Schnittstelle von Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, in : Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zurich 2014, p. 211 ss, plus spécialement 223 ss). La jurisprudence a en revanche assimilé à du travail fourni les cas dans lesquels le travailleur n'a pas pu fournir de travail uniquement en raison de la demeure de l'employeur d'accepter son travail au sens de l'art. 324 al. 1 CO. Dans une telle hypothèse, tant que le contrat de travail n'est pas résilié, l'employé a droit à son salaire, qui peut justifier, cas échéant, un droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité (ATF

137 V 96 consid. 6.1; 132 V 82 consid. 3.1; 111 V 269). c) Pour délimiter les cas où l'assuré a droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité de ceux où il a droit à l'indemnité de chômage, il faut se demander si, durant la période en cause, l'assuré était apte au placement (art. 15 al. 1 LACI) et s'il disposait d'une disponibilité suffisante lui permettant de se soumettre aux prescriptions de contrôle de l'administration (art. 17 LACI) et d'accepter un emploi convenable (art. 16 LACI). Dans l'affirmative, il n'a pas droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité. Il en va ainsi de l'assuré qui a été licencié avec effet immédiat et sans juste motif (art. 337c CO) ou de celui qui a été congédié en temps inopportun (art. 336c CO). Dans ces deux cas en effet, l'assuré présente une disponibilité suffisante pour accepter un travail convenable et pour se soumettre aux prescriptions du chômage (ATF 125 V 494 consid. 3b ; TFA C 160/05 du 24 janvier 2006 consid. 7.1). Le Tribunal fédéral a précisé que la condition du travail fourni tendait à vérifier le droit au salaire pour un temps de travail effectif durant lequel l'assuré ne pouvait pas être à la disposition des autorités de contrôle du chômage en vue de son placement, par le fait qu'il devait être à disposition de son employeur durant la période concernée (TF 8C\_526/2017 du 15 mai 2018 consid. 6.1.2). Les prétentions en raison d'un congédiement du travailleur par l'employeur laissant subsister un droit au salaire ou à une indemnité (ATF 121 V 377 consid. 2) peut cas échéant donner droit à l'indemnité de chômage et au versement de l'indemnité prévue par l'art. 29 LACI (subrogation de la caisse de chômage).

- 15 - Le cas de l'assuré libéré par son employeur de l'obligation de travailler durant le délai de congé doit être traité de la même manière. Lorsque le travailleur bénéficie d'une telle libération, il n'a ni la possibilité ni l'obligation de proposer sa prestation à l'employeur. Renonciation volontaire et inconditionnelle à la prestation du travailleur jusqu'à l'échéance des relations contractuelles, cette libération ne correspond ni à une demeure de l'employeur ni à un licenciement avec effet immédiat. Sous l'angle de l'aptitude au placement, la situation du travailleur qui n'a plus à effectuer son travail ne diffère pas vraiment de celle du travailleur sans emploi qui a été licencié avec effet immédiat et de manière injustifiée ou de celle du travailleur congédié en temps inopportun : dans tous ces cas, l'intéressé présente une disponibilité suffisante pour pouvoir accepter un travail convenable et pour se soumettre aux prescriptions de contrôle du chômage (TF C 164/01 du 28 janvier 2002 consid. 3a et les références citées).

#### **E. 4**

Dans le cas d'espèce, il n'est pas contesté que les assurés ont été licenciés le 2 juin 2021 pour le 2 août 2021, selon les termes prévus par leur contrat de travail, et qu'à la faveur d'une libération de leur obligation de travailler, ils n'ont plus fourni de prestations de travail au-delà du 2 juillet 2021, respectivement du 5 juillet 2021 pour W.\_\_\_\_\_. Les avis des parties divergent en revanche sur la question de savoir si ladite libération était parfaite. L'intimée estime que tel était le cas et que les recourants, aptes au placement et disponibles pour se soumettre aux prescriptions de contrôle du chômage dès le moment de leur libération, n'avaient de ce fait pas droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité. Les recourants contestent cette appréciation, soutenant que l'employeur avait exigé d'eux qu'ils restent à sa disposition jusqu'à la fin des rapports de travail, et qu'ils n'étaient ainsi pas autorisés à travailler pour un tiers, et donc inaptes au placement. Il convient en premier lieu de trancher la question de la nature de la libération de l'obligation de travailler accordée par N.\_\_\_\_\_ et de

- 16 - déterminer si elle était inconditionnelle, comme le soutient l'intimée, ou au contraire imparfaite, comme le défendent les recourants.

#### **E. 4.1**

; 140 I 285 consid. 6.3.1 ; 130 II 425 consid. 2.1). F.\_\_\_\_\_ étant l'auteur des différents courriers examinés ci-dessus, dont le tribunal a estimé qu'ils permettaient d'établir au degré de la vraisemblance prépondérante que les recourants avaient bénéficié d'une libération inconditionnelle de leur obligation de travailler, on ne voit pas que son audition puisse conduire à une solution différente. De même, le tribunal rejette la demande d'audition de la secrétaire syndicale, qui visait à établir que les recourants n'avaient appris les difficultés financières de N.\_\_\_\_\_ qu'à la fin juillet 2021, puisque ce fait est sans pertinence dans l'examen de la question litigieuse. Les moyens de preuve offerts par les recourants peuvent donc être écartés sans qu'il n'en découle une violation de leur droit d'être entendu au sens de l'art. 29 al. 2 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101). Il découle de ces constats que les griefs soulevés par les recourants en violation de leur droit d'être entendu dans le cadre de l'administration des preuves opérée par l'intimée peuvent être écartés, puisqu'il ne saurait être valablement reproché à l'intimée de ne pas avoir procédé à l'audition de témoins que la Cour de cassation a justement refusée, étant encore relevé que par courriel du 14 février 2022, les recourants avaient renoncé à ladite audition. cc) C'est également à tort que les recourants soutiennent que la lettre de licenciement leur rappelant leur devoir de non-concurrence légal jusqu'à la fin de leur emploi équivalait à une interdiction de travailler pour le compte d'un employeur tiers dès leur libération.

- 20 - A raison de son obligation de fidélité, le travailleur doit sauvegarder les intérêts légitimes de son employeur (art. 321a al. 1 CO) et par conséquent s'abstenir de tout ce qui peut lui porter préjudice économiquement. L'art. 321a al. 3 CO précise que le travailleur ne doit pas faire concurrence à l'employeur pendant la durée du contrat (ATF 140 V 521 consid. 7.2.1; 117 II 560 consid. 3a ; TF 4A\_297/2016 du 17 novembre 2016 consid. 4.3.1). Pendant la durée du contrat, le travailleur ne doit pas accomplir du travail rémunéré pour un tiers dans la mesure où il lèse son devoir de fidélité et, notamment, fait concurrence à l'employeur. Le travailleur libéré de l'obligation de travailler reste tenu d'observer son devoir de fidélité envers son employeur (ATF 128 III 271 consid. 4a/bb). Le respect du devoir de fidélité est apprécié avec une rigueur accrue pour les cadres supérieurs (ATF 127 III 86 consid. 2c ; cf. Jean-Tristan MICHEL, Les cadres supérieurs en droit du travail suisse en particulier au sein de la société anonyme, Lausanne 2016, p. 322). Comme rappelé ci-dessus, du point de vue légal, la prohibition de concurrence ne porte que sur les activités faisant concurrence à l'employeur et nuisant aux intérêts de celui-ci, et non sur toutes les activités quelles qu'elles soient. Les recourants semblent d'ailleurs finalement le concevoir puisqu'au stade du recours, ils admettent qu'on doit considérer que, par la lettre de licenciement, l'employeur a rappelé « à tout le moins » l'interdiction de prendre un emploi chez un concurrent durant la période litigieuse. Ils soutiennent cependant que ceci limitait considérablement les emplois convenables qu'ils étaient en droit d'accepter, au point de remettre en cause leur aptitude au placement. Cet argument ne saurait toutefois être suivi. En effet, compte tenu des profils professionnels et de l'activité déployée par les recourants au sein de N.\_\_\_\_\_ (mécanicien-usineur, "Purchasing Assistant Production", opératrice polyvalente en production, opérateur-régleur et "R&D Designer"), il existait à n'en pas douter un nombre suffisant d'opportunités de mettre en valeur leurs compétences dès début juillet 2021 sans faire de concurrence à N.\_\_\_\_\_, auprès d'employeurs dont l'activité

n'avait aucun lien avec la fabrication d'outils de précision pour la coupe de

- 21 - métaux. C'est ainsi à juste titre que l'intimée a estimé que les termes de la lettre de licenciement des recourants ne leur interdisaient pas purement et simplement de travailler pendant la période durant laquelle ils avaient été libérés de leur obligation de travailler, et leur laissaient la possibilité d'occuper un nombre suffisant de postes pour que leur aptitude au placement soit préservée. dd) C'est en définitive sans fondement que les recourants soutiennent que la libération de l'obligation de travailler dont ils ont bénéficié n'était pas parfaite, et qu'ils pouvaient de ce fait prétendre à l'indemnité en cas d'insolvabilité. Aucun élément au dossier ne permet de remettre sérieusement en question les constatations de l'intimée selon lesquelles les recourants ont bénéficié d'une libération inconditionnelle de leur obligation de travailler dès le 3 juillet 2021 pour V.\_\_\_\_\_, K.\_\_\_\_\_, Z.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_, et dès le 6 juillet 2021 pour W.\_\_\_\_\_. C'est ainsi de manière fondée que l'intimée a estimé qu'ils disposaient d'une pleine aptitude au placement, avec pour conséquence qu'ils étaient en mesure de se soumettre aux prescriptions de contrôle du chômage et de se mettre à disposition d'un nouvel employeur. Les griefs de constatation inexacte ou incomplète des faits et de violation du droit d'être entendu et de l'interdiction de l'arbitraire soulevés par les recourants à cet égard doivent être écartés. c) Le fait que W.\_\_\_\_\_, V.\_\_\_\_\_, K.\_\_\_\_\_, Z.\_\_\_\_\_ et J.\_\_\_\_\_ ont été libérés sans condition de leur obligation de travailler ne permet pas encore de nier leur droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité pour toute la période courant au-delà de leur dernier jour de travail effectif. Il ressort en effet des différents documents au dossier qu'à cette date, il leur restait possiblement un solde de vacances acquis au cours des rapports de travail. aa) Le Tribunal fédéral a certes estimé qu'en principe, l'indemnité due pour des vacances non prises durant les rapports de travail ne peut pas donner lieu au versement de l'indemnité en cas d'insolvabilité (cf. consid. 3b supra). Cette jurisprudence ne trouve

- 22 - toutefois pas application en l'espèce, puisqu'il ne s'agit pas ici de vacances qui n'auraient pas été prises sous forme de congé avant la fin des relations contractuelles. La présente cause concerne au contraire des jours de vacances dont l'employeur a exigé qu'ils soient pris sous forme de congé durant le délai de résiliation, la lettre de licenciement du 2 juin 2021 excluant expressément tout paiement relatif à ce solde de vacances. Dès le 3, respectivement le 6 juillet 2021, les recourants étaient réputés prendre leurs jours de vacances résiduels, avant d'être mis au bénéfice d'un congé offert par l'employeur, qui continuerait à verser le salaire jusqu'au dernier jour du contrat de travail. N.\_\_\_\_\_ a confirmé ces termes par courriers des 28 octobre et 15 décembre 2021, en expliquant que les employés avaient été libérés de leur obligation de travailler durant le second mois du délai de congé, d'abord par la prise de leur solde de vacances, les dates des vacances ayant été fixées de manière administrative sans consultation des employés, sur le principe que les premières absences correspondaient aux vacances, le reste de la période étant payé comme congé sans obligation de travail. bb) L'employeur accorde au travailleur, chaque année de service, au moins quatre semaines de vacances (art. 329a al. 1 CO), pendant lesquelles il doit lui verser le salaire total y afférent (art. 329d al. 1 CO). Ces dispositions sont relativement impératives, en ce sens qu'il ne peut y être dérogé au détriment du travailleur (art. 362 al. 1 CO). Par ailleurs, tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages (art. 329d al. 2 CO). Cette règle est absolument impérative (art. 361 al. 1 CO). Il s'agit ainsi d'assurer à la fois que le travailleur prenne effectivement du repos et qu'il puisse le faire sans subir une

perte de salaire (cf. ATF 129 III 493 consid. 3.1; 118 II 136 consid. 3b ; 4A\_285/2015 du 22 septembre 2015 consid. 3.1). La jurisprudence en a déduit que le salaire relatif aux vacances doit en principe être versé au moment où celles-ci sont prises et qu'il n'est pas admissible d'inclure l'indemnité de vacances dans le salaire total. Dans des situations particulières, lorsque le calcul par avance du droit aux vacances se révèle difficile, le Tribunal fédéral a toutefois admis que l'indemnité de vacances puisse

- 23 - exceptionnellement être incluse dans le salaire total ; ainsi en est-il pour des employés occupés très irrégulièrement à temps partiel avec un horaire de travail soumis à de fortes variations (ATF 118 II 136 consid. 3b ; 116 II 515 consid. 4a; 107 II 430 consid. 3a ; TF 4A\_158/2021 du 11 novembre 2021 consid. 4.1). cc) Dans le cas d'espèce, il convient de prendre en compte ces principes et le but poursuivi par les vacances, qui tend à garantir aux employés du repos à la suite d'une période travaillée, pour retenir que, sous l'angle du droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité, les périodes non travaillées couvertes par un droit aux vacances doivent être considérées comme faisant partie de la période globale où des efforts de travail ont été fournis. Il ne fait aucun doute que s'ils avaient travaillé jusqu'à l'échéance de leur contrat en ayant pris des vacances durant le délai de congé, les recourants auraient vu leur droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité examiné de la même manière s'agissant de leurs semaines de travail et de celles de vacances. Dans cette hypothèse, ils n'auraient en effet pas été considérés comme aptes au placement durant leurs vacances au motif qu'ils n'y auraient pas fourni d'efforts de travail. La même conclusion doit s'imposer en l'espèce, malgré la libération de l'obligation de travailler dont les recourants ont bénéficié durant la seconde partie du délai de congé, dans la mesure où ils bénéficiaient encore d'un solde de vacances à prendre durant cette période, et qu'une libération de l'obligation de travailler en fin de rapports de travail ne modifie en rien la nature des vacances. Une solution contraire reviendrait à les priver de manière contraire aux dispositions légales impératives de leur droit au repos acquis à la faveur de leur travail durant les mois précédents. Quand bien même l'employeur, à l'image de N.\_\_\_\_\_, signifie à ses employés qu'ils ne sont plus tenus de travailler durant les dernières semaines de leur contrat sous couvert d'une « libération de l'obligation de travailler », il s'impose de ne pas s'arrêter à la terminologie utilisée par l'employeur et de déterminer précisément la nature juridique de chaque jour de congé concerné. Les jours de vacances correspondent à

- 24 - un droit à un repos rémunéré, obtenu grâce à un travail effectué au cours de la période antérieure. Que ces jours de vacances aient été pris entre deux périodes de travail ou durant les dernières semaines du contrat de travail au cours desquelles l'employeur avait quoi qu'il en soit renoncé aux prestations de travail de son employé ne change rien. L'employé a quoi qu'il en soit droit à son salaire durant les jours de vacances pris sous forme de congé alors que les rapports de travail ont toujours cours, et il pouvait s'attendre à recevoir le salaire correspondant à la période de vacances si les rapports de travail avaient poursuivi leur cours ordinaire et si son employeur avait été solvable. Ce sont là les éléments déterminants pour trancher la question du droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité (cf. consid. 3b supra). Cela étant, il y a lieu de retenir que les vacances encore dues par N.\_\_\_\_\_ aux recourants avant le début de la période qualifiée de « congé de jardinage » par l'employeur font partie de la période globale durant laquelle du travail a été fourni, puisqu'il s'agit de leur droit au repos inhérent à une période de travail antérieure. Assimiler ces jours de vacances à une période de libération de l'obligation de travailler et retenir que les recourants étaient aptes au placement durant cette période reviendrait à les priver indûment de leur droit impératif

aux vacances et au repos. Les recourants étaient en droit de se reposer du travail accompli en exerçant leur droit aux vacances par un congé, avant d'offrir une disponibilité pour être placés auprès d'un nouvel employeur. Leurs créances envers N. \_\_\_\_\_ pour le salaire afférent aux vacances acquises et prises durant le dernier mois du délai de congé est donc un élément de salaire couvert par l'indemnité en cas d'insolvabilité. Ce principe étant posé, la Cour de céans constate que le droit aux vacances des recourants pour la période litigieuse ne peut pas être arrêté précisément, puisqu'il existe à ce propos des contradictions entre les indications figurant sur les formulaires de demande d'indemnité, les relevés d'heures et les décomptes de salaires. Certains documents comprennent également des corrections manuscrites concernant le droit aux vacances, dont l'origine n'est pas précisée. Il convient dès lors de renvoyer les dossiers de W. \_\_\_\_\_, V. \_\_\_\_\_, K. \_\_\_\_\_, Z. \_\_\_\_\_ et J. \_\_\_\_\_ à l'intimée, à qui il appartient en premier lieu d'instruire (art. 43

- 25 - LPGA), pour qu'elle détermine le solde de vacances de chacun d'eux à leur dernier jour de travail. Ceci fait, il incombera encore à l'intimée de vérifier les autres conditions du droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité et de rendre une nouvelle décision pour chacun des recourant précités. d) On relèvera encore que l'indemnité de vacances réclamée en sus du salaire par J. \_\_\_\_\_ ne peut pas être prise en compte dans l'examen du droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité, puisque, comme exposé ci-dessus, les recourants devaient prendre leur solde de vacances en congé durant le mois de juillet 2021, et que le recourant ne saurait cumuler dans sa demande d'indemnité en cas d'insolvabilité des jours de vacances pris sous forme de congé et une indemnité pour les jours de vacances non pris. De même, l'indemnité en cas d'insolvabilité ne couvrant que les prestations de salaire, les 40 fr. de frais de dépôt du badge réclamés par certains recourant ne sauraient donner lieu au versement d'une indemnité pour insolvabilité. 6. a) En définitive, les recours déposés par W. \_\_\_\_\_, V. \_\_\_\_\_, K. \_\_\_\_\_, Z. \_\_\_\_\_, J. \_\_\_\_\_ et U. \_\_\_\_\_ doivent être admis et les décisions entreprises annulées. La cause relative à U. \_\_\_\_\_ doit être renvoyée à l'intimée pour qu'elle procède au contrôle des autres conditions du droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité et rende une nouvelle décision sur le droit de la recourante à ladite indemnité du 3 juillet au 2 août 2021. Les causes relatives à W. \_\_\_\_\_, V. \_\_\_\_\_, K. \_\_\_\_\_, Z. \_\_\_\_\_ et J. \_\_\_\_\_ doivent aussi être renvoyées à l'intimée pour qu'elle détermine le solde de vacances de chaque recourant au dernier jour de travail, procède au contrôle des autres conditions du droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité pour les éventuels jours concernés et rende une nouvelle décision sur le droit des recourants à ladite indemnité

- 26 - du 3 juillet 2021 (respectivement 6 juillet 2021 pour W. \_\_\_\_\_), au 2 août 2021. b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. f bis LPGA). Vu le sort de leurs conclusions, les recourants ont droit à une indemnité de dépens à titre de participation aux honoraires de leur conseil (art. 61 let. g LPGA). Il convient d'arrêter cette indemnité à 2'500 fr., débours et TVA compris (art. 10 et 11 TFJDA [tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative ; BLV 173.36.5.1]) pour l'ensemble des causes jointes, et de la mettre intégralement à la charge de la partie intimée.

- 27 -

## **E. 5**

a) U. \_\_\_\_\_ s'est engagée contractuellement à consacrer l'entier de son temps de travail à N. \_\_\_\_\_ et à n'entreprendre aucune autre activité rémunérée pendant toute la durée de son contrat (art. 13 du contrat du 30 juin 2016). Cette clause contractuelle dépasse le degré

de contrainte que pose l'obligation légale de prohibition de concurrence légale telle que figurant à l'art. 321a al. 3 du Code des obligations (CO) dans la mesure où elle ne se limite pas à interdire les activités qui léseraient le devoir de fidélité de l'employée et feraient concurrence à son employeur, mais l'oblige à consacrer l'intégralité de son temps de travail à son employeur et lui interdit toute autre activité rémunérée, quel que soit le domaine d'activité. Cela étant, bien qu'elle n'ait plus effectué d'heures de travail en faveur de son employeur dès le 3 juillet 2021, U.\_\_\_\_\_ n'était pas pour autant autorisée à travailler pour le compte d'un tiers, et ce jusqu'au 2 août 2021, dernier jour des relations contractuelles. Faute de disposer d'une disponibilité suffisante lui permettant de se soumettre aux prescriptions de contrôle du chômage et de se mettre au service d'un nouvel employeur, la recourante n'était pas apte au placement avant le 3 août 2021. Lors de l'examen de la délimitation entre indemnité en cas d'insolvabilité et indemnité de chômage tel que préconisé par la jurisprudence (cf. consid. 3c supra), il convient de constater que U.\_\_\_\_\_, inapte au placement jusqu'au 2 août 2021, ne satisfaisait pas aux conditions lui permettant de prétendre à l'indemnité de chômage (art.

## E. 8

al. 1 let. f et 15 LACI) jusqu'à cette date. Contrairement à ce que soutient l'intimée, le fait que la recourante ne puisse pas se prévaloir d'un travail réellement fourni du 3 juillet au 2 août 2021 ne suffit donc pas à nier son droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité de l'employeur. b) aa) La situation de W.\_\_\_\_\_, V.\_\_\_\_\_, K.\_\_\_\_\_, Z.\_\_\_\_\_ et J.\_\_\_\_\_ ne peut pas être tranchée de la même manière puisque, contrairement à U.\_\_\_\_\_, le contrat de travail les liant à N.\_\_\_\_\_ ne comprenait pas de clause leur interdisant d'exercer toute activité rémunérée pour le compte d'un autre employeur pendant la durée

- 17 - du contrat. Il convient dès lors d'examiner s'il existait d'autres circonstances qui auraient limité leur disponibilité à se soumettre aux prescriptions de contrôle du chômage et auraient restreint leur aptitude au placement. bb) Les recourants font valoir à cet égard qu'au cours de leur entretien de licenciement, le 2 juin 2021, leur employeur avait exigé d'eux qu'ils restent à sa disposition jusqu'à la fin du contrat pour tout besoin éventuel de l'entreprise durant cette période, de sorte qu'ils n'étaient pas autorisés à se mettre à disposition d'un nouvel employeur avant le 3 août 2021 et étaient donc inaptes au placement. Cette argumentation ne parvient toutefois pas à convaincre. En effet, l'employeur a émis plusieurs documents relatifs aux modalités de fin des rapports de travail, sans qu'aucun d'eux n'évoque l'obligation des recourants de rester à sa disposition durant la période pour laquelle il les a libérés de l'obligation de travailler. Ainsi, dans un courriel du 7 juin 2021, F.\_\_\_\_\_ a indiqué à V.\_\_\_\_\_ qu'elle disposait d'un solde de vacances de 13,5 jours et lui a proposé de prendre congé dès le 3 juillet 2021 tout en lui précisant qu'elle serait payée durant ce mois, sans être obligée de travailler. Le 28 octobre 2021, F.\_\_\_\_\_ a adressé à chaque recourant (excepté J.\_\_\_\_\_) un courrier dans lequel elle leur transmettait l'accord, qu'elle qualifiait de détaillé, de ce qui avait été convenu oralement, à savoir qu'ils avaient été licenciés le 2 juin 2021 avec un délai de congé de deux mois, qu'ils avaient continué à travailler le premier mois du délai de congé, qu'ensuite de cela, le second mois dudit délai, ils avaient été libérés de leur obligation de travailler, que dès ce moment-là, ils avaient dû prendre en premier lieu le solde de leurs vacances, avant que les jours restants ne leur soient offerts par l'employeur en tant que « congé de jardinage » (« gardening leave »), durant lequel ils ne travailleraient pas mais conserveraient leur plein

droit au salaire. Enfin, le 15 décembre 2021, dans le cadre de la procédure d'opposition, F. \_\_\_\_\_ a encore indiqué que les relevés d'heures de juillet 2021 mentionnaient d'abord de manière "administrative" les jours de vacances correspondant au solde qui leur était dû, sans que la date à laquelle ils seraient concrètement pris ne

- 18 - soit discutée précisément avec chacun d'eux, et que les jours restant jusqu'à la fin du contrat avaient ensuite été payés, sans obligation de travailler. Il ressort de ces éléments que l'employeur a spécifié en détail et à plusieurs reprises les modalités de fin des rapports de travail, sans jamais mentionner une quelconque obligation à charge des employés de rester à sa disposition durant le dernier mois des rapports de travail, alors qu'il se serait agi d'un élément primordial régissant les obligations réciproques des parties dès le début juillet 2021. Compte tenu de l'importance de cet élément, on peine notamment à concevoir qu'en s'adressant à V. \_\_\_\_\_ le 7 juin 2021, en amont de la période concernée, F. \_\_\_\_\_ n'aurait pas précisé à l'assurée que, bien que dispensée de l'obligation de travailler, elle devait rester à disposition et était susceptible d'être rappelée en tout temps. On s'étonne également que l'employeur, s'il entendait pouvoir rappeler en tout temps ses employés licenciés, aurait renoncé à connaître précisément les dates auxquelles ils entendaient prendre leur solde de vacances et se serait contenté de les comptabiliser de manière purement administrative selon le principe qu'elles seraient prises en début de période, comme la responsable RH l'a précisé le 15 décembre 2021. La Cour de céans retient dès lors que les éléments au dossier suffisent pour admettre qu'il est établi au degré de la vraisemblance prépondérante prévalant en assurances sociales (ATF 144 V 427 consid. 3.2) que les recourants n'étaient pas soumis à l'obligation de rester à disposition de leur employeur durant la période de libération et qu'ils bénéficiaient alors d'une libération inconditionnelle de leur obligation de travailler. Si l'on peut douter avec les recourants de la pertinence de la référence faite par l'intimée au principe dit des déclarations de la première heure, il n'en demeure pas moins que le fait que les recourants n'ont fait valoir le caractère prétendument imparfait de leur libération qu'au stade de l'opposition s'intègre dans l'examen de la vraisemblance prépondérante, au même titre que l'absence de tout document établissant cet accord, tel qu'examinée ci-dessus. On relèvera encore que c'est en vain que les recourants se réfèrent à l'ATF 111 V 269, qui régit le droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité en cas de demeure de l'employeur, puisque la Haute Cour

- 19 - l'a précisé : une libération de l'obligation de travailler durant le délai de congé, une fois la résiliation du contrat de travail déjà notifiée, ne peut pas être assimilée à la demeure de l'employeur au sens de l'art. 324 al. 1 CO (cf. consid. 3b supra). Sur la base d'une appréciation des preuves dont elle dispose déjà, la Cour de céans parvient à la conclusion que les faits pertinents sont établis et que le résultat de la mesure probatoire sollicitée par les recourants ne pourrait pas modifier sa conviction (ATF 145 I 167 consid.

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