

Eidgenössisches Versicherungsgericht  
Tribunale federale delle assicurazioni  
Tribunal federal d'assicuranças

Cour des assurances sociales  
du Tribunal fédéral

Cause  
{T 7}  
C 160/05

Arrêt du 24 janvier 2006  
Ile Chambre

Composition  
Mme et MM. les Juges Leuzinger, Présidente, Lustenberger et Kernen. Greffier : M. Piguet

Parties  
Secrétariat d'Etat à l'économie, Marché du travail  
et assurance-chômage, TCRV, Effingerstrasse 31, 3003 Berne, recourant,

contre

1. G.\_\_\_\_\_, représenté par Me Christophe Wagner, avocat, place des Halles, rue du Trésor 9, 2001 Neuchâtel 1,
2. Département de l'économie du canton de Neuchâtel, Au Château, 2001 Neuchâtel 1, intimés,

Instance précédente  
Tribunal administratif du canton de Neuchâtel, Neuchâtel

(Jugement du 12 avril 2005)

Faits:

A.

G.\_\_\_\_\_ a été engagé à compter du 1er mars 1998 en qualité de directeur (« Betriebsleiter ») - avec signature collective à deux - par l'entreprise X.\_\_\_\_\_ SA. Le 14 mars 2002, le prénommé a résilié son contrat de travail pour le 31 mai suivant et n'a plus travaillé pour le compte de son employeur à partir du 25 mars pour cause de maladie (attestation du docteur D.\_\_\_\_\_ du 5 avril 2002). Les salaires des mois d'avril et de mai 2002 étant demeuré impayés, G.\_\_\_\_\_ a ouvert action le 17 juin 2002 contre son ancien employeur devant le Tribunal des Prud'hommes du district de Neuchâtel.

A la suite du prononcé de la faillite de X.\_\_\_\_\_, le 25 novembre 2002 (publié dans la Feuille officielle suisse du commerce le 10 décembre suivant), G.\_\_\_\_\_ a adressé, le 12 décembre 2002, une demande d'indemnité en cas d'insolvabilité à la Caisse cantonale neuchâteloise d'assurance-chômage (ci-après: la caisse). Par décision du 6 novembre 2003, confirmée sur opposition le 21 janvier 2004, celle-ci a refusé d'octroyer la prestation requise, au motif que l'assuré avait exercé une fonction dirigeante au sein de la société faillie.

G.\_\_\_\_\_ a déféré la décision sur opposition auprès du Département de l'économie publique du canton de Neuchâtel (ci-après: le DEP), qui a, par décision du 1er avril 2004, admis le recours. En résumé, celui-ci a considéré, d'une part, que l'assuré ne disposait pas de véritables pouvoirs dans la gestion de l'entreprise, les rênes étant tenues par l'actionnaire majoritaire de X.\_\_\_\_\_, et, d'autre part, que l'incapacité de travail subie par l'assuré n'avait aucune incidence sur son droit à l'indemnité.

B.

Par jugement du 12 avril 2004, le Tribunal administratif du canton de Neuchâtel a rejeté le recours formé par le

Secrétariat d'Etat à l'économie (seco) contre cette décision. Laissant indécise la question de savoir si l'assuré avait effectivement exercé une fonction dirigeante au sein de X.\_\_\_\_\_, la juridiction cantonale a estimé que dans la mesure où il avait été incapable de travailler durant la période pour laquelle il avait requis l'octroi d'une indemnité, on ne pouvait soutenir qu'il occupait à ce moment-là une position comparable à celle de l'employeur.

C.  
Par mémoire du 13 mai 2005, le seco a interjeté recours de droit administratif contre ce jugement, dont il a requis l'annulation.

L'assuré a conclu au rejet du recours, tandis que la caisse en a proposé l'admission. Le DEP a renoncé à se déterminer.

D.

Le 21 septembre 2005, le seco a demandé la suspension de la procédure jusqu'à droit connu sur une demande en responsabilité déposée le 30 août 2005 par la caisse et d'autres créanciers auprès de la Cour civile du Tribunal cantonal de Neuchâtel à l'encontre des organes de X.\_\_\_\_\_, et de G.\_\_\_\_\_ en particulier.

Considérant en droit:

1.

Aux termes de l'art. 6 al. 1 PCF en corrélation avec les art. 40 et 135 OJ, le juge peut ordonner la suspension de la procédure pour des raisons d'opportunité, notamment lorsque le jugement d'un autre litige peut influencer l'issue du procès.

En l'occurrence, la demande en responsabilité déposée à l'encontre de l'assuré n'est pas de nature à influencer le sort de la présente procédure. La qualification juridique des rapports entre la société et G.\_\_\_\_\_ par un juge civil ne saurait lier l'autorité administrative ou le juge chargé d'appliquer la LACI. Les rapports de droit civil peuvent certes fournir éventuellement des indices pour la qualification en matière d'assurance-chômage, mais ils ne sont en aucune manière déterminants. Il n'y a dès lors pas lieu de donner suite à la requête de suspension de la procédure.

2.

Le litige porte sur le droit de l'assuré à des indemnités en cas d'insolvabilité à la suite de la faillite de son employeur.

3.

La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA), du 6 octobre 2000, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, n'est pas applicable au cas d'espèce, dès lors que selon les principes généraux en matière de droit transitoire, il y a lieu d'appliquer les règles en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques (ATF 130 V 425 consid. 1.1 et la référence; voir également les arrêts non publiés M. du 10 décembre 1999, C 152/98, consid. 2, et S. du 29 avril 1997, C 293/96, consid. 7).

4.

A l'appui de son recours de droit administratif, le seco soutient que l'assuré avait manifestement une position dirigeante et qu'il ne pouvait être surpris par la faillite de X.\_\_\_\_\_, si bien que le droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité devait lui être nié. De par sa fonction de directeur, G.\_\_\_\_\_ ne pouvait en effet être considéré comme un salarié ordinaire, dès lors qu'il devait très vraisemblablement rendre des comptes au conseil d'administration sur la gestion de la société dont il avait la charge et que, de ce fait, il ne pouvait en ignorer la situation financière. Par ailleurs, un directeur de société ne saurait perdre, comme le retient à tort la juridiction cantonale, sa qualité et les pouvoirs y relatifs du simple fait qu'il tombe malade, même si la maladie a perduré jusqu'au terme des rapports de travail.

5.

5.1 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). 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).

5.2 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 des assurances 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 sans qu'il soit nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'ils exercent au sein de la société (ATF 122 V 273 consid. 3).

5.3 En édictant l'alinéa 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 subite de l'employeur (FF 1994 I p. 362). 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 puisse exercer une influence déterminante sur la conduite des affaires de l'employeur (Urs Burgherr, Die Insolvenzschiädigung, Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers als versichertes Risiko, thèse Zurich 2004, p.40).

6.

La question essentielle à résoudre est ainsi de savoir si l'assuré disposait d'une possibilité effective d'influencer de manière déterminante la formation de la volonté de l'entreprise. Si on ne peut nier que l'assuré s'est occupé des affaires courantes de l'entreprise (acquisition de la clientèle, augmentation du chiffre d'affaires, gestion du personnel, etc.), cette circonstance n'est pas encore décisive pour déterminer si l'assuré entrait dans le cercle des personnes exclues de l'indemnité en cas d'insolvabilité. Encore faut-il que celui-ci ait pu prendre une part prépondérante à la formation de la volonté de la société, dans des domaines qui touchent à l'orientation, à l'étendue ou à la cessation de l'activité (arrêt B. du 2 septembre 2003, C 18/03, consid. 2).

Or, en l'espèce, il ressort du dossier que l'assuré, titulaire d'un CFC de monteur-électricien, d'une maîtrise fédérale d'électricien et d'une formation d'appoint de gestionnaire d'entreprise, a été engagé par la société X. \_\_\_\_\_ afin d'assurer l'implantation et le développement de l'entreprise dans la région neuchâteloise et l'arc jurassien; ses compétences techniques et sa connaissance du marché local avaient été déterminantes pour son engagement. Cette société appartenait au groupe Y. \_\_\_\_\_ dont la haute direction était assumée par L. \_\_\_\_\_, actionnaire majoritaire et membre du conseil d'administration.

D'après les pièces produites par l'assuré en cours de procédure, en particuliers des télécopies adressées à l'assuré par L. \_\_\_\_\_, il apparaît que ce dernier intervenait personnellement dans la gestion de X. \_\_\_\_\_ en donnant des instructions contraignantes relativement au choix des fournisseurs auprès desquels la société devait s'adresser ou en réclamant un meilleur contrôle des frais de téléphone. Selon les témoignages de deux anciens employés de la société, l'assuré était principalement en charge de l'acquisition de la clientèle et devait s'occuper de la gestion administrative de la société, en particulier de celle du personnel, tandis que L. \_\_\_\_\_ définissait toutes les options stratégiques et prenait toutes les décisions relatives aux investissements. Par ailleurs, tout porte à croire que la gestion comptable et financière de la société était centralisée au siège du groupe, en Suisse alémanique (voir télécopie du 13 décembre 2000).

Au regard de l'ingérence de L. \_\_\_\_\_ dans les affaires de la société, on ne saurait considérer comme établi au degré de la vraisemblance prépondérante, exigée en matière de preuve dans le domaine des assurances so-

ciales (ATF 126 V 360 consid. 5b, 125 V 195 consid. 2) que l'assuré disposait des moyens nécessaires pour influencer le processus de décision de l'entreprise et qu'il faisait par conséquent partie du cercle des personnes exclues du droit à l'indemnité au sens de l'art. 51 al. 2 LACI.

7.

7.1 L'indemnité en cas d'insolvabilité ne couvre que des créances de salaire qui portent sur un travail réellement fourni et non pas sur des prétentions en raison d'un congédiement immédiat et injustifié du travailleur (ATF 114 V 60 in fine, 111 V 270 consid. 1b, 110 V 30; Charles Munoz, *La fin du contrat individuel de travail et le droit aux indemnités de l'assurance-chômage*, thèse Lausanne 1992, p. 192). Cette jurisprudence se fonde sur le texte même de la loi et sur l'intention clairement exprimée du législateur (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 613; ATF 121 V 379 consid. 2a).

Cela étant, pour délimiter les cas où l'assuré a droit à l'octroi de 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 pouvait se soumettre aux prescriptions de contrôle de l'administration (art. 17 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 justes motifs (art. 337c CO) ou de celui qui a été congédié en temps inopportun (art. 336c CO). Dans ces cas, 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, 121 V 379 consid. 2 et 3 et les références).

7.2 Comme a déjà eu l'occasion de le préciser la Cour de céans, les critères précités ne se révèlent pas appropriés pour déterminer le droit éventuel à une indemnité en cas d'insolvabilité d'un travailleur dans l'incapacité de travailler pour cause de maladie.

7.2.1 Aux termes des art. 324a et 324b CO, si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne, telles que notamment la maladie, l'employeur lui verse le salaire pour un temps limité d'au moins trois semaines, y compris une indemnité équitable pour le salaire en nature perdu, dans la mesure où les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclu pour plus de trois mois.

Lorsqu'un accord écrit, un contrat-type de travail ou une convention collective assure des prestations au moins équivalentes à celles correspondant à l'obligation de l'employeur de payer le salaire (art. 324a al. 4 CO) ou lorsque le travailleur est obligatoirement assuré en vertu d'une disposition légale (art. 324b al. 1 CO), celui-ci n'a plus de créance de salaire contre son employeur qui est libéré de l'obligation de payer la différence entre les prestations d'assurance accordées et le 100 % du salaire assuré. En revanche, si l'accord dérogatoire entre employeur et travailleur ne respecte pas la forme écrite ou le principe de l'équivalence des prestations, le travailleur bénéficie de la coexistence des prestations de l'assureur et de celles de l'employeur (art. 324 al. 1 à 3 CO), dans les limites de son dommage et pour la durée prévue par l'art. 324a al. 2 CO (Urs Burgherr, op. cit., p.96; Thomas Nussbaumer, *Arbeitslosenversicherung*, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, p. 196, n. 519; voir également Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, *Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, Zurich 2006, p. 289; Rémy Wyler, *Droit du travail*, Berne 2002, p. 169 ss).

Lorsqu'un assuré, empêché de travailler pour cause de maladie, ne peut bénéficier de prestations d'une assurance couvrant la perte de gain parce que son employeur, nonobstant une obligation légale ou conventionnelle, n'a pas conclu d'assurance, que celle-ci est suspendue faute de paiement des primes ou que les indemnités journalières ne lui ont pas été reversées, il dispose, le cas échéant, d'une créance en dommages-intérêts à hauteur du droit aux prestations de l'assurance perte de gain auxquelles il a droit. Il ne peut en revanche prétendre une créance de salaire en lieu et place de celle-ci, dès lors que l'obligation de payer le salaire ne renaît pas (ATF 125 V 497 consid. 4a in fine et la référence).

7.2.2 Pour déterminer le droit éventuel à une indemnité en cas d'insolvabilité d'un travailleur dans l'incapacité de travailler pour cause de maladie, il convient de prendre en compte la nature juridique de la créance. Si celle-ci est une créance de salaire, il y aura lieu, pour autant que les autres conditions du droit sont données, à une indemnité en cas d'insolvabilité. En revanche, dès lors que la prétention du travailleur n'est pas une créance de salaire, mais une créance en dommages-intérêts, le droit à une indemnité en cas d'insolvabilité doit être nié. Selon le Message du Conseil fédéral 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. Une interprétation s'écartant du texte clair de la loi ne se justifie pas (ATF 125 V 497 consid. 4b).

Est ainsi titulaire d'une créance de salaire contre son employeur le travailleur qui n'est pas, obligatoirement ou conventionnellement, assuré contre la perte de gain, pour la durée prévue à l'art. 324a al. 2 CO, ou bien encore celui qui bénéficie de la coexistence des prestations de l'assureur et de son employeur, pour la part non couverte par l'assurance perte de gain.

7.3 Dans le cas particulier, il ressort du dossier que du 25 mars au 31 mai 2002, l'assuré, au bénéfice d'un certificat médical attestant d'une incapacité de travail totale, n'a pas fourni sa prestation à son employeur. Après un délai d'attente d'un mois, soit à partir du 24 avril 2002, l'assurance perte de gain en cas de maladie de X.\_\_\_\_\_ a versé à l'entreprise des prestations à raison de 90 % du salaire assuré, lesquelles n'ont pas été rétrocédées à l'assuré.

On ignore cependant sur quel fondement (convention collective ou accord écrit entre les parties) les prestations ont été allouées par l'assurance perte de gain, de sorte qu'il n'est pas possible de déterminer si et dans quelle mesure l'assuré dispose d'une créance de salaire à l'encontre de son employeur au sens des principes formulés précédemment. C'est pourquoi il convient de renvoyer le dossier à la caisse, à qui il incombera de recueillir les renseignements nécessaires afin de déterminer l'étendue du droit de l'assuré à l'indemnité en cas d'insolvabilité pour les mois d'avril et de mai 2002. Elle examinera, le cas échéant, la validité de la convention dérogatoire et n'omettra pas de tenir compte du dividende reçu par l'assuré dans le cadre de la faillite de X.\_\_\_\_\_.

8.

L'intimé, qui obtient gain de cause, est représenté par un avocat. Il a droit à une indemnité de dépens pour l'instance fédérale (art. 159 al. 1 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral des assurances prononce:

1.

Le recours est rejeté.

2.

L'affaire est renvoyée à la Caisse cantonale neuchâteloise de chômage pour qu'elle statue, après examen au sens des considérants, sur la quotité des prestations dues.

3.

Il n'est pas perçu de frais de justice.

4.

Le Secrétariat d'Etat à l'économie versera à l'intimé la somme de 1'500 fr. (y compris la taxe à la valeur ajoutée) à titre de dépens pour l'instance fédérale.

5.

Le présent arrêt sera communiqué aux parties, au Tribunal administratif du canton de Neuchâtel et à la Caisse cantonale neuchâteloise d'assurance-chômage.

Lucerne, le 24 janvier 2006

Au nom du Tribunal fédéral des assurances

La Présidente de la IIe Chambre: Le Greffier: