

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 8 avril 2021

Composition : M. Neu, président

M. Berthoud et Mme Pelletier, assesseurs

Greffier : M. Schild

Cause pendante entre :

W. _____, à Chavannes-des-Bois, recourant,

et

K. _____, à Lausanne, intimée.

Art. 13 et 14 LACi

E n f a i t :

A. W. _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en 1960, est de nationalité suisse. Après avoir travaillé de nombreuses années pour [...] SA, l'assuré a connu une période de chômage depuis août 2017. L'intéressé a ensuite été engagé par contrat de durée indéterminée à 100% à compter du 1er juin 2019 comme « managing director » par la société irlandaise [...] Ltd, pour laquelle il travaille depuis la Suisse.

[...] Ltd s'étant trouvée en cessation de paiement, elle a été mise en liquidation et licencié l'assuré avec effet immédiat le 12 février 2020. Le licenciement est intervenu sans respect du délai de congé, lequel est de trois mois à teneur du contrat de travail, tel que signé par les parties le 15 mai 2019. Le salaire de l'assuré a été payé jusqu'à la date de son licenciement. Un liquidateur a été désigné en la personne de [...] qui a entamé la procédure de liquidation par l'établissement d'une liste de créanciers de [...] Ltd, sur laquelle figure le nom de l'assuré.

L'assuré s'est annoncé aux organes de l'assurance-chômage et a demandé l'allocation d'une indemnité au 18 février 2020.

Par courrier daté du 6 mars 2020 et adressé au liquidateur de son ancien employeur, W. _____ a estimé qu'il devait être considéré comme créancier prioritaire (preferential creditor) et réclamé le paiement de trois mois de salaire, correspondant au délai légal de congé prévu par le contrat de travail.

Par décision du 12 mars 2020, la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la Caisse ou l'intimée) a refusé d'entrer en matière sur la demande d'indemnisation déposée par l'assuré. A l'examen des pièces au dossier, la Caisse a considéré que durant le délai-cadre de cotisation allant du 18 février 2018 au 17 février 2020, l'assuré ne justifiait d'aucune période de cotisation.

Par courriel du 3 avril 2020, l'assuré s'est opposé à la décision précitée et conclu à sa reconsidération. Il a fait valoir que le délai de congé n'avait pas été observé et que, si ce dernier avait été respecté, la durée minimale de cotisation aurait été atteinte. Agé de soixante ans, il se trouvait ainsi dans une situation difficile, privé de tout revenu. Actif dans l'aviation et compte tenu de la pandémie de COVID-19, la recherche d'un nouvel emploi s'annonçait particulièrement difficile.

En date du 1er juin 2020, l'assuré a produit son ancien contrat de travail ainsi qu'une lettre adressée au liquidateur, réclamant le paiement de trois mois de salaire, soit mars, avril et mai 2020.

Par décision sur opposition du 22 septembre 2020, la Caisse a rejeté l'opposition de l'assuré, mais modifié la décision initiale en ce sens qu'une période de cotisation de 8,373 mois devait être reconnue, soit du 1er juin 2019 au 12 février 2020. La période de cotisation était cependant insuffisante, l'assuré ne pouvant se prévaloir d'un jugement définitif (ou d'un titre assimilable) reconnaissant son droit au salaire, singulièrement sa créance en paiement du salaire relative à la période du délai de congé non respecté par l'employeur.

B. a) Par acte du 17 octobre 2020, W. _____ a déféré la décision sur opposition précitée devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant implicitement à l'ouverture du droit aux prestations. L'assuré a produit une attestation du 15 octobre 2020 du liquidateur de la société [...] Limited (in Liquidation). Dite attestation indiquait que la prise d'emploi avait débuté le 1er juin 2019 pour se terminer le 1er juin 2020.

b) Par réponse du 24 novembre 2020, la Caisse a maintenu sa position pour les raisons invoquées dans sa décision sur opposition et proposé le rejet du recours sans suite de frais et dépens. Elle relevait que l'attestation produite ne pouvait être assimilée à un jugement définitif, permettant de reconnaître les créances salariales de l'assuré, au sens des directives édictées par le SECO.

c) Par réplique du 15 décembre 2020, l'assuré a produit de nouveaux documents, notamment un courrier daté au 10 décembre 2020 établi par la société [...], employeur de [...] en charge de la liquidation de l'ancien employeur [...] Ltd rappelant que l'intéressé avait été engagé au 1er juin 2019 et que son contrat de travail avait pris fin le 1er juin 2020. Par ailleurs, le liquidateur a reconnu une créance à hauteur de 35'500 euros en faveur du recourant au titre de salaires impayés pour la période allant jusqu'au 1er juin 2020.

Endroit:

1. a) La LPGa (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) est, sauf dérogation expresse, applicable en matière d'assurance-chômage (art. 1 al. 1 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0]). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte peuvent faire l'objet d'un recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 56 al. 1 LPGa ; 100 al. 3 LACI, 128 al. 1 et 119 al. 1 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]), dans les trente jours suivant leur notification (art. 60 al. 1 LPGa).

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

2. Le litige porte sur le droit du recourant à l'indemnité de chômage dès le 18 février 2020, plus précisément sur la condition d'une période de cotisation suffisante pour ouvrir ce droit.

3. a) Conformément à l'art. 8 al. 1 let. e LACI, pour avoir droit à l'indemnité de chômage, l'assuré doit notamment remplir les conditions relatives à la période de cotisation ou en être libéré (art. 13 et 14). Conformément à l'art. 13 al. 1 LACI, remplit les conditions relatives à la période de cotisation celui qui a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet, soit dans les deux années précédant le premier jour où toutes les conditions du droit à l'indemnité sont réunies (art. 9 al. 1 à 3 LACI).

L'art. 14 al. 1 LACI prévoit que sont libérées des conditions relatives à la période de cotisation les personnes qui, dans les limites du délai-cadre (art. 9 al. 3 LACI) et pendant plus de douze mois au total, n'étaient pas parties à un rapport de travail et, partant, n'ont pu remplir les conditions relatives à la période de cotisation en raison, notamment, d'une maladie alors qu'elles étaient domiciliées en Suisse (let. b). L'art. 14 LACI est cependant une disposition d'exception, qui est subsidiaire à la règle principale de la durée minimale d'activité soumise à cotisation de l'art. 13 LACI et il ne s'applique pas lorsque cette durée est suffisante. En outre, un cumul ou une compensation entre les deux dispositions est exclu. Par conséquent, il n'est pas possible de compléter la période de cotisation manquante avec des périodes pendant lesquelles l'assuré est libéré des conditions relatives à la période de cotisation et inversement (TF 8C_750/2010 du 11 mai 2010 consid. 7.2).

b) Selon la jurisprudence relative à l'art. 13 al. 1 LACI, la seule condition du droit à l'indemnité de chômage est, en principe, que l'assuré ait exercé une activité soumise à cotisation pendant la période minimale de cotisation. Le paiement effectif d'un salaire n'est donc pas exigé, bien que la preuve qu'un salaire a bel et bien été payé reste un indice important de l'exercice d'une activité soumise à cotisation (ATF 133 V 515 consid. 2.2 et les références citées).

L'art. 13 al. 2 let. c LACI assimile par ailleurs à des périodes de cotisation le temps durant lequel l'assuré est partie à un rapport de travail, mais ne touche pas de salaire parce qu'il est malade (art. 3 LPGa) ou victime d'un accident (art. 4 LPGa) et, partant, ne paie pas de cotisations. Cette disposition s'applique aux cas de maladie et d'accident qui surviennent durant un rapport de travail, lorsque le droit au salaire a pris fin (art. 324a CO [loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (livre cinquième : Droit des obligations) ; RS 220]) ou lorsque la perte de gain est compensée par des indemnités journalières (art. 324b CO) non-soumises à cotisation (art. 6 al. 2 let. b RAVS [règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.101]).

La jurisprudence a en outre précisé que les jours pendant lesquels le travailleur n'a plus travaillé, mais pour lesquels l'employeur devait encore verser le salaire jusqu'à l'échéance du délai de congé déterminant en cas de résiliation injustifiée du contrat de travail, sont réputés période de cotisation au sens de l'art. 13 LACI, les prétentions du travailleur à cet égard empêchant la survenance d'une perte de travail à prendre en considération conformément à l'art. 11 al. 3 LACI. La jurisprudence assimile cette période à une période de cotisation au sens de l'art. 13 al. 1 LACI afin que l'assuré dont les rapports de travail ont été résiliés immédiatement, de manière injustifiée, se trouve, du point de vue des conditions du droit aux prestations (délai-cadre de cotisation), dans la même situation que s'il avait travaillé jusqu'à l'échéance du délai ordinaire de résiliation des rapports de travail (ATF 119 V 494 consid. 3c ; TF 8C_765/2012 du 8 mars 2013 consid. 3.2 ; TFA C 131/01 du 8 août 2001 ; cf. Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zürich/Bâle 2014, n° 23 ad art. 13 LACI, p. 125).

c) Les directives, édictées par le Secrétariat d'État à l'économie (ci-après : le SECO) à l'attention de l'administration, indiquent quant à elles que les jours où l'assuré n'a plus travaillé, mais pour lesquels l'employeur restait tenu de payer le salaire pour cause de licenciement injustifié, comptent comme période de cotisation si le droit au salaire ou à une indemnité a été reconnu à l'assuré par un jugement définitif. Une créance colloquée définitivement dans la procédure de faillite pour le salaire dû jusqu'à l'expiration du délai de congé ordinaire, la conclusion d'un concordat et la suspension de la faillite faute d'actif sont assimilées à un jugement définitif (Bulletin LACI IC, octobre 2012, chiffre B158).

d) L'art. 27 al. 1 LACI prévoit ensuite que, dans les limites du délai-cadre d'indemnisation de l'art. 9 al. 2 LACI, le nombre maximum d'indemnités journalières est calculé selon l'âge de l'assuré et la période de cotisation définie à l'art. 9 al. 3 LACI. Selon l'art. 27 al. 2 LACI, l'assuré a droit à :

- 260 indemnités journalières au plus s'il justifie d'une période de cotisation de 12 mois au total (let. a) ;

- 400 indemnités journalières au plus s'il justifie d'une période de cotisation de 18 mois au total (let. b) ;

- 520 indemnités journalières au plus s'il justifie d'une période de cotisation de 22 mois au moins et remplit au moins une des conditions suivantes :

1. être âgé de 55 ans ou plus ou

2. toucher une rente d'invalidité correspondant à un taux d'invalidité d'au moins 40 % (let. c).

e) L'on ajoutera que dans le domaine des assurances sociales, le juge 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 353 consid. 5b ; 125 V 193 consid. 2 et les références citées ; cf. également ATF 130 III 81 consid. 4.2.2). Il n'existe aucun principe juridique dictant à l'administration ou au juge de statuer en faveur de l'assuré en cas de doute (ATF 135 V 39 consid. 6.1 et les références).

Par ailleurs, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge (cf. art. 61 let. c LPGa). Ce principe n'est toutefois pas absolu ; sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire (ATF 122 V 157 consid. 1a), lequel comprend en particulier l'obligation pour les parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 193 consid. 2 et les références citées).

4. a) Dans la mesure où le recourant a sollicité des prestations de l'assurance- chômage à compter du 18 février 2020, le délai-cadre de cotisation a été fixé à juste titre du 18 février 2018 au 17 février 2020. Au demeurant, ces dates ne sont pas contestées.

b) Il est constant qu'au 12 février 2020, date de son licenciement avec effet immédiat, le recourant travaillait pour son employeur irlandais [...] Ltd depuis le 1er juin 2019 et qu'il a perçu un salaire de cette entreprise jusqu'à fin janvier 2020. Ainsi, lorsqu'il a requis des indemnités de chômage, le recourant pouvait déjà justifier de l'exercice d'une activité soumise à cotisation dans le délai-cadre de cotisation.

Considérant que les rapports de travail avaient pris fin le 12 février 2020, l'intimée a arrêté la période de cotisation à cette date et constaté qu'elle avait duré 8.373 mois, aucune autre activité soumise à cotisation n'ayant été enregistrée jusqu'à l'inscription à l'ORP. Le recourant a fait valoir que la résiliation immédiate de son contrat de travail était injustifiée, faute d'avoir été donnée dans le respect du délai de congé contractuel de trois mois. Il estimait ainsi que la période de cotisation devait inclure le délai durant lequel l'employeur aurait été tenu de verser un salaire en cas de licenciement ordinaire, soit jusqu'à fin mai 2020. L'intimée a reconnu que cette dernière période pourrait effectivement être considérée comme une période de cotisation, mais pour autant que l'assuré puisse se prévaloir d'une procédure de contestation formelle de son licenciement, respectivement d'un jugement définitif consacrant le solde de sa créance à l'égard de son ancien employeur, invoquant à cet égard la règle posée par la directive B158 du SECO. Reste ainsi litigieux, à ce stade, le point de savoir si la période allant du 13 février 2020 au 31 mai 2020 constitue une période assimilable à une période de cotisation, ce qui revient à examiner les circonstances dans lesquelles le contrat de travail a été résilié et la suite donnée à cette résiliation par les parties au contrat.

c) Des pièces produites par le recourant, il ressort que, dans le cadre de son licenciement, la société qui l'employait a été mise en liquidation (soit en faillite pour défaut de paiement), un liquidateur ayant été nommé, conformément au droit irlandais, en la personne de [...]. Deux attestations de ce dernier versées au dossier établissent en outre que le recourant a effectivement revendiqué son salaire pour les quatre mois de février 2020 à mai 2020 (soit le dernier mois en partie travaillé, ainsi que les trois mois correspondant au délai de congé), pour lesquels il n'avait encore reçu aucune rémunération. En outre, une liste des créanciers de la société avait été établie dans le cadre de la liquidation, au nombre desquels figure précisément l'employé W._____ (cfr. courrier du 10 février 2020). Finalement, il sied de relever que le liquidateur a reconnu au recourant une dette de 35'500 euros, correspondant effectivement aux salaires de la deuxième partie du mois de février 2020, ainsi que de mars, avril et mai 2020.

d) Cela étant, on ne saurait suivre l'intimée lorsqu'elle exige que, pour être pris en considération au titre de période de cotisation, le droit au salaire pour les quatre mois litigieux soit reconnu par un jugement définitif, une créance colloquée définitivement dans la procédure de faillite pour les salaires dus jusqu'à l'expiration du délai de congé ordinaire, la conclusion d'un concordat ou la suspension de la faillite faute d'actif, ceci au sens de la circulaire B158 du SECO.

Tout d'abord, il s'agit là de règles de procédures propres au droit suisse, respectivement étrangères aux règles applicables en Irlande, qui prévalent dans le cadre des rapports de travail entre le recourant et son ancien employeur. Au demeurant, on observera, sur la base d'une brève recherche (https://e-justice.europa.eu/content_insolvency-474-fr.do) des règles applicables en Irlande en cas de faillite d'une société pour insolvabilité, mise en liquidation dès lors qu'elle ne peut plus être sauvée, que le liquidateur désigné obtient les pleins pouvoirs dans la gestion des créances qui subsistent à l'encontre de la société débitrice, les créanciers ne pouvant plus intenter d'action individuelle pour recouvrer leur créance. Cela privait effectivement le recourant d'agir personnellement, sans que l'on puisse lui en faire grief. Du reste, ce dernier figure sur la liste des créanciers remise par le liquidateur, démontrant ainsi qu'il n'a nullement renoncé à sa créance de salaire, créance qui a d'ailleurs été reconnue au recourant (courrier du 10 décembre 2020 produit par le recourant).

A cela s'ajoute qu'il ressort clairement de la situation du recourant que l'intention de l'employeur fut de mettre un terme aux relations de travail en raison de son insolvabilité, ce qui ne conférait aucun juste motif pour une résiliation avec effet immédiat, sans respect du délai de congé contractuel. Conformément au contrat de travail (cf. point 8 du contrat de travail signé le 13 mai 2019), l'employeur restait ainsi tenu de poursuivre le paiement du salaire de l'assuré, non seulement pour le dernier mois travaillé de février 2020, mais pour les trois mois suivant, correspondant au délai de congé, tout comme si la résiliation des rapports de travail était intervenue dans le respect des règles applicables.

Compte tenu de ce qui précède, il convient d'appliquer au cas d'espèce la jurisprudence contenue dans l'ATF 119 V 494, selon laquelle les jours pendant lesquels le travailleur n'a plus travaillé, mais pour lesquels l'employeur devait encore verser le salaire jusqu'à l'échéance du délai de congé déterminant, suite à une résiliation injustifiée du contrat de travail, sont réputés période de cotisation au sens de l'art. 13 LACI (voir également TF 8C_765/2012 du 8 mars 2013, consid. 3.2 ; TF 8C_168/2007 du 17 août 2007, consid. 2.7).

A défaut, le recourant - manifestement licencié avec effet immédiat sans aucune justification au sens requis par l'art. 337 al. 1 CO - serait clairement traité de manière moins favorable par l'assurance-chômage que si son employeur avait agi dans le respect des règles légales et conventionnelles.

Enfin, la lecture de l'ATF 119 V 494 ne permet pas de déduire que le Tribunal fédéral aurait assorti le bénéfice de cette jurisprudence à la condition impérative que l'assuré eût préalablement obtenu une décision judiciaire, contrairement à ce que laisse sous-entendre - à tort - la directive du SECO qui fut invoquée.

L'on rappellera à toutes fins utiles que le SECO est autorisé, en tant qu'autorité de surveillance chargée d'assurer l'application uniforme du droit en vertu de l'art. 110 LACI, à donner des instructions aux organes d'exécution. Cela étant, bien que de telles ordonnances exercent, par leur fonction, une influence indirecte sur les droits et les obligations des administrés, elles n'en ont pas pour autant force de loi. En particulier, elles ne lient ni les administrés, ni le juge, ni même l'administration dans la mesure où elles ne dispensent pas cette dernière de l'examen de chaque situation individuelle. Par ailleurs, elles ne peuvent créer de nouvelles règles de droit, ni contraindre les administrés à adopter un certain comportement, actif ou passif. En bref, elles ne peuvent sortir du cadre de l'application de la loi et prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (cf. ATF 127 V 61 consid. 3a et les références citées).

Sur la base de la jurisprudence fédérale rappelée plus haut, il s'agit en définitive de considérer également au titre de période de cotisation au sens de l'art. 13 LACI, la période pendant laquelle le contrat de travail ne pouvait être résilié par l'employeur et donnait droit au salaire, soit la période s'étendant du 13 février 2020 au 31 mai 2020.

5. a) Compte comme mois de cotisation chaque mois civil entier durant lequel l'assuré est tenu de cotiser (art. 11 al. 1 OACI [ordonnance fédérale du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]). Les périodes de cotisation qui n'atteignent pas un mois civil entier sont additionnées, trente jours étant réputés constituer un mois de cotisation (art. 11 al. 2 OACI). Il est possible de cumuler des périodes de cotisation au sens de l'art. 13 al. 1 LACI, des périodes assimilées à des périodes de cotisation au sens de l'art. 13 al. 2 LACI, ainsi que des périodes pour lesquelles l'assuré a touché une indemnité de vacances (art. 11 al. 3 OACI). Pour la conversion d'une journée de travail, on utilise le facteur 1,4 (soit cinq jours ouvrables pour sept jours civils ; cf. ATF 122 V 249 consid. 2c ; TF 8C_645/2015 du 3 juillet 2015 consid. 1.1).

b) En l'espèce, la période de cotisation à comptabiliser en lien avec la période d'emploi réalisée par le recourant au service de l'entreprise [...] Ltd s'étend du 1er juin 2019 au 31 mai 2020, soit douze mois complets, de sorte que l'assuré peut justifier d'une période de cotisation suffisante.

6. a) En définitive, le recours, bien-fondé, doit être admis et la décision sur opposition litigieuse annulée, sous suite de renvoi à l'intimée pour examen des autres conditions du droit à l'indemnité de chômage, prévues à l'art. 8 al. 1 LACI.

b) Il n'est pas perçu de frais de justice, la procédure étant gratuite (cf. art. 61 let. a LPG), ni alloué de dépens, le recourant n'étant pas représenté par un mandataire professionnel (cf. art. 61 let. g LPG).

Par ces motifs,

la Cour des assurances sociales

prononce :

I. Le recours est admis.

II. La décision sur opposition, rendue le 22 septembre 2020 par la Caisse cantonale de chômage, est annulée, W. _____ remplissant la condition d'une période de cotisation suffisante imposée par l'art. 8 al. 1 let. e LACI.

III. Lacause est au surplus renvoyée à la Caisse cantonale de chômage pour examen des autres conditions du droit à l'indemnité de chômage.

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

Le président : Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- W. _____,

- Caisse cantonale de chômage,

- Secrétariat d'Etat à l'économie,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :