RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1580/2006 **ATAS/576/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 2

du 27 juin 2006

En la cause

Madame G_____, domiciliée GENEVE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître BRUCHEZ Christian	recourante

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, rue de Montbrillant 40, case postale 2293, 1211 GENEVE 2	intimée

Siégeant : Isabelle DUBOIS , Présidente;

Mesdames Doris WANGELER et Maya CRAMER, Juges

EN FAIT

1. Madame G_____ (ci-après la recourante) a travaillé dès le 1er novembre 2003 dans l'entreprise X_____(ci-après l'employeur) . Licenciée par l'employeur pour la fin du mois de mai 2004, la recourante a effectué son dernier jour de travail le 27 mai 2004.

2. Étant créancière de l'employeur, la recourante s'est adressé au syndicat SIB (devenu UNIA - ci-après le syndicat). Ce dernier a interpellé l'employeur par courrier du 22 juin 2004, en raison du constat de multiples violations relatives au droit du travail concernant la recourante, ainsi qu'une autre employée.

3. Par l'intermédiaire du syndicat, la recourante a déposé une demande en justice auprès du Tribunal des Prud'hommes contre l'employeur, en date du 15 décembre 2004.

4. Par jugement du 14 avril 2005 rendu par défaut, ledit Tribunal a condamné l'employeur à verser à la recourante la somme de 16'895 fr.85, correspondant à 1'000 fr. à titre de solde de salaire du mois d'avril 2004, 3'000 fr. à titre de salaire du mois de mai 2004, 3'000 fr. à titre de salaire pour le mois du délai congé, juin 2004, 2'249 fr.10 à titre d'indemnité pour vacances non prises, 1'375 fr. 75 à titre d'indemnité pour heures supplémentaires, 6'000 fr. à titre d'indemnité pour licenciement injustifié, et 271 fr. d'intérêts moratoires.

5. Le 7 septembre 2005, l'employeur a été déclaré en faillite. La recourante a produit sa créance auprès de l'OFFICE DES FAILLITES, le 5 décembre 2005.

6. En date du 23 janvier 2006, la recourante a déposé, auprès de la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE (ci-après la caisse), une demande d'indemnité en cas d'insolvabilité, en indiquant n'avoir reçu son salaire que jusqu'au mois d'avril 2004, en partie, et avoir travaillé la dernière fois le 27 mai 2004, et en produisant une copie du jugement du Tribunal des Prud'hommes.

7. Par décision datée du 27 octobre 2005, mais reçue par la recourante le 25 janvier 2006, la caisse a rejeté la demande, au motif que la recourante n'avait pas pris dans le délai utile toute mesure susceptible de sauvegarder ses droits vis-à-vis de son employeur, puisqu'elle n'avait agi que sept mois après avoir quitté l'entreprise.

8. Suite à l'opposition de la recourante, du 17 février 2006, la caisse a confirmé sa décision le 17 mars 2006. S'appuyant sur la jurisprudence du TRIBUNAL FÉDÉRAL DES ASSURANCES (ci-après TFA), prévoyant que l'assuré ne doit pas rester inactif et qu'en n'agissant pas rapidement contre son employeur il privilégie ses intérêts au détriment de ceux de l'assurance, la caisse rappelle qu'un délai d'inaction de trois mois a été jugé inadmissible par le TFA. Dans le cas d'espèce la recourante n'a pas agi entre le dernier jour d'activité, le 27 mai 2004, et le dépôt de

la demande auprès du Tribunal des Prud'hommes, le 15 décembre 2004, soit plus de six mois.

9. Dans son recours du 4 mai 2006, la recourante conclut à l'annulation de la décision litigieuse, à ce qu'il soit dit qu'elle a droit aux indemnités en cas d'insolvabilité, et à ce que la cause soit renvoyée à la caisse pour statuer sur leur montant, avec suite de dépens.

   Elle explique que c'est parce qu'elle est intervenue oralement auprès de son employeur pour obtenir le paiement du salaire qui lui était dû qu'elle a été licenciée, ce qui ressort de la demande en justice. Elle a ensuite fait appel au syndicat, qui est intervenu envers l'employeur le 22 juin 2004. Le syndicat est ensuite intervenu auprès du Registre du commerce en octobre 2004 pour éviter la radiation de l'employeur- négociant la vente de l'entreprise- en raison d'une procédure judiciaire déjà pendante devant la juridiction compétente. Il ne peut être reproché à la recourante, par conséquent, d'avoir été inactive. Elle a continué d'agir après le jugement, auprès de l'Office des poursuites ainsi qu'auprès de l'employeur, selon courriers qu'elle produit en copie.

10. Dans sa réponse du 2 juin 2006, la caisse conclut au rejet du recours. Elle considère que malgré le courrier du syndicat du 22 juin 2004, il peut être reproché à la recourante d'avoir été inactive puisque sa demande en justice n'a été déposée que le 15 décembre 2004, soit six mois plus tard. Un délai de trois mois est un maximum.

11. Par courrier complémentaire du 8 juin 2006, la caisse a, par ailleurs, informé le Tribunal de céans qu'elle ne contestait pas la date de réception par la recourante de la décision litigieuse.

12. Ces écritures ont été adressées à la recourante, et les parties ont été informées par pli du 14 juin 2006 que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 8 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 LPGA qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI).

   Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), entrée en vigueur le 1er janvier 2003, s'applique au cas d'espèce.

4. Le recours, interjeté en les forme et délai prévus par la loi, est recevable (art. 56 à 60 LPGA).

5. Les art. 51 al. 1 et 52 al. 1 LACI prévoient ce qui suit:

   Art. 51:

   "1 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 (ci-après indemnité) lorsque:

   a.
   une procédure de faillite est engagée contre leur employeur et qu'ils ont, à ce moment-là, des créances de salaire envers lui ou que
   b.
   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 ou
   c.
   ils ont présenté une demande de saisie pour créance de salaire envers leur employeur."

Art. 52 al. 1 (dans sa teneur au 1er janvier 2003) :

"[1] L'indemnité couvre les créances de salaire portant sur les quatre derniers mois du rapport de travail qui a précédé le prononcé de la faillite, ainsi que les éventuelles créances de salaire portant sur les prestations de travail fournies après le prononcé de la faillite, jusqu'à concurrence, pour chaque mois, du montant maximum visé à l'art. 3, al. 2. Les allocations dues aux travailleurs font partie intégrante du salaire".

Les dispositions des art. 51 ss LACI ont introduit, au 1er janvier 1992, 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 sur la poursuite pour dettes et faillite (ci-après LP) aux créances de salaire (art. 219 LP) 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 sv; ATFA C 319/01).

Par ailleurs, selon l'art. 55 al. 1 LACI, dans la procédure de faillite ou de saisie, le travailleur est tenu de prendre toutes les mesures propres à sauvegarder son droit envers l'employeur, jusqu'à ce que la caisse l'informe de la subrogation dans ladite procédure. Lorsque la faillite est prononcée postérieurement à la dissolution des rapports de travail, le travailleur qui n'a pas reçu son 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. Cette condition à laquelle est subordonné le droit à l'indemnité ressort de l'arrêt ATF 114 V 56, et exprimait l'obligation générale des assurés de diminuer le dommage (ATF 123 V 96 consid. 4c et les références citées, 113 V 28 consid. 4a, DTA 1999 n° 24 pp. 142-143 consid. 1c).

Comme l'indique cependant le TFA dans l'arrêt C 91/01 du 4 septembre 2001, cela ne veut pas dire qu'il faille exiger du salarié qu'il introduise sans délai une poursuite contre son ancien employeur (impliquant la notification d'un commandement de payer aux frais de l'assuré). L'assurance d'une indemnité en cas d'insolvabilité a précisément pour but d'épargner aux assurés l'obligation de recourir aux procédures parfois longues et coûteuses de l'exécution forcée régie par la LP (voir GERHARDS, Grundriss des neuen Arbeitslosenversicherungsrechts [1996], § 220 p. 149). Il s'agit seulement d'éviter que l'assuré reste inactif et n'entreprenne rien pour récupérer son salaire impayé, en attendant le prononcé de la faillite de son ex-employeur. L'autorité fédérale de surveillance avait d'ailleurs jadis relevé que toutes les possibilités qui permettent à l'assuré de sauvegarder son droit devaient être prises en considération dans ce contexte et que l'on ne saurait donc exclure d'emblée les solutions de compromis entre l'employeur et les travailleurs (DTA

1999 n° 24 p. 143 consid. 1c). C'est ainsi que le TFA a jugé dans l'arrêt susmentionné que l'assuré n'avait pas droit à l'indemnité au motif qu'il était resté totalement inactif pendant près de trois mois après la fin des rapports de travail, avant de saisir le Tribunal des Prud'hommes. C'est également ainsi qu'a jugé le Tribunal de céans dans le cas d'un assuré n'ayant, agi pour la première fois, que près de quatre mois après la connaissance de la situation obérée définitive de l'entreprise (cf. ATAS 311/2006).

6. Le cas d'espèce est différent. D'une part, la recourante a fait valoir ses droits, oralement, auprès de son employeur dans le courant du mois d'avril 2004, ce qui a déclenché son licenciement. La recourante s'est alors adressée au syndicat compétent, qui s'est saisi du dossier et a interpellé l'employeur par courrier du 22 juin 2004. Dès lors qu'elle avait saisi le syndicat et que celui-ci a agi rapidement envers l'employeur la recourante n'avait pas pu agir personnellement et devait, au contraire, laisser agir le syndicat qui avait de multiples griefs à l'encontre de l'employeur. C'est par conséquent à tort que la caisse a qualifié le comportement de la recourante d'inactif et lui a refusé le droit à l'indemnité pour ce motif.

7. Reste à examiner si les autres conditions sont remplies. En effet, aux termes des règles légales susmentionnées, l'indemnité couvre les créances de salaire, portant sur les quatre derniers mois du rapport de travail qui a précédé le prononcé de la faillite. Il est établi, et par ailleurs non contesté, que la créance porte sur les quatre derniers mois (au maximum) du rapport de travail, en l'occurrence sur les mois d'avril à juin 2004. En revanche, se pose la question de savoir si la nature de la créance de la recourante permet l'ouverture du droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité.

   En effet, selon la jurisprudence, 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 127 V 185, 114 V 60 in fine, 111 V 270 consid. 1b, 110 V 30; 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 concernant une nouvelle loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, FF 1980 III 613). De même, 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 niée. 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 (cf. ATFA C/ 160/05 du 24 janvier 2006 et références citées). Pour délimiter l'indemnité de chômage et l'indemnité en cas d'insolvabilité, il faut se demander si l'assuré, durant la période en cause, 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. Ainsi, l'assuré qui a été licencié avec effet immédiat et sans juste motif - et qui de ce fait ne travaille plus - est en principe apte au placement et son droit aux prestations doit être examiné à la lumière des conditions mises à l'allocation de l'indemnité de chômage (art. 8 ss LACI); il existe une situation de chômage, qui est la condition première du droit à ladite indemnité (art. 8 al. 1 let. a LACI; ATF 119 V 157 consid. 2a; MEYER-BLASER, Résiliation abusive du contrat de travail, nouvelles règles du Code des obligations en la matière et incidences de ces dernières dans le domaine de l'assurance sociale, en particulier sur le maintien de la couverture d'assurance et le droit aux prestations, Colloque de l'IRAL 1994, p. 183 sv.).

Certes, rappelle le TFA dans l'arrêt 121 V 377 consid. 2, si l'assuré au chômage a encore des droits à faire valoir découlant du contrat de travail (salaire ou indemnité pour résiliation anticipée des rapports de travail), il ne subit pas de perte de travail à prendre en considération (art. 11 al. 3 LACI) et il ne peut prétendre l'indemnité de chômage (art. 8 al. 1 let. b LACI; ATF 119 V 46). Toutefois, en cas de doutes quant aux droits découlant du contrat de travail, la caisse verse l'indemnité et se subroge au chômeur dans tous ses droits, y compris le privilège légal, jusqu'à concurrence de l'indemnité de chômage versée par elle, conformément à l'art. 29 al. 1 et 2 LACI. En application de cette disposition, des indemnités de chômage peuvent être versées, plus particulièrement, lorsque la créance du travailleur est certes incontestée, mais que son recouvrement est aléatoire en raison de l'insolvabilité de l'employeur. Dans un tel cas, il existe, comme l'exprime la loi, un doute quant à la satisfaction des prétentions du travailleur (art. 29 al. 1 in fine LACI; MUNOZ, loc.cit., p. 194).

8. Dans le cas d'espèce, la créance de la recourante est composée, d'une part, de salaire stricto sensu - avril et mai 2004 et paiement des heures supplémentaires- d'autre part de salaire dû pendant le congé légal et d'indemnités pour licenciement injustifié.

Par conséquent, au vu de la jurisprudence susmentionnée, le droit à l'indemnité de chômage est, a priori, ouvert. Vu ce qui précède, le recours sera admis, la décision de la caisse annulée, et le dossier renvoyé à la caisse pour examen du droit à l'indemnité de chômage, dans la négative pour détermination du montant de l'indemnité pour insolvabilité.

9. La recourante, qui obtient gain de cause, a droit à des dépens qui seront fixés en l'espèce à 1'500 fr.

***

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.

3. Annule les décisions des 27 octobre 2005 et 17 mars 2006.

4. Renvoie le dossier à la caisse pour décision au sens des considérants.

5. Condamne la caisse au versement d'une indemnité en faveur de la recourante de 1'500 fr.

6. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par plis recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

Le greffier	La Présidente :
Pierre RIES	Isabelle DUBOIS

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties et au Secrétariat d'Etat à l'économie par le greffe le