

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2108/2007

ATAS/339/2008

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 5

du 13 mars 2008

En la cause

Madame D _____, domiciliée à VETRAZ-MONTHOUX,
FRANCE, comparant avec élection de domicile en l'étude de
Maître BRUCHEZ Christian

recourante

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, sise rue
de Montbrillant 40, GENEVE

intimée

**Siégeant : Maya CRAMER, Présidente; Isabelle DUBOIS, Juliana BALDE, Karine
STECK et Doris WANGELER, juges; Christine BULLIARD MANGILI et
Monique STOLLER FÜLLEMANN, juges assesseurs.**

EN FAIT

1. Madame D _____, domiciliée en France et de nationalité française, était au bénéfice d'un contrat de travail de durée indéterminée en tant que serveuse au Café X _____.
2. Alors que l'intéressée était enceinte, cet établissement a cessé l'exploitation en date du 30 juin 2005.
3. Par demande déposée par devant la juridiction des Prud'hommes le 28 juillet 2005, l'intéressée a réclamé à son employeur le paiement des salaires afférents aux mois de juin et juillet 2005. Par la suite, elle a amplifié ses conclusions devant cette juridiction pour le paiement des salaires d'août à octobre 2005.
4. Le 28 novembre 2005, l'intéressée a accouché.
5. Par jugement du 27 février 2006, le Tribunal des Prud'hommes a condamné l'employeur au paiement des salaires afférents à septembre et octobre 2005. Dans ce jugement, à la page 10 consid. 6b, il est précisé ce qui suit:

"(...) la demanderesse a droit à son salaire jusqu'à la date de son accouchement, soit le 28 novembre 2005. La demanderesse est ensuite de toute évidence assujettie à la loi genevoise instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption (LAMat. RSGE J 5 07), elle doit ensuite bénéficier des indemnités de maternité durant 112 jours. A l'issue de cette période, son congé pourra ensuite lui être signifié en respect d'un délai de congé contractuel."

6. L'employeur a fait faillite en date du 22 mai 2006.
7. Par courrier du 10 juillet 2006, l'intéressée a réclamé à la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la caisse, puis l'intimée) le versement d'indemnités en cas d'insolvabilité en raison des salaires impayés par son employeur durant la période de septembre 2005 à juin 2006.
8. Par lettre de la même date, l'intéressée a produit dans la faillite de son employeur ses créances de salaires pour les mois de septembre 2005 à juin 2006.
9. La caisse a accepté d'indemniser l'intéressée pour les mois de septembre et d'octobre 2005.
10. Le 23 août 2006, l'assurée a réclamé à la caisse le paiement des indemnités en cas d'insolvabilité pour les mois de novembre 2005 et avril 2006.
11. A la même date, l'Office des faillites a résilié le contrat de travail de l'intéressée avec effet à la date du jugement de faillite.

12. Par décision du 4 septembre 2006, la caisse a refusé de donner suite à la demande de l'assurée au motif que celle-ci n'avait pas réclamé le paiement des salaires dus devant le Tribunal des Prud'hommes. La caisse lui a notamment reproché de ne pas avoir amplifié sa demande avant la dernière audience du 14 décembre 2005 devant cette juridiction. Elle a également estimé que l'assurée aurait dû demander en justice la totalité des salaires encore dus jusqu'à la fin du délai de congé légal, même si ces prétentions n'étaient pas encore échues.
13. Par décision du 30 avril 2007, la caisse a rejeté l'opposition formée par l'assurée contre la décision précitée, au motif que l'assurée avait violé l'obligation de diminuer son dommage, en omettant de réclamer à son ex-employeur les salaires afférents aux mois de novembre 2005 et avril 2006.
14. Le 30 mai 2007, l'assurée recourt contre cette décision en concluant à son annulation et à l'octroi des indemnités en cas d'insolvabilité pour les mois de novembre 2005 et avril 2006, sous suite de dépens. Elle fait valoir qu'elle ne pouvait demander devant le Tribunal des Prud'hommes que la condamnation de son employeur au paiement des salaires échus, de sorte qu'elle n'était pas en mesure de réclamer la totalité des salaires dus jusqu'à la fin du contrat. Il est vrai qu'elle aurait pu amplifier sa demande lors de l'audience du 14 décembre 2005 devant le Tribunal des Prud'hommes, afin de réclamer également le salaire de novembre 2005. Toutefois, elle en avait été empêchée en raison du défaut de son employeur à cette audience.
15. Par écritures du 28 juin 2007, l'intimée conclut au rejet du recours, tout en renvoyant à sa décision sur opposition, en ce qui concerne la motivation.
16. A la demande du Tribunal de céans, la recourante lui communique le 9 octobre 2007 qu'elle a été en capacité de travail totale jusqu'à son accouchement et qu'elle a bénéficié des allocations de maternité fédérales du 28 novembre 2005 au 5 mars 2006, puis des allocations de maternité cantonales jusqu'au 19 mars 2006.
17. Le 23 octobre 2007, l'intimé persiste dans ses conclusions.
18. Lors de l'audience de comparution personnelle des parties en date du 5 décembre 2007, la recourante déclare ce qui suit :

"Dès mars 2006, j'ai entrepris des recherches d'emploi. Je m'engage à produire les courriers y relatifs.

Du fait que je n'ai pas trouvé du travail, je me suis mise en congé parental en France. Ainsi, une modeste indemnité m'est versée depuis la faillite de mon dernier employeur.

Je cherche un travail en tant que serveuse avec des horaires pendant la journée. Cela est difficile à trouver, ce qui explique que je n'ai toujours pas trouvé un emploi.

J'admets avoir omis de réclamer à mon ex-employeur les salaires encore dus dès la fin de la période de protection de la maternité. J'ai en effet estimé que cela n'avait guère de sens, dans la mesure où l'établissement était fermé et l'employeur vraisemblablement insolvable."

19. A la demande du Tribunal de céans, la recourante lui transmet le 20 décembre 2007 copie de 3 courriers de demandes d'emploi pour les mois d'avril et mai 2006. Dans sa lettre d'accompagnement, elle précise qu'elle avait également déposé son dossier dans des agences de placement.
20. Le 8 janvier 2008, l'intimée persiste dans ses conclusions.
21. Sur ce, la cause est gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 8 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) 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.

2. Interjeté dans les délai et forme prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA).
3. Se pose en l'occurrence la question de savoir si la recourante peut prétendre aux indemnités en cas d'insolvabilité pour les mois de novembre 2005 et avril 2006.
4. En tant que salariée en Suisse, la recourante était affiliée à l'assurance-chômage obligatoire instituée par la LACI, selon l'art. 2 al. 1 let. a de cette loi.

La recourante étant domiciliée en France et ayant travaillé comme frontalière en Suisse, la question de l'application des traités internationaux, notamment européens, se pose également. Selon l'art. 1 al. 1 de l'annexe II «Coordination des systèmes de sécurité sociale» de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP; RS 0.141.112.681) entré en vigueur du 1^{er} juin 2002, en relation avec la section A de cette annexe, les parties contractantes appliquent entre elles en particulier le Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se

déplacent à l'intérieur de la Communauté, ainsi que le Règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil du 21 mars 1972 fixant les modalités d'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent, à l'intérieur de la Communauté, ou des règles équivalentes. Indépendamment de la question de savoir si le règlement 1408/71 s'applique aux indemnités d'insolvabilité, l'art. 13 ch. 2 let. a de celui-ci prévoit également l'application de la législation du lieu du travail.

5. Aux termes de l'art. 51 al. 1 let. a LACI, les assurés ont droit à une indemnité pour insolvabilité lorsqu'une procédure de faillite est engagée contre leur employeur et qu'ils ont, à ce moment-là, des créances de salaire envers lui. Selon l'art. 52 al. 1 LACI, 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. La demande d'indemnisation doit être présentée à la caisse publique compétente dans un délai de 60 jours à compter de la date de la publication de la faillite, en vertu de l'art. 53 al. 1 LACI. Par le versement de l'indemnité, la caisse est subrogée à l'assuré dans ses droits concernant la créance de salaires jusqu'à concurrence de l'indemnité versée et des cotisations des assurances sociales acquittées (art. 54 al. 1 LACI).
6. 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 (voir plus spécialement p. 59 consid. 3d, ainsi que GERHARDS, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, vol. III, p. 1290 note 8). Elle 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; à propos de ce principe général du droit des assurances sociales, voir également ATF 123 V 233 consid. 3c, 117 V 278 consid. 2b, 400 et les arrêts cités, RIEMER-KAFKA, Die Pflicht zur Selbstverantwortung, Fribourg 1999, p. 57, 551 et 572, ainsi que LANDOLT, Das Zumutbarkeitsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, thèse Zurich 1995, p. 61).

Cela ne veut cependant 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

(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 à juste titre 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).

Remplir son obligation de diminuer le dommage signifie pour l'assuré qu'il doit donner en temps utile des signes clairs qui permettront à la caisse de reconnaître objectivement sa ferme intention de réclamer les salaires impayés (rappel écrit, commandement de payer, etc.). Le droit à l'indemnité tombe lorsque le travailleur n'exerce pas son droit à l'indemnité à temps, que ce soit avant ou après la résiliation du rapport de travail, ou renonce à entreprendre toute démarche en vue de réaliser les créances de salaires dont l'encaissement est devenu incertain. L'assuré a en principe l'obligation de diminuer le dommage avant la résiliation de son rapport de travail déjà si l'employeur ne lui verse plus ou plus entièrement son salaire et qu'il doit par conséquent s'attendre à subir une perte de salaire. Les exigences auxquelles doit répondre l'obligation de diminuer le dommage sont cependant moins élevées avant la résiliation du rapport de travail qu'après l'avènement de celle-ci. La caisse appréciera au cas par cas, à la lumière de l'ensemble des circonstances, dans quelle mesure on peut attendre de l'assuré qu'il entame les démarches pour réaliser son salaire dès avant la résiliation de son rapport de travail et en particulier dans quel délai il doit produire ses créances de salaire pour remplir son obligation de diminuer le dommage. Après la résiliation du rapport de travail, la caisse jugera plus sévèrement si l'assuré remplit son obligation de diminuer le dommage – surtout quant à la rapidité d'action. Un jugement plus sévère se justifie d'autant plus que, n'étant plus sous contrat de travail, l'assuré n'a plus aucune raison de ne pas réclamer le salaire impayé et qu'à ce stade, il est sans aucun doute incertain que les créances de salaire soient payées (bulletin MT/AC 2004/1 – fiche 17/1 à 17/3).

7. En l'espèce, la recourante a formé la demande d'indemnisation dans le délai légal précité.
8. S'agissant de la période du 1^{er} au 27 novembre 2005, il sied de constater que celle-ci est largement antérieure aux quatre derniers mois du rapport de travail précédant la faillite de l'employeur prononcée le 22 mai 2006. Ainsi, la recourante ne saurait prétendre aux indemnités en cas d'insolvabilité durant ce laps de temps.
9. Reste à examiner le droit aux indemnités pour le mois d'avril 2006.

Indépendamment de la question de savoir si la recourante a satisfait à l'obligation de diminuer le dommage, il est à relever que, selon la jurisprudence, la créance de salaire est principalement liée à la fourniture d'un travail. Ainsi, l'indemnité en cas

d'insolvabilité ne peut être octroyée pour des prétentions en raison d'un congé avec effet immédiat et injustifié du travailleur, pour des indemnités de vacances qui n'ont pas été prises ou pour des prétentions émanant d'un travailleur empêché de travailler pour cause de maladie et que son employeur n'a pas assuré (ATF 125 V 494 consid. 3 b). Dans d'autres situations, le Tribunal fédéral a toutefois admis que le travailleur peut prétendre à l'octroi de l'indemnité en cas d'insolvabilité, même sans avoir fourni un travail, comme en cas de demeure de l'employeur au sens de l'art. 324 al. 1 du Code des obligations (CO; ATF 111 V 269). Le critère de distinction réside dans la délimitation entre l'indemnité pour insolvabilité et l'indemnité de chômage. Si l'assurée était apte au placement pendant la période en cause et s'il pouvait se soumettre aux prescriptions de contrôle de l'administration, il n'a pas droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité. Tel doit être admis pour les assurés licenciés avec effet immédiat et sans justes motifs (art. 337c CO) ou ceux congédiés en temps inopportun (art. 336c CO). Le maintien en droit d'un contrat de travail ne constitue pas un critère essentiel dès lors que, dans le premier cas, le contrat a pris fin en fait et en droit, alors que, dans le second, les rapports contractuels sont maintenus. A la différence de la situation découlant de la demeure de l'employeur, il s'avère ainsi que seule la signification d'un congé est déterminante (ATF 125 V 493 consid. 3 b).

S'agissant d'un assuré licencié et libéré de l'obligation de travailler, le Tribunal fédéral a jugé qu'il a la disponibilité nécessaire pour être apte au placement, de sorte que le droit à l'indemnité d'insolvabilité était exclu (ATF non publié du 28 janvier 2002, cause C 164/01, consid. 3 b). En effet, selon notre Haute Cour, la situation du travailleur, sous l'angle de l'aptitude au placement, qui ne doit plus travailler 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 (ATF 132 V 82 consid. 3.2 p. 85 s.).

10. En l'espèce, il n'est pas contesté que le contrat de travail était encore en vigueur en avril 2006, le contrat n'ayant été formellement résilié par l'Office des faillites que par lettre du 23 août 2006. Formellement, il convient ainsi de considérer que l'employeur était en demeure d'offrir un travail à la recourante. Toutefois, dans la mesure où l'employeur avait cessé l'exploitation de son établissement, la recourante savait que le contrat de travail était résilié de fait. Si l'employeur ne l'a pas formellement licenciée lors de la fermeture de son établissement, cela tient uniquement au fait qu'elle se trouvait dans une période de protection en raison de sa maternité. Cela étant, il y a lieu d'admettre que cette situation doit être assimilée à une résiliation du contrat de travail en temps inopportun ou du moins une résiliation avec libération de l'obligation de travailler.

Partant, la recourante ne peut prétendre aux indemnités en cas d'insolvabilité, en vertu de la jurisprudence précitée.

11. Néanmoins, il ne peut être exclu qu'une indemnité de chômage soit due par l'assurance-chômage suisse pendant la période qui a suivi la fin du congé maternité jusqu'à la résiliation du contrat par l'Office des faillites, question qui ne fait toutefois pas l'objet du présent litige. Il aurait ainsi appartenu à l'intimée d'examiner la demande de la recourante également sous cet angle. La cause sera par conséquent renvoyée à l'intimée afin qu'elle instruisse et statue à ce sujet.
12. Cela étant, le recours sera rejeté et la cause renvoyée à l'intimée pour instruction sur le droit à l'indemnité de chômage.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

conformément à l'art. 56 U al. 2 LOJ

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Renvoie la cause à l'intimée pour instruction sur l'éventuel droit à l'indemnité de chômage de la recourante et décision sur ce point.
4. Dit que la procédure est gratuite.
5. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Claire CHAVANNES

Maya CRAMER

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