

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2391/2018

ATAS/785/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 10 septembre 2018

6^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à CHÊNE-BOUGERIES, représenté
par SYNDICOM

recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHÔMAGE, sise rue
de Montbrillant 40, GENÈVE

intimée

**Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente; Teresa SOARES et Jean-Pierre WAVRE,
Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur A _____ (ci-après : l'assuré), né le _____ 1955, a été engagé par la société B _____ SA (ci-après : l'employeur) le 1^{er} septembre 1975 en tant qu'imprimeur offset.
2. Le 23 décembre 2015, l'employeur a résilié le contrat de travail de l'assuré pour le 31 octobre 2016 en indiquant que le préavis était de six mois et pouvait être prolongé de quatre mois.
3. Le 23 février 2016, l'employeur a écrit à l'assuré qu'il était libéré de son obligation de travailler dès le 1^{er} mars 2016.
4. Le 16 mars 2017, le Tribunal de première instance a prononcé la faillite de l'employeur.
5. Le 8 mai 2017, l'assuré a déposé auprès de la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse) une demande d'indemnité en cas d'insolvabilité (ci-après : ICI) en mentionnant un dernier jour de travail effectué le 28 février 2016 et un salaire reçu jusqu'au 31 janvier 2017 ; les rapports de travail prenaient fin le 31 juillet 2017 ; les créances de salaire en suspens correspondaient au salaire mensuel de CHF 5'526.- pour les mois de février et mars 2017.
6. Dès avril 2017, l'assuré a bénéficié de l'indemnité de chômage versée par la caisse de chômage Syndicom.
7. Le 25 avril 2017, l'employeur a établi un certificat de travail attestant d'un emploi de l'assuré du 1^{er} septembre 1975 au "28 février 2017" (sic).
8. Le 8 mai 2017, l'assuré a signé une subrogation en faveur de la caisse.
9. Le 3 mai 2017, l'assuré a produit dans la faillite de l'employeur une créance de CHF 36'379.50 avec intérêts à 5% du 1^{er} février au 16 mars 2017, correspondant aux salaires dus de février à juillet 2017.
10. Par décision du 15 mai 2017, la caisse a refusé à l'assuré sa demande d'ICI, au motif qu'il avait travaillé jusqu'au 28 février 2016, que son salaire lui avait été versé jusqu'au 31 janvier 2017 et que l'ICI ne couvrait pas le délai de congé.
11. Le 8 juin 2017, l'assuré, représenté par le syndicat des médias et de la communication (Syndicom), a fait opposition à cette décision en faisant valoir que l'ICI pouvait être allouée pendant le délai de congé, qu'il était encore sous contrat de travail lors de la déclaration de faillite de son employeur, qu'il avait été en incapacité de travail du 15 décembre 2016 au 5 avril 2017, de sorte qu'il n'avait pas été à même de rechercher un nouvel emploi et / ou de faire valoir son droit à l'indemnité de chômage. Dès février 2017, il n'avait plus perçu de salaire ; il avait droit à l'ICI durant toute sa période d'incapacité de travail durant laquelle il était inapte au placement ; subsidiairement, il devait au moins percevoir des indemnités de chômage pendant la période concernée. Il a joint des certificats médicaux du

centre médical à Chêne-Bourg SA, attestant d'une incapacité de travail totale de l'assuré du 15 décembre 2016 au 5 avril 2017.

12. Par décision du 28 juin 2018, la caisse a rejeté l'opposition de l'assuré, au motif que l'assuré disposait dès le 1^{er} mars 2016 d'une disponibilité suffisante pour rechercher et accepter un nouvel emploi, nonobstant une incapacité de travail du 15 décembre 2016 au 4 avril 2017.
13. Le 10 juillet 2018, l'assuré, représenté par Syndicom, a recouru auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice à l'encontre de la décision précitée en concluant à son annulation et à l'octroi par la caisse d'une ICI pendant la période concernée, subsidiairement, à l'octroi d'une ICI si les conditions en étaient remplies. Il percevait des indemnités de chômage depuis qu'il avait recouvré sa capacité de travail ; il n'était pas apte à l'emploi, puisqu'il était en incapacité de travail du 15 décembre 2016 au 5 avril 2017, soit pendant la période litigieuse qui s'étendait du 1^{er} février au 5 avril 2017. Le fait qu'il ait été libéré de son obligation de travailler dès le 1^{er} mars 2016 n'était ainsi pas pertinent, étant de surcroît âgé de plus de 60 ans et actif dans une branche où les opportunités d'emplois se faisaient rares.
14. Le 8 août 2018, la caisse a conclu au rejet du recours.
15. Le 20 août 2018, l'assuré a renoncé à répliquer.
16. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05) en vigueur dès le 1^{er} janvier 2011, la chambre des assurances sociales de la Cour de justice 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 - RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982 (loi sur l'assurance-chômage, LACI - RS 837.0).

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

2. Interjeté en temps utile, le recours est recevable (art. 60 LPGA).
3. Le litige porte sur le droit du recourant à une ICI correspondant au salaire dû par l'employeur pour les mois de février et mars 2017.
4. 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 (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.

Selon l'art. 52 al. 1 LACI, l'indemnité 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 maximal visé à l'art. 3, al. 2. Les allocations dues aux travailleurs font partie intégrante du salaire.

Selon l'art. 53 al. 1 LACI, lorsque l'employeur a été déclaré en faillite, le travailleur doit présenter sa demande d'indemnisation à la caisse publique compétente à raison du lieu de l'office des poursuites ou des faillites, dans un délai de 60 jours à compter de la date de la publication de la faillite dans la Feuille officielle suisse du commerce.

b. Contrairement aux autres prestations de l'assurance-chômage, l'ICI ne couvre pas le risque de perte d'emploi, mais uniquement le risque d'insolvabilité de l'employeur. Elle est versée lorsque l'employeur insolvable ne peut plus payer au travailleur le salaire qui lui est dû conformément au contrat. Elle a pour but de protéger les créances de salaire du travailleur, afin d'éviter que des pertes de salaire ne le touchent durement dans ses moyens d'existence (Bulletin LACI ICI, Marché du travail/Assurance-chômage, juillet 2018, A1, mars 2015).

c. Certaines créances salariales ne peuvent être couvertes par l'ICI. Suivant les cas, seule l'indemnité de chômage peut devoir être versée. Pour délimiter le champ d'application de ces deux types d'indemnité, 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 visées à l'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 licencié sans respect du délai de dédite ou avec effet immédiat et sans justes motifs au sens de l'art. 337c CO ; de celui qui a été congédié en temps inopportun au sens de l'art. 336c CO ; ou encore de celui mis à pied et libéré de l'obligation de travailler (ATF 132 V 82 consid. 3.2 p. 86 ; DTA 2008 p. 242 consid. 2.2 p. 244). Dans ces cas, l'assuré présente une disponibilité suffisante pour accepter un emploi et pour se soumettre aux prescriptions de contrôle (ATF 121 V 377 consid. 2b p. 379; arrêt du 19 avril 2002 [C 326/01] consid. 7.1). C'est alors l'indemnité de chômage (le cas échéant l'indemnité au sens de l'art. 29 LACI) qui peut être versée. (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, ad. art. 52, p. 428-429).

d. Les créances de salaire au sens de l'art. 51 LACI sont celles qui résultent d'un temps de travail effectif, pendant lequel l'assuré n'était pas apte au placement car il devait se tenir à disposition de l'employeur (ATF 132 V 82 consid. 3.2 p. 85 sv ; URS BURGHER, Die Insolvenzenschädigung, Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers als versichertes Risiko, Diss. Zurich 2004 p. 90 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_801/2011 du 11 juin 2012). La créance de salaire doit se rapporter à des heures de travail réelles, pendant lesquelles l'assuré ne peut pas être à la disposition

du service de l'emploi parce qu'il doit être à la disposition de l'employeur. Si l'assuré était apte au placement et en mesure de remplir les exigences de prescription de contrôle, il n'a pas droit à une ICI ; la libération pendant le délai de congé ne doit pas être traitée différemment (arrêt du Tribunal fédéral 8C_526/2017 du 15 mai 2018).

Les travailleurs mis à pied qui ne doivent plus fournir leur travail pendant le délai de congé sont suffisamment disponibles pour accepter un travail réputé convenable et se soumettre aux prescriptions de contrôle (DTA 2008 p.242).

S'agissant d'un assuré licencié et libéré de l'obligation de travailler, le Tribunal fédéral a jugé qu'il avait la disponibilité nécessaire pour être apte au placement, de sorte que le droit à l'ICI 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.).

Par contre, les périodes pendant lesquelles l'assuré a été empêché de travailler, sans faute de sa part, pour des raisons inhérentes à sa personne (p. ex. maladie, accident, service militaire ; cf. art. 324a CO) ou parce qu'il a pris des vacances, sont assimilées à des périodes de travail et sont dès lors indemnisées par le biais de l'ICI, à condition que l'employeur ait été tenu de continuer à verser le salaire et que l'assuré ne touchait aucune autre compensation légale ou contractuelle du salaire pendant la période en question (Bulletin LACI ICI, Marché du travail/Assurance-chômage, juillet 2018, A5, mars 2015).

e. Est réputé apte à être placé le chômeur qui est disposé à accepter un travail convenable et à participer à des mesures d'intégration et qui est en mesure et en droit de le faire (art. 15 al. 1 LACI). L'aptitude au placement comprend ainsi deux éléments: la capacité de travail d'une part, c'est-à-dire la faculté de fournir un travail - plus précisément d'exercer une activité lucrative salariée - sans que l'assuré en soit empêché pour des causes inhérentes à sa personne, et d'autre part la disposition à accepter un travail convenable au sens de l'art. 16 LACI, ce qui implique non seulement la volonté de prendre un tel travail s'il se présente, mais aussi une disponibilité suffisante quant au temps que l'assuré peut consacrer à un emploi et quant au nombre des employeurs potentiels (ATF 125 V 51 consid. 6a p. 58; 123 V 214 consid. 3 p. 216; DTA 2004 p. 186 consid. 2.2 [C 101/03] ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_169/2014 du 2 mars 2015).

En l'absence de rapport médical attestant d'une incapacité de travail d'une certaine importance et durable, l'assuré ne peut être considéré comme manifestement inapte au placement (arrêt du Tribunal fédéral 8C_749/2007 du 3 septembre 2008).

5. En l'espèce, le recourant a été libéré pendant le délai de congé de son obligation de travailler dès le 1^{er} mars 2016 ; il était donc, dès cette date, apte à l'emploi et en

mesure de se soumettre aux prescriptions de contrôle de l'assurance-chômage, ce qu'il ne conteste pas.

Par ailleurs, l'incapacité de travail du recourant du 15 décembre 2016 au 5 avril 2017 était une incapacité de travail passagère laquelle, selon la jurisprudence précitée, ne remet pas en cause l'aptitude au placement de ce dernier. De surcroît, le recourant n'a pas, durant son incapacité de travail pour maladie, été empêché de travailler sans faute de sa part pour son employeur dès lors qu'il était libéré par celui-ci, depuis le 1^{er} mars 2016, de l'obligation de travailler. Enfin, le fait que le recourant était âgé de plus de 60 ans et actif dans un domaine professionnel où les emplois sont rares ne sont pas des éléments pertinents pour déterminer le droit à l'ICI.

Partant, il n'a pas droit à l'ICI dès le 1^{er} février 2017.

6. Au vu de ce qui précède, le recours ne peut qu'être rejeté.

Pour le surplus, la procédure est gratuite.

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. 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 - RS 173.110) ; 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

Julia BARRY

Valérie MONTANI

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