

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2414/2018

ATAS/787/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 10 septembre 2018

6^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à NYON, 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) dès le 1^{er} février 1985 comme imprimeur offset.
2. Le 23 décembre 2015, l'assuré a été licencié pour le 31 octobre 2016 ; le préavis était de six mois et pouvait être prolongé de quatre mois.
3. Le 25 février 2016, l'employeur a libéré l'assuré de son obligation de travailler depuis le 1^{er} mars 2016.
4. L'assuré a été en incapacité de travail totale pour maladie, certifiée par le centre médico-chirurgical Nyon SA, du 10 juin au 13 novembre 2016 et pour accident du 2 au 24 mars 2017.
5. Le 16 mars 2017, le Tribunal de première instance a prononcé la faillite de l'employeur.
6. Le 6 mars 2017, l'assuré, représenté par le syndicat des médias et de la communication (Syndicom), a mis en demeure l'employeur de lui verser son salaire de février 2017.
7. Le 5 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 des rapports de travail du 1^{er} février 1985 au 30 avril 2017, un salaire reçu jusqu'au 31 janvier 2017 et une créance de salaire en suspens mensuelle de CHF 2'599.- pour le mois de décembre 2016, de CHF 528.375 pour le mois de janvier 2017 et de CHF 6'868.875 pour les mois de février, mars et avril 2017.
8. Le 3 mai 2017, l'assuré a produit une créance de CHF 23'734.-, avec intérêts à 5% du 1^{er} février au 16 mars 2017 dans la faillite de l'employeur.
9. Le 5 mai 2017, l'assuré a signé une subrogation en faveur de la caisse.
10. Depuis avril 2017, l'assuré a reçu une indemnité de chômage versée par la caisse de chômage UNIA.
11. Par décision du 15 mai 2017, la caisse a refusé la demande d'ICI de l'assuré, au motif qu'il avait travaillé jusqu'au 12 février 2016, que son salaire lui avait été payé jusqu'au mois de janvier 2017 et que l'ICI ne couvrait pas les délais de congé.
12. Le 8 juin 2017, l'assuré, représenté par Syndicom, a fait opposition à la décision précitée en faisant valoir que l'ICI pouvait être allouée pendant un délai de congé ; il était en arrêt de travail pour accident du 2 au 24 mars 2017 ; il était inapte au placement durant toute la période de son incapacité de travail, de sorte qu'il avait droit à l'ICI et que la caisse pouvait se subroger à ses droits vis-à-vis de son employeur.

-
13. Par décision du 28 juin 2018, la caisse a rejeté l'opposition de l'assuré, au motif que l'assuré avait été libéré le 1^{er} mars 2016 de l'obligation de travailler et disposait ainsi d'une disponibilité suffisante pour rechercher et accepter un nouvel emploi, nonobstant une incapacité de travail du 2 au 24 mars 2017.
 14. 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 de la caisse du 28 juin 2018, en concluant, principalement, à son annulation, à l'octroi par la caisse de l'ICI pendant la période concernée, subsidiairement, au prononcé de l'octroi de l'ICI pour la période concernée si les conditions en sont remplies.

Il avait été en longue incapacité de travail en 2016, puis en 2017, et n'était dès lors pas en mesure de rechercher un emploi pendant ces périodes ; le fait qu'il avait été libéré de l'obligation de travailler n'était pas pertinent, étant de surcroît âgé de plus de 60 ans et actif dans une branche où les opportunités d'emploi se faisaient rares. Du 2 au 24 mars 2017, il n'était pas apte au placement et donc pas en mesure de se soumettre aux prescriptions de contrôle, de sorte qu'il avait droit à l'ICI ; il était logique, vu son âge, qu'il ne soit pas pénalisé en devant recourir plus tôt que nécessaire aux indemnités de chômage, hypothéquant ainsi son droit, sans faute de sa part.
 15. Le 8 août 2018, la caisse a conclu au rejet du recours.
 16. Le 20 août 2018, l'assuré a renoncé à répliquer.
 17. 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 non versé par l'employeur du 1^{er} décembre 2016 au 30 avril 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 et en particulier dès le 1^{er} février 2017, 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 pour accident du recourant du 2 au 24 mars 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 ses périodes d'incapacité de travail pour maladie et accident, 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