RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2418/2004 **ATAS/146/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 24 février 2005

3ème chambre

En la cause

Monsieur Z_____, recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Groupe réclamations, case postale 3507, 1211 Genève 3 intimé

Siégeant : **Madame Karine STECK, Présidente,**
Mesdames Isabelle DUBOIS et Doris WANGELER, juges

EN FAIT

1. Monsieur Z_____ a travaillé du 1er mai 2002 au 30 avril 2003 comme responsable de la logistique auprès de la société X_____. Son salaire était de Fr.7'000.- brut, depuis le mois d'octobre 2002.

2. Le 5 février 2003, l'employé a reçu son salaire du mois de janvier 2003. Le 6 mars 2003, il a reçu un acompte de Fr. 5'000.- sur son salaire de février 2003.

3. Par courrier du 31 mars 2003, l'employeur a résilié le contrat de travail avec effet au 30 avril 2003, au motif que la société n'était plus en mesure de garantir à son employé un salaire au-delà de cette date.

4. L'employé a encore reçu un acompte de Fr. 1'000.- sur son salaire de mars 2003. Il n'a en revanche jamais reçu les soldes des mois de février et mars 2003, ni le salaire correspondant au mois d'avril 2003.

5. Le 27 octobre 2003, l'employé et son employeur, soit pour lui Monsieur B_____, ont conclu un accord pour solde de tout compte : le premier reconnaissait qu'au 30 avril 2003, tous les comptes étaient soldés, à l'exception des salaires de mars et avril 2003 qui n'avaient pas pu être payés par manque de trésorerie. Il était précisé que l'employé avait préalablement accepté de renoncer à une partie de son salaire tant que la société n'était pas en mesure de le payer. L'employeur a reconnu devoir encore la somme de Fr. 9'000.- net et s'engageait à solder sa dette d'ici le 30 juin 2004, par le biais de versements mensuels réguliers de janvier à juin 2004.

6. Le 3 février 2004, la société a versé à son ancien employé la somme de Fr. 1'500.-.

7. N'ayant rien reçu pour le mois de février 2004, l'employé a formé, le 25 mars 2004, une réquisition de poursuite pour un montant de Fr. 7'500.- avec intérêts à 5% dès le 1er mars 2004 à l'encontre de son ancien employeur.

8. Le 25 mai 2004, le Tribunal de Première Instance du canton de Genève a prononcé la faillite de la société.

9. Le 1er juin 2004, l'employé a produit sa créance en salaire dans le cadre de la faillite. Il a précisé que le montant réclamé - Fr. 17'440.- - correspondait aux salaires de février à avril 2004, déduction faite des acomptes qui lui avaient été versés par la société.

10. Le 1er juin 2004, l'intéressé a déposé une demande d'indemnité en cas d'insolvabilité auprès de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après OCE).

11. Par décision du 7 juin 2004, ce dernier a rejeté la demande, au motif que l'assuré n'avait pas pris toutes les mesures propres à sauvegarder ses droits envers son ancien employeur.

12. L'assuré a formé réclamation contre cette décision par courrier du 6 juillet 2004. Il a précisé qu'après son licenciement, il avait gardé contact avec son ancien employeur afin de solliciter le règlement des sommes qui lui étaient dues. Il avait gardé l'espoir que la situation financière de l'entreprise s'améliorerait et qu'il pourrait être réengagé, comme son ancien employeur le lui avait fait miroiter. N'ayant pas retrouvé d'emploi, l'espoir d'un réengagement l'incitait à une certaine patience. Voyant que les promesses qui lui avaient été faites restaient sans suite, il avait exigé en octobre 2003 que son employeur lui signe une reconnaissance de dette et qu'il s'acquitte immédiatement d'une partie du montant dû. L'assuré a fait remarquer qu'il n'était pas resté inactif depuis son licenciement et que grâce à ses démarches, il avait pu obtenir de son ancien employeur la somme de Fr. 2'500.- ainsi que la signature d'une reconnaissance de dette. Par ailleurs, il avait initié une procédure de poursuite dès l'instant où il s'était rendu compte que les promesses de la société ne seraient pas tenues. Il a également précisé qu'il n'avait pas saisi la juridiction des Prud'hommes en raison de l'espoir qu'il conservait d'être réengagé et du fait qu'une telle procédure prendrait du temps et ne lui aurait pas permis d'obtenir plus rapidement ce qu'il avait obtenu par la voie de la négociation. Il a joint à sa réclamation une attestation établie le 30 juin 2004 par Monsieur B_____ pour la société X_____. Ce dernier confirme que bien que la société ait dû licencier l'intéressé, il a longtemps été question de le réengager. Il en avait été question régulièrement, soit au moins une fois par mois entre le jour du licenciement et le 27 octobre 2004, date de leur accord écrit.

13. Le 7 septembre 2004, l'assuré a été entendu par l'Office cantonal de l'emploi. A cette occasion, il a réaffirmé que, compte tenu de la situation, il avait fait tout ce qui était en son pouvoir pour protéger au mieux ses intérêts et pour récupérer ses arriérés de salaire.

14. Par décision du 26 octobre 2004, le Groupe réclamations a rejeté l'opposition. Il a considéré que les démarches de l'assuré après le 27 octobre 2003 ne suffisaient pas à démontrer qu'il avait entrepris tout ce qui était en son pouvoir pour faire valoir ses droits, qu'au contraire il avait, durant les deux derniers mois des rapports de travail, accepté de travailler sans salaire et s'était, durant les six mois qui avaient suivi son licenciement, contenté de relances orales. L'argument de l'assuré sur la nécessité de conserver de bonnes relations envers son ancien employeur n'a pas été retenu, dans la mesure où la réticence d'un salarié à agir contre son employeur ne peut être prise en compte que durant les rapports de travail, non plus après la résiliation de ceux-ci. En bref, le Groupe réclamation a considéré qu'en attendant près de six mois après la résiliation du contrat de travail pour faire valoir fermement ses droits envers son employeur en lui faisant signer une reconnaissance de dettes et

en renonçant à cette occasion à une partie de sa créance, l'assuré n'avait pas satisfait à son obligation de diminuer le dommage.

15. Par courrier du 26 novembre 2004, l'assuré a interjeté recours contre cette décision. Il allègue que c'est précisément parce qu'il s'est montré ferme vis-à-vis de son ancien employeur et qu'il l'a relancé à de nombreuses reprises qu'il a pu obtenir la signature d'une reconnaissance de dette après six mois de tractations. Quant au fait qu'il n'ait pas saisi la juridiction des Prud'hommes, il explique qu'il est notoire que le délai pour obtenir un jugement de la juridiction est de plusieurs mois, voire plusieurs années à Genève, et que s'il avait porté en justice le différend l'opposant à son employeur, il aurait en définitive obtenu un jugement condamnatoire devant être exécuté par la suite par la voie des poursuites dans un délai qui n'aurait pas été plus court que celui qui lui a été nécessaire pour l'obtention d'une reconnaissance de dette. Il précise que sa demande d'indemnité porte uniquement sur le versement de Fr. 7'500.—soit le montant de Fr. 9'000.- figurant sur la reconnaissance de dette, déduction faite du montant de Fr. 1'500.- qui lui ont été payés par X_____ le 3 février 2004. Enfin, il réaffirme que s'il a privilégié la voie de la négociation, c'est qu'il conservait l'espoir d'être réengagé par son ancien employeur. Ayant déjà été au chômage et connaissant les difficultés qui se posent pour retrouver un emploi, il lui semblait important de ne pas se priver d'une possibilité d'embauche.

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 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 (art. 162 LOJ).

2. Le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît, en instance unique, des contestations relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 notamment (LACI ; cf. art. 56V al. 1 let. b LOJ). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. Interjeté dans le délai légal de trente jours dès la notification de la décision sur opposition, le recours est recevable (art. 56 et 60 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000, entrée en vigueur le 1er janvier 2003 [LPGA]).

4. Le litige porte sur la question de savoir si l'assuré a réellement tout entrepris pour satisfaire à son obligation de diminuer le dommage.

5. a) Les travailleurs assujettis au paiement des cotisations au service d'un employeur insolvable sujet à une procédure d'exécution forcée en Suisse 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 en salaires envers lui ou que 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 qu'ils ont présenté une demande de saisie pour créance de salaires envers leur employeur (art. 51 al. 1 let. a-c LACI).

   Les dispositions des art. 51ss LACI ont ainsi introduit 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 LP aux créances de salaires (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 salaires du travailleur pour lui assurer les moyens d'existence et éviter que des pertes ne le touchent durement (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 532ss ; Adrian STAEHELIN, Die zeitliche Begrenzung des von der Insolvenzentschädigung gedeckten Lohnes, in Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Duc, Lausanne 2001, p. 315ss ; NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], 1998, ch. 492).

   b) Jusqu'au 18 février 2000, la jurisprudence prévoyait que, lorsque l'ouverture de la faillite ou la demande de saisie intervenait après la fin des rapports de travail, le droit à l'indemnité présupposait que l'employeur ait déjà été insolvable au moment de la dissolution des rapports de travail et que l'ouverture de la faillite ou la demande de saisie ait été différée pour des motifs sur lesquels l'assuré n'avait aucune prise (ATF 114 V 59 consid. 3d ; DTA 1989 p. 95). Par la suite, le Tribunal fédéral des assurances a jugé qu'il existait également un droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité lorsque l'insolvabilité de l'employeur ne survenait qu'après la dissolution des rapports de travail (arrêt B. du 18 février 2000 [C 362/98], dont un compte-rendu est publié dans la RSAS 2001 p. 92 ; DTA 2002 p. 190ss).

   c) Conformément à l'art. 55 al. 1 LACI, le travailleur est toutefois tenu, dans la procédure de faillite, de prendre toutes les mesures propres à sauvegarder son droit envers l'employeur jusqu'à ce que la caisse l'informe de sa subrogation dans ladite procédure. L'obligation de diminuer le dommage qu'exprime l'art. 55 al. 1 LACI exige du travailleur qui n'a pas reçu son salaire en raison de difficultés économiques rencontrées par l'employeur qu'il entreprenne à l'encontre de ce dernier toute

démarche utile en vue de récupérer sa créance, sous peine de perdre son droit à l'indemnité. Il s'agit d'éviter que l'assuré reste inactif en attendant le prononcé de la faillite de son ex-employeur (ATF 114 V 60 consid. 4; DTA 1999 no 24 p. 143 consid. 1c).

En principe, l'obligation de diminuer le dommage à la charge du travailleur existe également avant la dissolution du rapport de travail, quand l'employeur ne verse pas - ou pas entièrement - le salaire et que le salarié peut s'attendre à subir une perte. L'indemnité en cas d'insolvabilité ne saurait en effet couvrir des créances de salaires auxquelles l'assuré a renoncé sans raison justifiée. L'obligation de diminuer le dommage qui incombe à l'assuré *avant* la résiliation des rapports de travail n'est toutefois pas soumise aux mêmes exigences que celle qui lui incombe *après* la résiliation des rapports de travail. Après la résiliation du rapport de travail, il convient de juger sévèrement si l'assuré a rempli son obligation de diminuer le dommage, surtout quant à la rapidité de l'action.

Concernant le délai dans lequel le travailleur doit faire valoir ses créances envers son ancien employeur, le TFA a estimé qu'il devait le faire « innert nützlicher Frist » c'est-à-dire dans un délai utile, et ne pouvait pas attendre au regard des art. 51ss LACI jusqu'à la fin du délai de cinq ans prévu par la disposition du code des obligations relative à l'exigibilité des créances (art. 128 ch. 3 CO ; ATFA C 291/96 du 26 mai 1997).

d) L'autorité intimée se réfère aux directives du Secrétariat d'état à l'économie (SECO), lequel a cité, au nombre des démarches nécessaires, la sommation, la réquisition de poursuite et l'action en paiement. Le SECO a répertorié, dans son Bulletin du marché du travail et de l'assurance-chômage (bulletin MT/AC) un certain nombre d'exemples tirés de la jurisprudence.

Ainsi, le Tribunal fédéral des assurances (TFA) a jugé qu'un assuré dont le rapport de travail avait pris fin longtemps avant la faillite de l'employeur et qui avait attendu plus d'un an après la fin des rapports de travail avant de réclamer le salaire impayé – il avait renoncé à engager une procédure de poursuite parce que son employeur et débiteur était son père - n'avait pas droit à l'indemnité.

Dans un autre arrêt, le TFA a considéré qu'un laps de temps de trois mois après la fin du rapport de travail ne satisfaisait pas à l'obligation de diminuer le dommage car l'assuré n'avait pendant cette période, entrepris aucune démarche pour recouvrer ses créances de salaires et s'était contenté d'attendre l'ouverture de la faillite.

Le TFA a en revanche considéré qu'avait rempli son obligation de diminuer le dommage l'assuré qui avait réclamé ses créances de salaires par l'intermédiaire d'un représentant juridique, par téléphone et par écrit, immédiatement après la

résiliation de son rapport de travail et bien qu'il ait engagé la poursuite avec un certain retard.

Dans un autre cas d'espèce encore, dans lequel le rapport de travail avait été résilié et où l'assuré avait réclamé ses créances de salaires pour la première fois par écrit plus de six mois après leur échéance, sans entreprendre ensuite aucune démarche juridique pour les réaliser jusqu'à ce que le sursis concordataire ait été définitivement accordé et l'appel aux créanciers lancé, le TFA a estimé que l'obligation de diminuer le dommage n'était pas remplie.

e) En l'espèce, et contrairement à l'affaire à laquelle se réfère l'autorité intimée - affaire dans laquelle les salaires n'avaient pu être versés dès le début des rapports de travail, faute de liquidités, et où le versement du salaire semblait lié à la réalisation et au succès du projet que la société était chargée de développer, ce dont le salarié s'était accommodé (C 364/01 du 12 avril 2002) -, la créance du recourant n'a pas été compromise dès le début des rapports de travail. Au contraire, son salaire lui a été régulièrement versé depuis son engagement, le 1er mai 2002, jusqu'au mois de janvier 2003. Les circonstances sont donc différentes de l'arrêt auquel se réfère l'autorité intimée, puisque le recourant n'a pas accepté de travailler des mois durant sans rémunération.

Par ailleurs, s'il est vrai que l'obligation de diminuer le dommage est soumise à des exigences plus élevées après la résiliation du rapport de travail, il y a lieu de relever que la situation du recourant est différente de celle d'un employé qui rompt définitivement tout lien avec son ex-employeur, puisqu'en l'occurrence, ce dernier lui a fait longtemps miroiter la possibilité de le réembaucher. Le recourant avait donc tout intérêt à conserver de bonnes relations avec lui et à tenter d'obtenir son dû par la voie de la négociation.

En outre, on ne saurait reprocher au recourant d'être demeuré inactif en attendant la faillite de la société. Au contraire, il a relancé plusieurs fois son employeur, a réussi à obtenir le versement de quelques acomptes et finalement la signature d'une reconnaissance de dette. Enfin, une fois la faillite déclarée, il a produit sa créance. En l'occurrence, on peut considérer qu'il a montré de manière non équivoque et reconnaissable pour l'employeur le caractère sérieux de sa prétention de salaire.

6. Eu égard aux considérations qui précèdent, le Tribunal est d'avis que le recourant a correctement rempli l'obligation de diminuer le dommage qui lui incombait. Le recours est donc admis et la décision litigieuse annulée.

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. Constate que Monsieur Z_____ a droit à une indemnité en cas d'insolvabilité ;

4. Annule la décision du 7 juin 2004 et la décision sur opposition du 26 octobre 2004 ;

5. Dit que la procédure est gratuite ;

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).

La greffière:	La Présidente :
Janine BOFFI	Karine STECK

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