
EN FAIT

1. Monsieur M_____ (ci-après l'assuré ou le recourant), né en 1986, a travaillé en tant que chauffeur-livreur du 1^{er} décembre 2010 au 31 mai 2011 pour l'entreprise individuelle X_____ (ci-après l'employeur), réalisant à ce titre un revenu mensuel brut de 4'200 fr.
2. Il ressort des courriers des 12 et 31 mai 2011 adressés par l'assuré à l'employeur que ce dernier ne s'est pas acquitté des salaires d'avril et de mai 2011.
3. Lors de l'audience de conciliation qui s'est tenue le 11 juillet 2011 devant le Tribunal des prud'hommes, l'employeur s'est engagé à verser à l'assuré la somme brute de 8'840 fr. et le montant net de 5'297 fr. 15 en trois versements, à intervenir respectivement le 31 juillet, le 31 août et le 30 septembre 2011.
4. Le 29 août 2011, l'assuré a fait notifier à son employeur un commandement de payer portant sur ces montants, auquel ce dernier a fait opposition.
5. Le Tribunal de première instance a prononcé la mainlevée définitive de l'opposition (JTPI/3949/2012) le 12 mars 2012.
6. Le 7 août 2012, l'Office des poursuites a adressé une commination de faillite à l'employeur.
7. En date du 29 novembre 2012, l'assuré a déposé une requête en faillite ordinaire à l'encontre de son employeur.
8. Par jugement du 26 avril 2013 (JTPI/5937/2013), le Tribunal de première instance a déclaré irrecevable dite requête au motif que l'assuré ne s'était pas acquitté de l'avance de frais dans le délai imparti à cet effet.
9. Le 13 juin 2013, l'assuré a déposé une demande d'indemnité en cas d'insolvabilité auprès de la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la Caisse ou l'intimée) pour les créances de salaire en suspens des mois d'avril et mai 2011 de 8480 fr., ainsi que les heures supplémentaires afférentes à la période de décembre 2010 à mai 2011, et les frais médicaux de 5'297 fr. 15.
10. Par décision du 17 juin 2013, la Caisse a refusé de donner suite à la demande de prestations de l'assuré. Retenant que selon la loi, le droit à une indemnité pour insolvabilité était donné lorsqu'une procédure de faillite était engagée contre un employeur et qu'un assuré avait des créances de salaire envers lui, il incombait en l'espèce à l'assuré d'effectuer les démarches nécessaires auprès du Tribunal de première instance afin de faire prononcer la faillite.
11. L'assuré s'est opposé à cette décision le 4 juillet 2013. Il a rappelé que conformément à la loi, les travailleurs avaient droit à l'indemnité pour insolvabilité lorsque la procédure de faillite n'était pas engagée car aucun créancier n'avait consenti à l'avance de frais en raison de l'endettement notoire de l'employeur. Selon la pratique, cette indemnité était due lorsque la procédure d'exécution forcée s'était déroulée au moins jusqu'à la décision officielle de ne pas entrer en matière

sur la réquisition de faillite, faute d'avance de frais. L'assuré a indiqué que les avances de frais consenties jusqu'alors par ses soins s'élevaient à 596 fr. et que son employeur faisait l'objet de poursuites à hauteur de 370'000 fr. L'assuré a déclaré n'avoir pas payé l'avance de frais requise par le Tribunal de première instance en raison de l'endettement notoire de son employeur. Dans le cas contraire, il aurait dû assumer seul cette avance ainsi que les frais de déclaration de faillite. Il remplissait donc les conditions légales pour se voir reconnaître le droit à une indemnité en cas d'insolvabilité. Il y avait lieu de ne pas confondre sa situation avec celle d'un assuré ayant déposé une requête en faillite sans poursuite préalable, dans lequel le non-paiement de l'avance de frais entraînaient la déchéance du droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité, conformément à la pratique administrative. L'assuré a notamment joint à son opposition l'extrait de poursuites concernant son employeur, dont il ressort que ce dernier est recherché par des créanciers pour un montant total de l'ordre de 326'829 fr.

12. La Caisse a écarté l'opposition par décision du 27 août 2013. Elle a rappelé que selon la loi, un travailleur avait droit à l'indemnité pour insolvabilité lorsque la procédure de faillite n'était pas engagée pour la seule raison qu'aucun créancier n'était prêt à faire l'avance des frais à cause de l'endettement notoire de l'employeur. En l'espèce, l'employeur n'avait pas été déclaré en faillite car l'assuré n'avait pas versé l'avance de frais requise pour l'ouverture de la faillite. Or, selon la Caisse, l'avance de frais dont il était question dans la loi avait trait à la responsabilité du créancier pour les premiers frais liés à la procédure de faillite, et non à ceux concernant le prononcé de la faillite. En effet, selon la législation en matière de poursuites, celui qui requérait la faillite répondait des frais jusqu'à et y compris la suspension des opérations faute d'actif ou jusqu'à l'appel aux créanciers. Une procédure de faillite est alors ouverte si un créancier opère l'avance de frais et la société pouvait être liquidée de manière sommaire ou par suspension par défaut d'actifs. Si aucun créancier ne faisait l'avance de frais ou ne requérait la liquidation sommaire, le tribunal prononçait la clôture de la faillite. La société avait été déclarée en faillite mais sa liquidation n'était pas encore déterminée. L'assuré n'était alors pas obligé de faire l'avance afférente à la procédure de liquidation et pouvait solliciter l'indemnité pour insolvabilité. En l'espèce, l'assuré s'étant refusé à faire l'avance de frais pour le prononcé de la faillite, il ne pouvait être indemnisé pour l'insolvabilité de son employeur.
13. Par écriture du 25 septembre 2013, l'assuré interjette recours contre la décision de la Caisse. Il conclut, sous suite de dépens, à l'annulation de la décision du 27 août 2013 et au versement de l'indemnité pour insolvabilité. Il réaffirme que les travailleurs au service d'un employeur insolvable ont droit à cette indemnité lorsque 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. Selon la directive administrative, la non-ouverture de la faillite n'ouvre le droit à l'indemnité pour insolvabilité qu'après la réquisition de faillite,

c'est-à-dire au moment à partir duquel la procédure d'exécution forcée engagée ne se poursuit pas sans avance de frais. C'est donc la décision officielle du juge de ne pas entrer en matière sur la réquisition de faillite, ou la décision de non-ouverture de la faillite parce qu'aucun créancier n'est prêt à en avancer les frais, qui déclenche le droit à l'indemnité pour insolvabilité. Le recourant allègue que selon la jurisprudence, le droit à cette indemnité prend naissance au moment de la procédure d'exécution forcée où les créanciers invités par le juge de la faillite à verser une avance de frais à la suite du dépôt d'une réquisition de faillite renoncent au paiement de cette avance en raison de l'endettement notoire de l'employeur. Une décision formelle du juge de non-entrée en matière sur la réquisition de la faillite pour défaut d'avance des frais de justice n'est d'ailleurs pas nécessaire. Partant, la simple commination de faillite suffirait à ouvrir un droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité. En l'espèce, la décision dont est recours est clairement en contradiction avec ces principes. Elle est de plus arbitraire puisqu'elle viole manifestement la lettre de la loi.

14. Dans sa réponse du 22 novembre 2013, l'intimée conclut au rejet du recours. Elle se réfère à un avis du SECO du 28 octobre 2011, qui porte sur l'avance de frais en matière de réquisition de faillite sans poursuites préalables. L'intimée relève que le non-paiement de l'avance de frais dans ce cadre n'ouvre pas le droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité. Partant, elle ne peut être prise en charge par une caisse de chômage. Dans le cas contraire, les travailleurs requérant une faillite sans poursuite préalable se verraient reconnaître un avantage, car ils obtiendraient plus rapidement et sans aucun frais l'indemnité pour insolvabilité. L'intimée ajoute que l'employeur du recourant reste inscrit au registre du commerce malgré les nombreuses poursuites dont il fait l'objet. Si l'intimée devait verser des indemnités quand bien même aucune réquisition de faillite n'a abouti, cet employeur pourrait continuer à engager du personnel qui viendrait à son tour déposer des demandes d'indemnités pour insolvabilité.
15. Dans ses déterminations du 2 décembre 2013, le recourant persiste dans ses conclusions. Il soutient que les considérations de l'intimée ne sont pas pertinentes puisqu'elles visent le cas très spécifique du droit à l'indemnité pour insolvabilité en cas de faillite sans poursuite préalable. Le recourant n'a pas intenté une telle procédure dans la présente affaire. Il relève pour le surplus que la Cour de céans n'est pas liée par les directives administratives dont se prévaut l'intimée. Il ajoute qu'il est choquant que cette dernière tente de faire supporter aux assurés les conséquences d'agissements malhonnêtes de certains entrepreneurs.
16. Sur ce, 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; RSG 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. En vertu de l'art. 1^{er} al. 1 et 2 LACI, les dispositions de la LPGA, à l'exclusion de ses art. 21 et 24 al. 1^{er}, s'appliquent à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité.
3. Interjeté dans les forme et délai prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 38 et art. 56 ss LPGA).
4. Le litige porte sur le droit du recourant à une indemnité pour insolvabilité.
5. 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) lorsqu'une procédure de faillite est engagée contre leur employeur et qu'ils ont, à ce moment-là, des créances de salaire envers lui (let. a) 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 (let. b) ou ils ont présenté une demande de saisie pour créance de salaire envers leur employeur (let. c). L'art. 51 al. 2 LACI dispose que n'ont pas droit à l'indemnité les personnes qui fixent les décisions que prend l'employeur - ou peuvent les influencer considérablement - en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise; il en va de même des conjoints de ces personnes, lorsqu'ils sont occupés dans la même entreprise.

Aux termes de 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.

En opérant le versement de l'indemnité, la caisse se subroge à l'assuré dans ses droits concernant la créance du salaire, y compris le privilège légal, jusqu'à concurrence de l'indemnité qu'elle a versée et des cotisations des assurances sociales qu'elle a acquittées. La caisse ne peut renoncer à faire valoir ses droits à moins que la procédure de faillite ne soit suspendue par le juge qui a prononcé la faillite (art. 54 al. 1 LACI).

Conformément à l'art. 55 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. Une fois que la caisse est devenue partie à la procédure, le travailleur est tenu de l'assister utilement dans la défense de ses droits (al. 1). Le travailleur est tenu de rembourser l'indemnité, en dérogation à l'art. 25 al. 1 LPGA, lorsque sa créance de salaire n'est pas admise lors de la faillite ou de la saisie ou n'est pas couverte à la suite d'une faute intentionnelle ou d'une négligence grave de sa part ou encore que l'employeur a honoré la créance ultérieurement (al. 2).

6. Les dispositions des art. 51ss LACI ont introduit une assurance perte de gain en cas d'insolvabilité de l'employeur, destinée à combler une lacune dans le système de protection sociale. Pour le législateur, le privilège conféré aux créances de salaire par l'art. 219 de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP ; RS 281.1) 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 les créances de salaire du travailleur pour lui assurer les moyens d'existence et éviter que des pertes ne le touchent durement dans son existence (ATFA non publié C 143/01 du 23 novembre 2001, consid. 3a et les références citées).

L'art. 51 al. 1 let. b. LACI dans sa teneur actuelle est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1992. Auparavant, l'ouverture de la faillite était une condition dont dépendait le droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité, et il n'était pas possible de couvrir des pertes de salaire lorsque ni l'assuré ni un créancier tiers n'étaient disposés à verser l'avance des frais de procédure d'ouverture de faillite conformément à l'art. 169 LP, car on ne pouvait savoir à l'avance si ces frais pourraient être recouverts. Or, dans l'optique de la révision de la LACI, il n'y avait pas lieu de traiter ce cas d'insolvabilité manifeste de l'employeur autrement que celui où la faillite était effectivement ouverte (Message du Conseil fédéral à l'appui d'une révision partielle de la loi sur l'assurance-chômage du 23 août 1989, FF 1989 III 392).

7. Selon l'art. 169 LP, celui qui requiert la faillite répond des frais jusqu'à et y compris la suspension des opérations faute d'actif (art. 230) ou jusqu'à l'appel aux créanciers (art. 232) (al. 1). Le juge peut exiger qu'il en fasse l'avance (al. 2).

Par frais de la faillite, on entend aussi bien les émoluments que les frais définis par l'ordonnance sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (OELP ; RS 281.35), en particulier par l'art. 52 OELP (ATF 118 III 37 consid. 2a). Aux termes de cette disposition, l'émolument pour la décision d'ouverture de la faillite est de 40 à 200 francs pour les cas non litigieux (let. a); 50 à 500 francs pour les cas litigieux (let. b).

Le défaut de versement de l'avance autorise le juge à refuser de déclarer la faillite. Une telle omission équivaut à un retrait de la requête au sens de l'art. 167 LP (Flavio COMETTA, Commentaire romand de la LP, n. 5 ad art. 169).

-
8. En cas d'endettement notoire de l'employeur, une décision judiciaire de non-entrée en matière sur la requête de faillite n'est pas exigée. Le droit à l'indemnité pour insolvabilité naît déjà lorsque les créanciers – à réception de la décision d'avance de frais du tribunal compétent en matière de poursuite – s'abstiennent de procéder à cette avance, qu'ils retirent leur requête ou qu'ils laissent s'expirer le délai imparti à cet effet (DTA 2012 p. 389, consid. 4.1 ; ATF 134 V 188 consid. 6 ; Barbara KUPFER BUCHER, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzentschädigung, 4^{ème} éd. 2013, p. 248).

Le fait que l'autorité compétente requière une avance de frais avant l'ouverture de la faillite est un indice démontrant l'endettement notoire de l'employeur (DTA 2008 p. 163 consid. 6.2 ; ATF non publié 8C_410/2012 du 24 septembre 2012, consid. 4.2).

9. En l'espèce, le recourant ne s'est pas acquitté de l'avance de frais visée par l'art. 169 LP, arguant qu'il ne voulait pas s'exposer à des dépenses supplémentaires dont le remboursement n'était pas assuré.

Force est dès lors de constater que la procédure d'exécution forcée est ainsi parvenue au stade requis par les tribunaux pour ouvrir le droit à une indemnité pour insolvabilité. La décision de l'intimée n'est dès lors manifestement pas conforme au droit et à la jurisprudence citée. Les considérations de l'intimée à l'appui de sa décision sur opposition – dont le fondement juridique diffère au demeurant de la décision du 17 juin 2013, dans laquelle elle s'était basée sur l'art. 51 al. 1 let. a LACI – selon lesquelles c'est l'avance de frais requise non pas pour l'ouverture de la faillite mais pour la procédure de liquidation qui serait visée par l'art. 51 al. 1 let. b LACI, sont manifestement erronées.

L'intimée invoque encore l'avis du SECO du 28 octobre 2011 à l'appui de sa position. Dans ce document, portant sur un cas d'espèce, le SECO a notamment relevé que l'avance de frais dont il est question à l'art. 51 al. 1 let. b LACI correspond à celle visée par l'art. 169 al. 2 LP et que l'avance de frais exigée dans le cadre de l'ouverture de la faillite sans poursuite préalable ne se fonde pas sur cette disposition. Partant, le non-paiement d'une avance de frais dans une faillite sans poursuite préalable n'ouvre pas droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité.

Or, dans la mesure où l'avis du SECO porte sur un cas de figure différent puisqu'il vise la procédure de faillite sans poursuite préalable, il n'est d'aucun secours à l'intimée.

Quant à l'argumentation développée par l'intimée, selon laquelle elle s'expose au risque de devoir servir des indemnités en cas d'insolvabilité à de nouveaux travailleurs lorsque l'employeur n'a pas été radié du registre du commerce, on distingue mal sa pertinence. En premier lieu, l'indemnité pour insolvabilité n'est pas réservée aux seuls employés de sociétés inscrites au registre du commerce. En effet, le cas d'insolvabilité de l'art. 51 al. 1 let. c LACI est réalisé lorsque le travailleur a déposé une demande de saisie (ATFA non publié 8C_801/2011 du 11

juin 2012, consid. 5.1). Or, la poursuite par voie de saisie est réservée aux personnes qui ne sont pas inscrites au registre du commerce, comme cela ressort de l'art. 39 LP. De plus, comme le souligne à juste titre le recourant, il n'a pas à être pénalisé par le comportement de l'employeur dans l'examen de sa demande d'indemnité en cas d'insolvabilité. Enfin, il n'incombe pas à l'assuré d'engager des frais qu'il ne pourra recouvrer afin d'éviter un dommage supplémentaire à une caisse.

10. Le recourant réclame l'indemnité pour les créances de salaire en suspens des mois d'avril et mai 2011 de 8480 fr., ainsi que les heures supplémentaires, afférentes à la période de décembre 2010 à mai 2011, et les frais médicaux de 5'297 fr. 15.

S'il ne fait pas de doute que l'indemnité est due pour les mois d'avril et mai 2011, selon l'art. 52 al. 1 LACI, s'agissant des deux derniers mois du rapport de travail, cela est moins clair pour la somme de 5'297 fr. 15. L'intimée ne s'étant pas prononcée sur cette question, il y a lieu de lui renvoyer la cause pour instruction sur ce point et nouvelle décision.

11. Eu égard à ce qui précède, le recours est partiellement admis. La décision sera annulée et le recourant sera mis au bénéfice de l'indemnité pour les salaires impayés d'avril et mai 2011. La cause sera enfin renvoyée à l'intimée pour examen du droit à l'indemnité concernant la somme de 5'297 fr. 15 due par l'employeur et nouvelle décision.
12. Le recourant, qui obtient gain de cause, a droit à des dépens qu'il convient de fixer à 1'500 fr. (art. 61 let. g LPGA).

Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

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

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.
3. Annule la décision du 27 août 2013.
4. Octroie au recourant l'indemnité en cas d'insolvabilité pour les mois d'avril et mai 2011, sous réserve que les autres conditions légales pour le droit à cette indemnité soient remplies.
5. Renvoie la cause à l'intimée pour instruction complémentaire au sens des considérants et nouvelle décision concernant la requête d'indemnité en cas d'insolvabilité portant sur la somme de 5'297 fr. 15.
6. Condamne l'intimée à verser au recourant une indemnité de 1'500 fr. à titre de dépens.
7. Dit que la procédure est gratuite.
8. 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

Diana ZIERI

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