

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3361/2005

ATAS/98/2006

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 2

du 31 janvier 2006

En la cause

Monsieur M _____,

Recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, rue de
Montbrillant 40, case postale 2293, 1211 GENEVE 2

Intimée

**Siégeant : Madame Isabelle DUBOIS , Présidente, Mesdames Doris WANGELER et
Juliana BALDE, Juges**

EN FAIT

1. La société T _____ SARL a été inscrite au registre du commerce du canton de Genève le 13 juin 2001, avec comme but la gestion du dancing « le N _____ ».

Par ailleurs, la société T _____ N _____ SARL a été inscrite au registre du commerce du canton de Genève le 28 août 2002, avec comme but la gestion du dancing « le M _____ ».

2. Monsieur M _____ (ci-après le recourant), a travaillé au «M _____ », en qualité de barman, jusqu'à la fin du mois de février 2005.
3. Selon jugements du Tribunal de première instance, la société T _____ N _____ SARL a été déclarée en faillite le 17 janvier 2005, et la société T _____ SARL le 15 février 2005.
4. À partir du mois de mars 2005, l'exploitation des deux dancings susmentionnés a été reprise par la société S _____. Cette société, inscrite au registre du commerce du canton de Fribourg le 12 décembre 2004, puis transférée à celui du canton de Berne le 20 avril 2005, est active dans le domaine de la gastronomie, de l'équipement/installation de restaurants et de lieux de divertissement, l'organisation de manifestations dans ces domaines et le commerce de marchandises de toutes sortes.
5. Par demande reçue par la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHÔMAGE (ci-après la caisse) le 11 mars 2005, le recourant a sollicité le versement d'une indemnité en cas d'insolvabilité pour le mois de février 2005, pour lequel il n'avait pas reçu son salaire. Il a par ailleurs produit dans la faillite pour le versement de ce salaire ainsi que des vacances non prises en nature.
6. Par décision du 31 mars 2005, la caisse a rejeté la demande, au motif que les dispositions sur l'indemnité en cas d'insolvabilité n'avaient pas pour but de permettre au repreneur d'une société d'échapper à ses responsabilités, qu'en l'occurrence le salaire du mois de février 2005 devait être versé par la société S _____.
7. Suite à l'opposition formée par le recourant le 12 avril 2005, la caisse a confirmé sa décision en date du 25 août 2005. Elle se fonde sur l'article 333 alinéa 1 du code des obligations (ci-après CO), qui prévoit que lorsque "l'employeur transfère l'entreprise ou une partie de celle-ci à un tiers les rapports de travail passent à l'acquéreur avec tous les droits et obligations qui en découlent, au jour du transfert, à moins que le travailleur ne s'y oppose". Selon l'alinéa 3 de cette disposition, "l'ancien employeur et l'acquéreur répondent solidairement des créances du travailleur échues dès avant le transfert jusqu'au moment où les rapports de travail

pourraient normalement prendre fin (...)" . En outre, selon la jurisprudence, les créances de salaire afférentes à la période consécutive à l'ouverture de la procédure de faillite ne peuvent pas fonder un droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité (cf. DTA 1993/1994 n°5 p. 34).

8. Dans son recours du 20 septembre 2005, complété le 7 octobre, le recourant explique que S_____ a débuté ses activités le 1er mars 2005, et a réengagé les employés des sociétés faillies, mais n'a ni repris ni racheté celles-ci. S'il est exact que Monsieur M_____ a été le gérant des sociétés faillies et de S_____, tel n'est plus le cas depuis le mois de mars 2005. Il réclame le versement par la caisse des sommes produites par lui-même dans la faillite. Les employés des dancings n'ont été mis au courant de la faillite que très tard. Les motifs de la décision sur opposition sont peu clairs.
9. Dans sa réponse du 25 octobre 2005, la caisse indique maintenir ses décisions, auxquelles elle renvoie pour le surplus.
10. Le Tribunal de céans a ordonné l'audition, en qualité de témoin, de Monsieur B_____, dans le cadre d'affaires similaires, et le procès-verbal de cette audition a été porté au dossier d'entente entre les parties.

Lors de son audition le 13 décembre 2005, le témoin a indiqué être barman et responsable du dancing le "N_____", et a confirmé être administrateur de S_____. Il a travaillé durant tout le mois de février 2005. Il a appris la faillite autour du 20 - 23 février 2005. Il a été contacté par T_____, propriétaire des locaux dans lesquels sont exploités les dancings, qui lui a proposé d'en reprendre la direction. La date du 1er mars 2005 a été fixée par lui-même, en raison du salon de l'auto, qu'il savait être une bonne période pour démarrer l'exploitation. La société a payé le salaire des danseuses pour le mois de février parce qu'il est impossible de trouver des danseuses à bref délai, pour leur engagement il faut compter quatre à six semaines. Si les autres salaires n'ont pas été versés c'est, d'une part, qu'il n'y avait plus de liquidités, d'autre part que la société ne devait pas les salaires avant le mois de mars 2005 selon Monsieur M_____. Le contrat des danseuses a continué tel quel. L'argent de la caisse des dancings était versé de la main à la main tous les jours à Monsieur M_____. C'est ce dernier qui versait les salaires.

11. Le Tribunal de céans a ordonné la comparution personnelle des parties, qui s'est tenue le 10 janvier 2006. Le recourant a déclaré avoir travaillé tout le mois de février 2005. Vers la fin du mois, le 24 ou le 25, il a appris de la bouche de M. BUCOLO, la faillite de la société. M. B_____ lui a demandé s'il était d'accord de continuer de travailler comme avant car le dancing devait être repris par une autre société.

M. B _____ lui a dit, concernant le salaire, qu'il ne devait pas y avoir de problème et qu'il devrait être payé. Il lui a annoncé qu'il allait reprendre lui-même l'affaire. S'il avait appris la faillite à la fin du mois de janvier, il aurait demandé des garanties pour son salaire, peut-être une avance sur salaire. Il n'a rien touché pour le mois de février, ni acompte ni avance. Il en est de même des jours de vacances et autres primes. Finalement M. B _____ lui a annoncé qu'il n'y avait pas d'argent pour les salaires du mois de février. L'activité s'est poursuivie de manière inchangée, il est payé normalement depuis mars 2005.

12. A l'issue de l'audience, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1^{er} 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 16 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.

2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 8 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 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.

3. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 à 60 LPGA).
4. Les art. 51 et 52 al. 1 LACI prévoient ce qui suit:

Art. 51:

"¹ 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.

² 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.

Art. 52 al. 1 (dans sa teneur au 1er janvier 2003) :

"¹ 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, jusqu'à concurrence, pour chaque mois, du montant maximum visé à l'art. 3, al. 2. Les allocations dues aux travailleurs font partie intégrante du salaire".

En outre, l'art. 75a de l'ordonnance fédérale (OACI) intitulé " Ignorance du moment de l'ouverture de la faillite" précise que

"Outre les créances visées à l'art. 52, al. 1, LACI, l'indemnité en cas d'insolvabilité couvre les créances de salaire nées après l'ouverture de la faillite tant que l'assuré ne pouvait raisonnablement savoir que la faillite avait été prononcée et que ces créances ne constituaient pas des dettes de la masse en faillite".

Les dispositions des art. 51 ss LACI ont introduit, au 1^{er} janvier 1992, 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 loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite (ci-après LP) aux créances de salaire (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 salaire du travailleur pour lui assurer les moyens d'existence et éviter que des pertes ne le touchent durement dans son existence (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 532 sv; ATFA C 319/01). Par ailleurs, l'indemnité en cas d'insolvabilité ne couvre que des créances de salaire qui portent sur un travail réellement fourni (ATF 127 V 185 consid. 3b); par exemple, elle ne peut pas être octroyée pour des prétentions en raison d'un congédiement immédiat et injustifié du travailleur (ATF 125 V 494 consid. 3b et les arrêts et références cités; voir aussi circulaire du SECRETARIAT D'ETAT A L'ECONOMIE (SECO))

5. La caisse considère, en l'espèce, que les conditions de l'octroi de l'indemnité pour insolvabilité seraient en théorie remplies, sous réserve de déterminer la date exacte de la connaissance de la faillite, mais que les dispositions du CO y font en l'occurrence échec, car les sociétés faillies ont sans conteste été reprises au sens de l'article 333 CO.

La question de savoir s'il y a eu reprise au sens strict du terme peut cependant rester ouverte. En effet, le Tribunal fédéral des assurances a jugé, après avoir interprété l'article 333 CO d'après son texte, son esprit, son but et les valeurs sur lesquelles il repose, que celui qui acquiert une entreprise et poursuit avec les travailleurs les rapports de travail existant avant la reprise ne répond pas des créances de salaire pendantes, qui étaient devenues exigibles avant la reprise, si la reprise de l'entreprise est survenue à la suite de la faillite du précédent employeur (ATF 129 III 335). Ainsi, même s'il y a eu reprise dans le cas d'espèce, cela ne rend pas la société S_____ débitrice du recourant antérieurement au 1er mars 2005.

Par ailleurs, la jurisprudence citée par la caisse est antérieure aux modifications légales entrées en vigueur au 1er janvier 2003 et rappelées ci-dessus.

Enfin, les sommes réclamées (salaires et indemnités de vacances) ne sont pas des dettes de la masse en faillite, mais des dettes du failli. En effet, sont des dettes de la masse celles qui tirent leur source d'un fait postérieur à ce moment (cf. GILLIERON, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, éditions PAYOT, p. 279), ce qui n'est pas le cas des prétentions découlant d'un contrat de travail.

6. Par conséquent, le recourant a un droit à l'indemnité pour insolvabilité.

Le Tribunal considère, par ailleurs, qu'il est établi avec une vraisemblance prépondérante que le recourant a eu connaissance de la faillite au plus tard le dimanche 26 février 2005, aucun élément ne permettant de mettre en doute son allégation à ce sujet, qui est par ailleurs compatible avec la date à laquelle M. B_____ a lui-même appris la faillite. Il sera rappelé à ce sujet que, selon la jurisprudence, dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5 let. b 125 V 195 consid. ch. 2 et les références).

7. Le recours sera par conséquent admis, les décisions annulées, et la cause renvoyée à la caisse pour calcul de l'indemnité due jusqu'à connaissance de la faillite.

**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 et annule les décisions des 31 mars et 25 août 2005.
3. Invite la caisse à rendre une décision au sens des considérants.
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 par pli 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).

Le greffier

La Présidente :

Pierre RIES

Isabelle DUBOIS

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