

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/379/2019

ATAS/311/2019

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 10 avril 2019

4^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à GENÈVE, représenté par le
syndicat UNIA

recourant

contre

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

intimée

**Siégeant : Catherine TAPPONNIER, Présidente; Dana DORDEA et Christine
LUZZATTO, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur A_____ (ci-après l'assuré ou le recourant), né le _____ 1967, a été engagé comme cuisinier par B_____ Sàrl (ci-après la société ou l'employeuse) du 1^{er} janvier 2013 au le 31 août 2014, puis du 15 novembre 2015 au 31 mai 2016.
2. Le 29 avril 2016, l'assuré a été licencié avec effet au 31 mai 2016.
3. Le syndicat Unia (ci-après Unia) a informé l'employeuse de l'assuré, le 10 août 2016, avoir été mandaté par l'assuré pour la défense de ses intérêts, car ses salaires pour les mois travaillés du 15 novembre 2015 au 30 mai 2016 ne lui avaient pas été versés. Son employeuse lui devait encore CHF 3'100.- de solde de salaires pour la période du 1^{er} janvier 2013 au 31 juillet 2014. L'employeuse était mise en demeure de verser à l'assuré les montants dus dans les plus brefs délais, soit au plus tard le 25 août 2016.
4. Le 12 octobre 2016, Unia a accordé un ultime délai à l'employeuse de l'assuré au 27 octobre 2016 pour payer les montants dus à ce dernier, étant resté sans réponse à son premier courrier.
5. Le conseil de l'employeuse de l'assuré a informé Unia, le 20 octobre 2016, que son mandant lui avait remis le courrier du 12 courant et le priait de lui adresser une copie du courrier du 10 août 2016, des contrats de travail et le détail du montant impayé.
6. Le 28 octobre 2016, Unia a transmis au conseil de la société les pièces requises.
7. Le 7 novembre 2016, le conseil de l'employeuse a posé des questions complémentaires à Unia.
8. Unia a répondu, le 8 novembre 2016, que l'assuré n'avait pas été payé du tout pour la période du 15 novembre 2015 au 30 mai 2016 et que tout portait à croire que le paiement des charges sociales et de l'impôt à la source retenus n'avait pas été effectué, raison pour laquelle la prétention était exprimée en brut. Pour ce qui concernait le premier contrat, un accord avait été trouvé avec l'employeuse, qui avait proposé de payer les salaires en retard par paiement échelonné. Il restait toutefois un solde à payer de CHF 3'500.-.
9. L'assuré a formé une demande en paiement contre son employeuse auprès du Tribunal des prud'hommes le 3 août 2017, concluant à ce que celle-ci soit condamnée à lui verser, avec intérêts, ses salaires des mois de novembre à décembre 2015 et de janvier à mai 2016. Il indiquait avoir été embauché une première fois par la société, par contrat du 18 décembre 2012, du 1^{er} janvier 2013 au 31 août 2014, puis une seconde fois, par contrat du 15 novembre 2015, de ce jour au 31 mai 2016. Durant cette dernière période, l'assuré n'avait pas perçu ses salaires.
10. Par ordonnance du 9 janvier 2018, le Tribunal des prud'hommes a constaté que la cause était suspendue, en vertu de l'art. 207 LP, et qu'elle ne pourrait être reprise,

en cas de liquidation ordinaire, qu'après les dix jours suivant la seconde assemblée des créanciers ou, en cas de liquidation sommaire, qu'après les vingt jours suivant le dépôt de l'état de collocation.

11. L'assuré a déposé une demande d'indemnité en cas d'insolvabilité à la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la caisse ou l'intimée) le 11 janvier 2018, suite à la déclaration de faillite de la société.
12. Le 11 janvier 2018, l'assuré a produit sa créance salariale dans la faillite de la société, précisant n'avoir touché aucun salaire de son employeuse, qui les lui devait pour les mois de février à mai 2016, à hauteur de CHF 4'550.- par mois, soit au total CHF 18'200.-.
13. Par décision du 16 janvier 2018, la caisse a refusé la demande d'indemnité en cas d'insolvabilité formée l'assuré le 11 janvier 2018, au motif que l'assuré n'avait pris aucune mesure en vue de récupérer son salaire pendant trois mois après la fin du rapport de travail, référence faite à l'ATFA C 91/01 du 4 septembre 2001. Force était de constater qu'il n'avait pas été payé durant les six mois et demi de travail et que son dossier ne présentait aucune preuve écrite de démarches visant à récupérer ses salaires pendant cette période. De plus, ce n'était qu'à partir du 4 avril 2017, soit dix mois après avoir quitté son employeuse, qu'il avait entamé une procédure prud'homale. La caisse ne pouvait donc pas donner suite à sa demande.
14. Le 12 février 2018, l'assuré a formé opposition à la décision précitée, concluant à son annulation. Il faisait valoir qu'il avait mis, à plusieurs reprises, son employeuse en demeure de lui verser ses salaires oralement, car il ne maîtrisait pas bien la langue française. Celle-ci lui avait toujours promis qu'elle le paierait, raison pour laquelle il avait, dans un premier temps, attendu. La première mise en demeure écrite avait été effectuée par Unia, le 10 août 2016 – soit moins de trois mois après la fin des rapports de travail – puis une seconde, le 12 octobre 2016. Du 20 octobre au 8 novembre 2016, l'employeuse, par le biais de son conseil, et Unia avaient échangé divers courriers. En avril 2017, une demande en conciliation avait été déposée auprès du Tribunal des prud'hommes. La société avait été déclarée en faillite par jugement du 27 novembre 2017. Ses droits avaient été préservés par les mises en demeure de l'employeuse. On ne pouvait pas lui reprocher de ne pas avoir entrepris toutes les démarches nécessaires pour récupérer ses salaires. Il n'avait pas attendu que son employeuse se trouve en faillite pour réclamer ses salaires et faire valoir ses prétentions. Ce n'était pas à lui de souffrir de la malhonnêteté de son employeuse. Il avait effectué toutes les démarches que l'on pouvait attendre de lui pour ne pas nuire à l'assurance-chômage.
15. Par décision sur opposition du 13 décembre 2018, la caisse a rejeté l'opposition formée par l'assuré à sa décision du 16 janvier 2018. Malgré sa première expérience négative avec son employeuse, il s'était à nouveau engagé avec elle. Pendant plus de six mois, il avait fourni ses services sans être rémunéré. À teneur de ses déclarations, il avait d'abord tenté de faire valoir ses droits oralement, se

contentant de promesses verbales de son employeuse quant à un paiement futur. Ses démarches concrètes pour réclamer les salaires impayés avaient débuté le 10 août 2016, soit tardivement à la lumière de l'ensemble des circonstances du cas particulier. L'assuré n'avait pas satisfait à son obligation de diminuer le dommage.

16. Le 29 janvier 2019, l'assuré a formé recours contre la décision sur opposition précitée concluant à son annulation. Il faisait valoir qu'à l'époque des relations contractuelles, et même après celles-ci, il n'avait aucune raison de penser que la société avait des difficultés financières et qu'elle risquait la faillite. Il n'était pas resté inactif durant les rapports de travail. Il avait, à plusieurs reprises, sommé oralement son employeur de lui verser ses salaires. Ne maîtrisant pas le français à l'écrit, et son employeur lui promettant que ses salaires lui seraient versés, il lui était difficile d'entamer d'autres démarches tant qu'avaient duré les rapports de travail.
17. Par réponse du 27 février 2019, la caisse a conclu au rejet du recours. Le dossier de l'assuré ne contenait pas de pièces attestant de démarches propres à obtenir le règlement de ses arriérés de salaire avant le 10 août 2016. Outre le fait que les mises en demeure orales alléguées ne reposaient que sur ses seules déclarations, celles-ci ne pouvaient être prises en compte, car elles ne montraient pas de manière non équivoque et reconnaissable pour l'employeur, le caractère sérieux de sa prétention de salaire. À cela s'ajoutait qu'en n'entretenant pas de démarches concrètes, l'employeuse avait pu être confortée dans le non-paiement des salaires sans crainte d'être inquiétée. Selon la jurisprudence, des démarches orales ne suffisaient pas (arrêt du Tribunal fédéral 8C_956/2012 consid. 6 et 8C_682/2009 consid. 4.2). Dans le cas du recourant, cela était d'autant moins acceptable qu'il avait déjà connu des difficultés avec la même employeuse, puisqu'il n'avait que partiellement reçu ses salaires liés à son précédent rapport de travail et qu'un solde de CHF 3'100.- lui restait dû. L'argument selon lequel il lui était difficile d'entamer d'autres démarches que des sommations orales, car il ne maîtrisait pas le français, tombait à faux, dès lors qu'il savait pouvoir compter sur le syndicat Unia pour ce faire.
18. 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 - 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, 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).

La durée de quatre mois constitue en quelque sorte la période maximale durant laquelle un employé impayé est censé continuer à travailler sans être rémunéré par

son employeur. Si cette période se prolonge, on doit attendre de l'employé en question qu'il use des prérogatives de l'art. 337 a CO, c'est-à-dire qu'il mette en demeure son employeur de lui fournir des sûretés, dans un bref délai, sous menace de résiliation du contrat de travail (Boris RUBIN, Assurance-chômage, 2006, p. 563 et les réf. citées, dont ATF du 9 août 2005; C77/05 consid. 4.3 et DTA 2006 p. 73 ; 2005 p. 217).

Selon la jurisprudence, des interventions orales ne suffisent pas pour satisfaire à l'obligation de réduire le dommage (arrêt du Tribunal fédéral 8C_956/2012 du 19 août 2013). Toutefois, l'obligation de diminuer le dommage qui incombe déjà au travailleur avant la résiliation des rapports de travail, si l'employeur ne verse pas le salaire – ou pas entièrement – répond à des exigences moins élevées qu'après le congé. Pour refuser le droit en application de l'art. 55 LACI, il faut que l'assuré ait commis au moins une négligence grave. L'employé qui est parfaitement au courant du fait que son employeur ne peut pas le rémunérer n'a pas droit à l'indemnité s'il s'accommode de cette situation. Il doit alors entamer des démarches sérieuses et contraignantes pour obtenir le paiement de son salaire. À plus forte raison, le fait de ne rien entreprendre pour permettre à l'employeur d'investir les liquidités dans d'autres projets, contrevient à l'obligation de réduire le dommage (Boris RUBIN, op. cit. page 578 et les références citées).

6. En l'espèce, force est de constater que l'assuré n'a pas entamé de démarches écrites envers son employeuse avant le 10 août 2016, alors qu'il n'avait pas été du tout payé par celle-ci depuis le 15 novembre 2015 et qu'il avait déjà eu des problèmes pour toucher ses salaires, lors de son précédent contrat de travail avec la même employeuse. Il n'a ainsi pas respecté son obligation de diminuer le dommage, au sens de l'art. 55 al. 1 LACI. Le fait qu'il ne maîtrise pas bien le français ne peut justifier son retard à réagir autrement qu'oralement, ce qui ne suffit pas selon la jurisprudence. Le recourant était manifestement capable de se renseigner et de demander de l'aide, comme il l'a finalement fait en s'adressant à Unia. C'est donc à juste titre que l'intimée a refusé sa demande d'indemnité pour insolvabilité.
7. Infondé, le recours doit être rejeté.
8. La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

**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

Isabelle CASTILLO

Catherine TAPPONNIER

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