RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/830/2021 **ATAS/730/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 30 juin 2021

5ème Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié c/o Mme B_____, _____, à RENENS	recourant

contre

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

Siégeant : Philippe KNUPFER, Président; Toni KERELEZOV et Andres PEREZ, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Monsieur A_____ (ci-après : l'intéressé ou le recourant), né en _____1988, a travaillé en qualité de peintre pour la société C_____ Sàrl (ci-après : l'employeur), du 22 juin 2015 au 27 novembre 2015. Le chantier a été arrêté par l'employeur.

2. Le syndicat SIT (ci-après : le SIT) a assisté le personnel de l'employeur en vue d'obtenir le paiement des salaires.

3. En date du 20 septembre 2016, le SIT, pour l'intéressé, a déposé auprès du tribunal des Prud'hommes une demande en paiement pour une valeur litigieuse de CHF 44'284. 90, correspondant à des salaires impayés, contre son employeur.

4. Par jugement du tribunal des Prud'hommes daté du 16 juin 2017, l'intéressé a obtenu gain de cause.

5. En l'absence de paiement, le SIT, pour l'intéressé, a requis une poursuite contre l'employeur en date du 10 octobre 2017, qui a abouti à une notification par l'office des poursuites (ci-après : l'OP) le 16 octobre 2017 d'un commandement de payer, dans une poursuite n° 1_____ ; l'employeur a fait opposition le 18 octobre 2017.

6. Le SIT, pour l'intéressé, a déposé une requête en mainlevée définitive de l'opposition, le 16 novembre 2017 ; par jugement du 27 avril 2018, le tribunal de première instance a prononcé la mainlevée définitive de l'opposition formée au commandement de payer.

7. Par réquisition de continuer la poursuite, datée du 22 mai 2018, le SIT, pour l'intéressé, a fait valoir la créance de CHF 39'703.90, en se fondant sur le jugement de mainlevée définitive de l'opposition du 27 avril 2018.

8. Suite à une commination de faillite notifiée le 16 mai 2018 par une tierce personne, le tribunal de première instance a déclaré l'employeur en état de faillite, dès le 11 mars 2019 à 14h15.

9. Par formulaire daté du 21 mars 2019 et adressé à l'office des faillites (ci-après : l'OF), le SIT, pour l'intéressé, a produit une créance de CHF 46'233.- dans la faillite de l'employeur (soit CHF 39'703.90.- en capital et CHF 6'259.10 d'intérêts de retard).

10. En date du 25 mars 2019, le SIT, pour l'intéressé, a déposé une demande d'indemnité en cas d'insolvabilité (ci-après : ICI) auprès de la caisse cantonale de chômage (ci-après : la caisse ou l'intimée). Il a indiqué dans le formulaire que les rapports de travail avec l'employeur avaient duré du 22 juin 2015 au 27 novembre 2015, dernier jour de travail et a mentionné n'avoir reçu aucun salaire, pour une activité de peintre.

11. Par courrier du 13 mai 2019, la caisse a informé l'intéressé qu'elle avait contacté l'OP au sujet de la commination de faillite de l'employeur et que ledit office n'avait pas pu établir un lien entre une commination de faillite de l'employeur et

l'intéressé ; la caisse a demandé à l'intéressé de lui apporter la preuve qu'il avait demandé la faillite de l'employeur, depuis le 13 avril 2018.

12. Par e-mail daté du 29 mai 2019, puis par e-mail de relance du 21 août 2019, le SIT a interpellé la caisse en demandant si l'indemnité ICI avait été versée à l'intéressé.

13. Par décision du 23 août 2019, la caisse a refusé de donner suite à la demande de l'intéressé du 25 mars 2019. Elle a rappelé que l'employeur de l'intéressé avait fait faillite en date du 11 mars 2019. L'intéressé avait mis en demeure son employeur de lui régler les salaires impayés et une requête de conciliation avait été déposée auprès du tribunal des Prud'hommes en date du 24 mars 2016, suivie d'une autorisation de procéder datée du 19 mai 2016. Le 20 septembre 2016, l'intéressé avait déposé une demande de paiement auprès du tribunal des Prud'hommes qui avait rendu son jugement en date du 16 juin 2017. En date du 21 novembre 2017, l'intéressé avait déposé une requête en mainlevée définitive de l'opposition formée au commandement de payer, par devant le tribunal de première instance qui avait rendu un jugement en date du 27 avril 2018, par lequel il avait prononcé la mainlevée définitive de l'opposition formée au commandement de payer. Dans le cadre de la procédure de faillite de l'employeur, l'intéressé avait produit, le 21 mars 2019, sa créance pour un montant brut de CHF 46'233.- auprès de l'office des faillites. Néanmoins, il apparaissait que l'intéressé n'avait entrepris aucune démarche entre le moment où il avait obtenu le jugement de mainlevée définitive, soit le 27 avril 2018, et le moment où il avait produit sa créance dans le cadre de la faillite, soit le 21 mars 2019. Selon la jurisprudence, le droit à l'indemnité dépendait de la question de savoir si l'intéressé avait fait valoir ses créances de salaire en temps utile, soit à quel moment il avait engagé une poursuite ou introduit sa demande auprès du tribunal compétent en matière de conflits du travail. Dans le cas présent, la caisse constatait que l'intéressé n'avait entrepris aucune démarche pendant 9 mois, ce qui justifiait le refus de la demande d'indemnité en cas d'insolvabilité.

14. En date du 26 août 2019, l'OF a confirmé à l'intéressé que par jugement du 8 août 2019, le tribunal de première instance avait clôturé, par défaut d'actif, la liquidation de la faillite de l'employeur.

15. Par courrier du 19 septembre 2019, le SIT, pour l'intéressé, s'est opposé à la décision de refus du 23 août 2019 et a conclu à l'annulation de ladite décision et à l'octroi de l'ICI. Il a précisé que, suite au jugement de mainlevée définitive, il avait déposé une réquisition de continuer la poursuite en date du 22 mai 2018. Après cette démarche, il alléguait que les saisies avaient débuté contre l'employeur, mais avaient été interrompues par la faillite de ce dernier, en date du 11 mars 2019.

16. Selon l'intéressé, la lenteur de l'office des poursuites était à l'origine des délais, ce qui ne pouvait pas lui être reproché. Il joignait en annexe le jugement du 27 avril 2018 par lequel le tribunal de première instance prononçait la mainlevée définitive

de l'opposition formée au commandement de payer dans la poursuite n°1_____, ainsi que la réquisition de continuer la poursuite, signée en date du 22 mai 2018.

17. Par décision du 4 février 2021, la caisse a rejeté l'opposition du 19 septembre 2019 de l'intéressé contre la décision du 23 août 2019. Elle a rappelé qu'en cas de faillite de l'employeur prononcée postérieurement à la dissolution des rapports de travail, l'employé qui n'avait pas reçu son salaire avait l'obligation d'entreprendre à l'encontre de ce dernier les démarches utiles en vue de récupérer sa créance sous peine de perdre son droit à l'indemnité de compensation. La caisse a reproché à l'employé de n'avoir pas donné suite à la commination de faillite, alors qu'il aurait dû requérir la faillite de l'employeur. Dès lors, c'était à juste titre que la caisse avait refusé de donner suite à la demande d'ICI de l'intéressé dans sa décision du 22 août 2019.

18. Par écritures du 4 mars 2021, postées le jour-même, l'intéressé a recouru contre la décision sur opposition du 4 février 2021. Il a allégué avoir fait tout ce qu'il pouvait faire pour récupérer son salaire, étant précisé que sa situation financière ne lui permettait pas de mandater un avocat et a regretté que le SIT n'ait pas accompli toutes les démarches nécessaires ; il a contesté la décision de la caisse et a conclu, de manière implicite, à son annulation.

19. Par réponse du 1er avril 2021, l'intimée a considéré que le recourant n'apportait aucun élément nouveau lui permettant de revoir sa position ; elle a ainsi conclu au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée.

20. Invité à répliquer par courrier du 9 avril 2021, le recourant n'a pas réagi.

21. 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), 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 (LACI - RS 837.0).

   Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. La modification du 21 juin 2019 de la LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2021. Toutefois, dans la mesure où le présent recours était pendant devant la chambre de céans à cette date, il reste soumis à l'ancien droit, conformément à l'art. 83 LPGA.

3. Le recours, interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, est recevable (art. 56ss LPGA).

4. Le litige porte sur le droit du recourant à une indemnité en cas d'insolvabilité.

5. Aux termes de 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 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 qu'ils ont présenté une demande de saisie pour créance de salaire envers leur employeur.

   L'art. 52 al. 1 LACI prévoit que 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.

   Conformément à l'art. 53 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 soixante jours à compter de la date de la publication de la faillite dans la Feuille officielle suisse du commerce (al. 1). En cas de saisie de l'employeur, le travailleur doit présenter sa demande d'indemnisation dans un délai de soixante jours à compter de la date de l'exécution de la saisie (al. 2). À l'expiration de ces délais, le droit à l'indemnité s'éteint (al. 3).

6. L'art. 55 al. 1 LACI dispose que 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).

   Cette disposition traite l'obligation de l'assuré de diminuer le dommage de l'assurance. Le comportement de l'assuré durant les rapports de travail, après leur résiliation, avant et après l'apparition du motif de versement de l'indemnité en cas d'insolvabilité, peut influencer directement l'étendue de l'indemnisation. Les assurés doivent se comporter comme si l'indemnité en cas d'insolvabilité n'existait pas (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, nn. 1 et 8 ad art. 55 LACI).

   La violation de l'obligation de diminuer le dommage implique que l'on puisse reprocher à l'assuré d'avoir commis une faute intentionnelle ou une négligence grave (arrêt du Tribunal fédéral 8C_898/2011 du 6 juin 2012 consid. 2.2).

   Cette obligation 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 en cas d'insolvabilité. Il s'agit d'éviter que l'assuré ne reste inactif en attendant le prononcé de la faillite de son ex-employeur

(arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 27/06 du 25 janvier 2007 consid. 3.2.1). En vertu de cette obligation, les travailleurs doivent également tout entreprendre dans la procédure de faillite afin de sauvegarder leurs prétentions à l'encontre de l'employeur (ATF 127 V 183 consid. 3c). Selon la jurisprudence constante, l'assuré doit poursuivre de manière conséquente et continue les démarches introduites, ce qui exclut une longue période sans réaction (arrêt du Tribunal fédéral 8C_66/2013 du 18 novembre 2013 consid. 4.2).

L'obligation de diminuer le dommage qui incombe à l'assuré avant la résiliation des rapports de travail n'est pas soumise aux mêmes exigences que l'obligation qui lui incombe après la résiliation des rapports de travail. L'étendue des démarches qui peuvent être exigées du travailleur pour récupérer tout ou partie de son salaire avant la fin des rapports de travail dépend de l'ensemble des circonstances du cas concret. On n'exige pas nécessairement de l'assuré qu'il introduise sans délai une poursuite contre son employeur ou qu'il ouvre action contre ce dernier. Il faut en tout cas que le salarié montre de manière non équivoque et reconnaissable pour l'employeur le caractère sérieux de sa prétention de salaire. Une absence de liquidités de l'employeur de longue durée peut justifier une demande de sûretés par le travailleur, si ce dernier peut craindre légitimement que son salaire ne lui soit pas versé conformément au contrat, cela à la différence d'un retard exceptionnel et de peu d'importance qui ne saurait compromettre la confiance du travailleur dans le respect par l'employeur de ses obligations. Lorsqu'il apparaît, selon les circonstances, que l'employeur ne pourra ou ne voudra pas s'acquitter, sans un retard excessif, de ses obligations, il est normal que le salarié soit mis en mesure d'exiger des sûretés et de résilier son contrat avec effet immédiat si ces dernières ne lui sont pas fournies. Du point de vue de l'assurance-chômage, il importe d'éviter que le personnel d'un employeur insolvable renonce à réclamer les arriérés de salaire pendant de nombreux mois, en tablant sur la couverture de ses arriérés par l'assurance-chômage si l'employeur tombe en faillite (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 364/01 du 12 avril 2002 consid. 1b).

Selon la jurisprudence, une assurée qui attend plus de neuf mois avant de faire valoir ses prétentions de salaire à l'encontre de son employeur, dont elle connaît les difficultés financières, viole l'obligation de réduire le dommage, ce qui entraîne la perte du droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité (arrêt du Tribunal fédéral 8C_801/2011 du 11 juin 2012 consid. 6.2).

Un assuré qui reste inactif durant près de trois mois après la fin de ses rapports de travail, reportant les conséquences de l'insolvabilité éventuelle de son ancien employeur sur l'assurance-chômage et faisant passer sciemment les intérêts d'un tiers avant ceux de l'assurance sociale, contrevient manifestement à son obligation de réduire le dommage (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 91/01 du 4 septembre 2001 consid. 2b).

Un assuré qui sait que son employeur n'est pas en mesure de le rémunérer et qui s'en accommode sans prendre de mesures contraignantes, se contentant de

réclamations orales ou écrites qui n'offrent aucune garantie, viole son obligation de diminuer le dommage (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 367/01 du 12 avril 2002 consid. 2b et 2c).

Un assuré qui n'a entrepris aucune démarche entre la résiliation du contrat de travail et l'ouverture de la faillite viole son obligation de diminuer le dommage (arrêt du Tribunal fédéral 8C_630/2011 du 3 octobre 2011 consid. 4.1).

Un assuré qui reste inactif pendant près de six mois avant de mettre en demeure son employeur de lui verser les arriérés de salaires commet une violation de l'obligation de réduire le dommage. Des réclamations orales ne suffisent pas à satisfaire à cette obligation (arrêt du Tribunal fédéral 8C_956/2012 du 19 août 2013 consid. 6).

Un assuré qui attend 9,5 mois entre la levée de la mise en recouvrement et la demande d'audience de conciliation viole en tout cas le devoir d'atténuation du dommage (arrêt du Tribunal fédéral 8C_151/2018 du 17 avril 2018 consid. 5).

7. Selon l'art. 74 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (OACI - RS 837.02), la caisse n'est autorisée à verser une indemnité en cas d'insolvabilité que lorsque le travailleur rend plausible sa créance de salaire envers l'employeur.

   Cette disposition consacre une atténuation du degré de la preuve en ce qui concerne le point de savoir si et dans quelle mesure il existe une créance de salaire contre l'employeur insolvable. L'assuré ne doit pas forcément l'établir au degré de la vraisemblance prépondérante. Il suffit qu'il existe des indices qu'une telle créance existe et que l'administration et le juge puissent être convaincus que les faits allégués se sont vraisemblablement produits, quand bien même on ne peut pas exclure qu'ils soient démentis lors d'un examen successif. En revanche, les autres conditions du droit à la prestation, comme en particulier l'existence d'un rapport de travail portant sur une activité en Suisse ou la survenance d'un cas d'insolvabilité, doivent être établies au degré de la vraisemblance prépondérante (arrêt du Tribunal fédéral 8C_424/2019 du 3 juin 2020 consid. 6.3). Sur ce point, le Tribunal fédéral a souligné, sans analyser de façon exhaustive cette question, qu'il était douteux que les seules indications d'un assuré suffisent à rendre plausible une prétention salariale (ATF 144 V 427 consid. 4.2).

8. En l'espèce, la chambre de céans considère que la créance salariale du recourant est dûment établie par le jugement rendu par le tribunal des Prud'hommes.

   Après la résiliation des rapports de travail, le mandataire du recourant a entrepris des démarches contre l'employeur, tout d'abord auprès du tribunal des Prud'hommes, puis auprès de l'office des poursuites, en faisant notifier un commandement de payer à l'employeur et en obtenant la mainlevée définitive de l'opposition auprès du tribunal de première instance, puis, enfin en requérant la continuation de la poursuite.

Toutefois, le mandataire du recourant n'a produit aucun document permettant d'établir les éventuelles démarches menées jusqu'au moment du prononcé de la faillite de l'employeur.

Il s'est ainsi écoulé un délai de plusieurs mois entre le moment où le mandataire du recourant a requis la continuation de la poursuite, en mai 2018, et le moment où le mandataire du recourant a produit la créance salariale dans la faillite de l'employeur, en mars 2019 ; le recourant est ainsi resté inactif pendant près de 10 mois.

Au vu de ces éléments et compte tenu de la jurisprudence citée *supra*, rigoureuse en matière d'appréciation des démarches de l'employé, il faut admettre que le recourant n'a pas entrepris toutes les démarches raisonnablement exigibles, en ne procédant à aucune action après avoir requis la continuation de la poursuite, notamment en ne requérant pas la faillite de son employeur. Il a ainsi violé son obligation de réduire le dommage, ce qui entraîne la déchéance de son droit à une indemnité en cas d'insolvabilité.

Il n'est ainsi pas nécessaire d'examiner si les autres conditions du droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité sont remplies.

9. Eu égard à ce qui précède, la chambre de céans n'a d'autre choix que de rejeter le recours.

10. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA dans sa teneur en force jusqu'au 31 décembre 2020).

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	Le président
Nathalie LOCHER	Philippe KNUPFER

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