RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/91/2005 **ATAS/304/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

1ère chambre

du 12 avril 2005

En la cause

Madame F_____ , recourante

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, intimée
sise rue de Montbrillant 40 à Genève

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mmes Karine STECK et Juliana BALDE, Juges

EN FAIT

1. Madame F_____, a travaillé de juillet 2003 à janvier 2004 en qualité de serveuse au snack bar Tropical Brazil. La faillite de son employeur, Monsieur M_____, a été prononcée le 30 août 2004. L'intéressée a produit le 3 novembre 2004 dans cette faillite une créance de 25'738 fr. 90, représentant la totalité des salaires non versés de juillet 2003 à janvier 2004.

   Elle a déposé le 4 novembre 2004 une demande d'indemnité en cas d'insolvabilité auprès de la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la Caisse). Elle a produit copie d'une lettre adressée par le Syndicat interprofessionnel de travailleuses et travailleurs (SIT) à son employeur sommant celui-ci de lui payer la totalité de son salaire, copie de la demande en justice déposée auprès de la juridiction des Prud'hommes le 24 mai 2004, et copie du jugement par défaut rendu par ce Tribunal le 25 août 2004 condamnant son ancien employeur à lui verser la somme de 25'738 fr. 90.

2. Par décision du 8 novembre 2004, la Caisse a rejeté sa demande au motif qu'elle n'avait entrepris aucune démarche particulière, hormis la lettre du SIT du 26 mars 2004 et la demande en justice, afin d'obtenir le règlement des salaires échus.

3. L'intéressée, représentée par le SIT, a formé opposition le 18 novembre 2004. Elle allègue n'être pas restée inactive, puisqu'elle a réclamé le versement de son salaire à chaque fin de mois, que le 6 décembre 2003, elle a menacé son employeur de ne pas reprendre son travail s'il ne s'acquittait pas immédiatement des salaires dus et l'a informé que, quoi qu'il en soit, elle lui donnait son congé avec effet au 31 janvier 2004. Elle produit pour preuve une lettre rédigée par son employeur à l'attention du Service social de Genève, et attestant de ce qu'elle avait travaillé pour lui du 20 septembre au 5 décembre, qu'il n'avait pas pu en l'état lui payer son salaire et qu'il promettait de le faire aussitôt que possible. Il y précisait également que l'intéressée vivait dans un appartement loué à son nom et que son ami était associé pour moitié dans l'affaire. L'intéressée souligne que durant tout le mois de février et jusqu'au 15 mars 2004, elle s'est présentée tous les jours, tant au snack bar qu'à l'adresse privée de son employeur, pour réclamer son salaire, à telle enseigne que ce dernier lui a écrit, sous pli recommandé, le 16 mars 2004, la priant de cesser de le menacer, de l'insulter et de créer scandale dans son commerce de même qu'à son domicile. Dès réception de ce courrier, l'intéressée a mandaté le SIT en vu d'obtenir le paiement de ses créances. Elle a encore ajouté qu'elle avait pu subvenir à son entretien ainsi qu'à celui de son enfant du fait qu'elle mangeait sur place et vivait dans un appartement mis à disposition par son ancien employeur et grâce aux pourboires et à des emprunts effectués auprès d'amis.

4. Par décision sur opposition du 21 décembre 2004, la Caisse a confirmé sa décision du 8 novembre 2004.

5. L'intéressée a interjeté recours le 13 janvier 2005 contre ladite décision. Elle persiste à dire qu'elle a tout entrepris afin d'obtenir le versement des salaires qui lui étaient dus, et qu'elle n'avait pas attendu l'ouverture de la faillite pour sauvegarder ses droits.

6. Dans son préavis du 14 février 2005, la Caisse a persisté dans ses conclusions, considérant que vu l'importance de l'arriéré de salaires, l'assurée ne pouvait se contenter de réclamations orales à la fin de chaque mois, ni d'une menace de démission vers la fin du mois de décembre 2003, soit près de six mois après la relation de travail sans versement du moindre salaire.

7. Ce préavis a été communiqué à l'assurée pour information et 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 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 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. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références).

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

Le recours, interjeté en temps utile, est recevable (articles 56 et 60 LPGA).

4. Aux termes de l'art. 51 de la loi fédérale sur l'assurance-chômage (ci-après 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) 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 ».

L'art. 55 LACI précise 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 ».

Lorsque la faillite est prononcée postérieurement à la dissolution des rapports de travail, le travailleur qui n'a pas reçu son salaire, en raison de difficultés économiques rencontrées par l'employeur, a 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 en cas d'insolvabilité. Cette condition à laquelle est subordonnée le droit à l'indemnité ressort de la jurisprudence du TFA (ATFA 114 V 56) laquelle demeure applicable (ATFA du 25 juin 1998 cause C 183/97 H). Cela ne veut cependant pas dire qu'il faille exiger du salarié qu'il introduise sans délai une poursuite contre son ancien employeur impliquant la notification d'un commandement de payer aux frais de l'assuré. L'assurance d'une indemnité en cas d'insolvabilité a précisément pour but d'épargner aux assurés l'obligation de recourir aux procédures parfois longues et coûteuses de l'exécution forcée régie par la LP (GERHARDS, Grundriss des neuen arbeitslosenvorsicherungsrechts – 1996 p. 149). Il s'agit seulement d'éviter que l'assuré reste inactif et n'entreprenne rien pour récupérer son salaire impayé en attendant le prononcé de la faillite de son ex-employeur.

L'insolvabilité de l'employeur au moment de la résiliation du rapport de travail n'est plus une condition du droit pour l'indemnité en cas d'insolvabilité. Mais le TFA a renoncé à fixer une limite quant à savoir à combien de temps peuvent remonter la résiliation du rapport de travail et les créances de salaires envers l'employeur insolvable pour ouvrir un droit à une telle indemnité lorsqu'une procédure d'exécution forcée est engagée. Une limitation dans le temps du droit à l'indemnité pourrait se révéler inéquitable si l'ouverture de la faillite ou la réquisition de saisie devait être retardée longuement pour des raisons indépendantes de la volonté de l'assuré.

Remplir son obligation de diminuer le dommage signifie pour l'assuré qu'il doit donner en temps utile des signes clairs qui permettront à la Caisse de reconnaître objectivement sa ferme intention de réclamer les salaires impayés (rappel écrit, commandement de payer, etc.). Le droit à l'indemnité tombe lorsque le travailleur n'exerce pas son droit à l'indemnité à temps, que ce soit avant ou après la résiliation du rapport de travail, ou renonce à entreprendre toute démarche en vue de réaliser les créances de salaires dont l'encaissement est devenu incertain. L'assuré a en principe l'obligation de diminuer le dommage avant la résiliation de son rapport de travail déjà si l'employeur ne lui verse plus ou plus entièrement son salaire et qu'il doit par conséquent s'attendre à subir une perte de salaire. Les exigences auxquelles doit répondre l'obligation de diminuer le dommage sont cependant moins élevées avant la résiliation du rapport de travail qu'après l'avènement de celle-ci. La caisse appréciera au cas par cas, à la lumière de l'ensemble des circonstances, dans quelle mesure on peut attendre de l'assuré qu'il entame les démarches pour réaliser son salaire dès avant la résiliation de son rapport de travail et en particulier dans quel délai il doit produire ses créances de salaire pour remplir son obligation de diminuer le dommage. Après la résiliation du rapport de travail, la caisse jugera plus sévèrement si l'assuré remplit son obligation de diminuer le dommage – surtout quant à la rapidité d'action. Un jugement plus sévère se justifie d'autant plus que, n'étant plus sous contrat de travail, l'assuré n'a plus aucune raison de ne pas réclamer le salaire impayé et qu'à ce stade, il est sans aucun doute incertain que les créances de salaire soient payées (bulletin MT/AC 2004/1 – fiche 17/1 à 17/3).

5. En l'espèce, la résiliation du rapport de travail est intervenue le 31 janvier 2004.

Il résulte de la partie en fait qui précède que de juillet à début décembre 2003, l'assurée n'a effectué aucune démarche écrite ni juridique en vue d'obtenir le paiement de son salaire. Elle allègue l'avoir réclamé oralement à la fin de chaque mois. La lettre non datée écrite par son ex-employeur se réfère aux salaires dus jusqu'au 5 décembre, on peut en déduire qu'elle a été établie le 6 décembre 2003. Il n'en ressort cependant pas que l'assurée lui ait réclamé le paiement de son salaire préalablement.

Selon la jurisprudence du TFA, toutes les possibilités qui permettent à l'assuré de sauvegarder son droit doivent être prises en considération au vu des circonstances. On ne saurait à cet égard exclure d'emblée les solutions de compromis entre l'employeur et les travailleurs (ATFA du 25 juin 1998, cause C 183/97 H). En l'espèce, cependant, il n'était pas question de négociation. L'employeur a expressément reconnu lui devoir de l'argent, sans pour autant proposer un quelconque versement.

Le Tribunal de céans considère dès lors que l'assurée est restée inactive durant cinq mois en tout cas, que les démarches entreprises consistant à harceler son ancien employeur au snack et à son domicile n'étaient à l'évidence pas appropriées, qu'enfin, et alors qu'à ce moment son comportement doit être jugé plus sévèrement, elle a encore attendu deux mois après la résiliation du contrat de travail avant de mandater le SIT. Elle a ainsi failli à son obligation de diminuer le dommage. Aussi le recours, mal fondé, doit-il être rejeté.

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. 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 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).

La greffière:	La Présidente :
Marie-Louise QUELOZ	Doris WANGELER

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