

# **GE\_GERICHTE ATAS/729/2021 vom 30. Juni 2021**

GE Cour de justice, 2021-06-30, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_729\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_729_2021)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/729/2021 du 30 juin 2021

IT: GE\_GERICHTE ATAS/729/2021 del 30 giugno 2021

## **Erwägungen**

### **E. 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.

### **E. 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.

### **E. 3**

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

### **E. 4**

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

A/828/2021 - 5/9 -

### **E. 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 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).

#### **E. 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

#### **E. 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

A/828/2021 - 6/9 - (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

A/828/2021 - 7/9 - 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

## **E. 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 la transaction passée devant 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.

A/828/2021 - 8/9 - 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**

A/828/2021 - 9/9 - À la forme :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.