

# **NE\_GERICHTE CDP.2012.244 vom 16. Januar 2014**

NE Tribunal cantonal, 2014-01-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_CDP.2012.244](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CDP.2012.244)

FR: NE\_GERICHTE CDP.2012.244 du 16 janvier 2014

IT: NE\_GERICHTE CDP.2012.244 del 16 gennaio 2014

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Interjeté dans les formes et délai légaux, le recours est recevable.

### **E. 2**

a) Selon l'article 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 notamment lorsqu'une procédure de faillite est engagée contre leur employeur et qu'ils ont, à ce moment-là, des créances de salaires envers lui (let. a). b) En l'espèce, la recourante a été engagée par Y. par contrat du 14 avril 2011. Cependant, il ressort des pièces du dossier (notamment l'extrait du registre du commerce et les déclarations de Y. lors de la procédure de mainlevée d'opposition) que le véritable employeur de la recourante était la société B. SA dont Y. était administratrice et que c'est par erreur que le contrat de travail signé entre les parties mentionne comme employeur Y. Dès lors, X. était engagée par un contrat de travail et ainsi assujettie au paiement de cotisations. Son employeur, la société B. SA, a été déclaré en faillite le 1<sup>er</sup> février 2012 et elle a des créances de salaire envers cette dernière. Les conditions de l'article 51 al. 1 let. a LACI sont ainsi remplies.

### **E. 3**

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. 51 al. 2 LACI). Dans le cas d'espèce, l'intimée ne retient plus dans la décision attaquée que la recourante exerçait une fonction dirigeante, se contentant de lui opposer l'insuffisance des démarches entreprises en vue de récupérer ses arriérés de salaires. Or, la décision du 8 mai 2012 est devenue caduque dès le prononcé de la décision sur opposition, car celle-ci remplace la décision initiale, met fin à la procédure administrative et constitue l'objet de la contestation soumise à l'autorité de recours (arrêts du TF du 28.02.2012 [9C\_320/2011] cons. 7.1, avec les références citées, et du 18.12.2012 [8C\_529/2012] cons. 3.2). Il n'y ainsi pas lieu d'examiner cette question qui ne fait plus partie de l'objet de la contestation soumise à la Cour de céans.

### **E. 4**

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 (art. 55 al. 1 LACI). L'obligation de diminuer le dommage qu'exprime cette disposition 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 (ATF 127 V 185 cons. 3c, 114 V 60 cons. 4; DTA 2002 no 8, p. 64 cons. 1b, 1999 no 24, p. 143 cons. 1c). Le fait de ne rien entreprendre pour récupérer une créance, dans le but de permettre à un employeur en situation financière délicate d'investir ses liquidités dans d'autres projets, contrevient à l'obligation de réduire le dommage. De même, un employé parfaitement au courant du fait que son employeur ne peut pas le rémunérer n'a pas droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité s'il s'accommode de cette situation. Il doit entamer des démarches sérieuses et contraignantes pour obtenir le versement de son salaire. Ainsi, celui qui accepte, sans garantie, des promesses jamais réalisées de versement de son salaire, sans mettre formellement son employeur en demeure, n'a pas droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité (Rubin, Assurance-chômage, Droit fédéral, Survol des mesures de crise cantonales, Procédure, 2005, p. 362 et les références citées). En principe, l'obligation de diminuer le dommage à la charge du travailleur existe également avant la dissolution du rapport de travail, quand l'employeur ne verse pas – ou pas entièrement – le salaire et que le salarié peut s'attendre à subir une perte. Ce n'est pas le but de l'indemnité en cas d'insolvabilité de couvrir des créances de salaires auxquelles l'assuré a renoncé sans raison justifiée. L'obligation de diminuer le dommage qui incombe à l'assuré avant la résiliation des rapports de travail n'est toutefois pas soumise aux mêmes exigences que la même 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. Contrevient dès lors à son obligation de diminuer le dommage et partant n'a pas droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité, l'assuré qui s'abstient de toute démarche utile en vue de recouvrer son salaire, parce qu'il accepte de différer pour une longue période l'encaissement de sa créance à des jours meilleurs, sans véritable garantie que l'employeur soit en mesure de remplir un jour ses obligations (DTA 2002 no 3, p. 190). Il est tenu d'entreprendre des démarches supplémentaires dès que les retards deviennent importants et qu'il doit effectivement s'attendre à subir une perte de salaire (DTA 2007 no 4, p. 54 cons. 4.1). Il n'est pas possible de fixer de manière générale les dispositions que doit prendre l'employé afin de se conformer à son obligation de diminuer son dommage. Tout dépend des circonstances particulières du cas d'espèce. Un refus de prestation au motif que l'assuré a enfreint son obligation de diminuer le dommage au sens de l'article 55 al. 1 LACI suppose qu'on puisse lui reprocher d'avoir commis une faute intentionnelle ou une négligence grave. Commet une telle négligence notamment l'assuré qui fait valoir uniquement par oral des créances de salaires accumulées sur une longue période, c'est-à-dire au-delà de deux à trois mois, lorsqu'aucun acompte ou paiement partiel n'est versé et lorsque, du point de vue de l'assuré, il n'a pas de bonnes raisons d'espérer une amélioration prochaine de la situation (DTA 2010 no 1, p. 48 cons. 4.2).

## **E. 5**

En l'occurrence, il faut apprécier si les démarches sont suffisamment sérieuses et contraignantes pour admettre que la recourante a pris les mesures nécessaires pour diminuer

son dommage et ce dans le délai convenable, en fonction des circonstances particulières du cas d'espèce. Il ressort du dossier que dès le début du contrat de travail, la recourante n'a pas reçu son salaire en intégralité. Alors qu'elle avait débuté son activité le 23 mai 2011, ce qui lui donnait droit à un tiers ou à un quart de 4'600 francs (selon les jours de fermeture, qui ne ressortent pas du dossier), elle n'a touché qu'un acompte de 450 francs. Par la suite, elle n'a plus rien reçu. Elle indique avoir réclamé ses salaires par oral, puis par SMS le 29 juin 2011. Ses demandes étant restées vaines, elle a alors, par lettre recommandée du 22 août 2011, mis formellement en demeure son employeur de lui payer ses arriérés de salaires de mai, juin, juillet et août 2011. Agissant ainsi, la recourante n'a pas tardé à entreprendre des démarches plus sérieuses que celles orales et par SMS afin de faire valoir son dû. En effet, elle n'a pas attendu plus de trois mois pour agir après avoir reçu un acompte, le salaire d'août n'étant en principe pas encore exigible avant la fin du mois (art. 323 al. 1 CO). La mise en demeure n'ayant pas eu l'effet escompté, elle a continué de faire pression sur son employeur en requérant par écrit, le 6 septembre 2011, le retrait de sa patente. Les mesures entreprises par la recourante doivent ainsi être qualifiées de suffisantes puisqu'elle a fait des démarches toujours plus contraignantes envers son employeur afin de récupérer ses salaires, ne se contentant pas d'attendre malgré la demande de celui-ci de patienter. Les mesures entreprises doivent aussi être considérées comme intervenues dans un délai approprié aux circonstances. A cet égard, on ne saurait lui reprocher, comme le fait l'intimée, de ne pas avoir rendu sa patente au plus tard le 1<sup>er</sup> juillet 2011 dans la mesure où à ce moment-là, il n'était pas encore totalement exclu qu'elle obtienne le paiement de ses salaires.

#### **E. 6**

Il suit de ce qui précède que la décision attaquée doit être annulée et la cause renvoyée à la CCNAC pour qu'elle rende une nouvelle décision sur les prétentions de la recourante. Il est statué sans frais, la procédure étant en principe gratuite. Vu l'issue du litige, la recourante a droit à des dépens dans la mesure fixée par le tribunal; leur montant est déterminé sans égard à la valeur litigieuse d'après l'importance et la complexité du litige (art. 61 let. g LPGA). Le montant de ceux-ci doit être défini dans les limites prévues par le décret du 6 novembre 2012 fixant le tarif des frais, des émoluments de chancellerie et des dépens en matière civile, pénale et administrative ( TFrais ), entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013 et applicable à toutes les causes pendantes devant les autorités à son entrée en vigueur (art. 71 TFrais). Dans son mémoire de recours, Me C. conclut à une indemnité de dépens de 2'949.50 francs sans toutefois en faire le détail. Ce montant paraît quelque peu excessif. L'activité déployée par le mandataire devant la Cour de céans, qui a consisté en la rédaction d'un recours, précédée de l'examen du dossier et probablement d'un entretien avec sa cliente, ne peut avoir excédé quelque 7 heures surtout qu'il représentait déjà la recourante devant l'autorité intimée. Eu égard au tarif usuellement appliqué par la Cour de céans, de l'ordre de 250 francs de l'heure , des débours à raison de 10 % des honoraires (art. 65 TFrais) et la TVA de 8 %, l'indemnité de dépens sera fixée au montant de 2'079 francs tout compris.

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