

Indemnité en cas
d'insolvabilité, obligation
de réduire le dommage,
mesures propres à
sauvegarder le droit envers
l'employeur

Art. 51 et 55 LACI

Cette affaire porte sur l'examen du **droit à une indemnité en cas d'insolvabilité d'un employé licencié avec effet immédiat, au motif que la société qui l'employait était dans l'impossibilité d'honorer son salaire**. Ce droit lui a été refusé par la caisse de chômage, qui a considéré que l'assuré avait violé son obligation de diminuer le dommage en n'effectuant aucune démarche contraignante propre à sauvegarder ses prétentions salariales avant le prononcé de la faillite de la société en janvier 2021.

Le TF commence par rappeler que **le travailleur qui n'a pas reçu son salaire, en raison de difficultés économiques de l'employeur, a l'obligation d'entreprendre à l'encontre de ce dernier les démarches utiles** en vue de récupérer sa créance. L'assuré doit non seulement entreprendre une poursuite systématique et continue des démarches engagées contre l'employeur, mais également tenir compte d'une éventuelle péjoration de la situation financière de l'employeur. En d'autres termes, les salariés doivent se comporter vis-à-vis de l'employeur comme si l'institution de l'indemnité en cas d'insolvabilité n'existait pas du tout.

En l'occurrence, le TF observe d'emblée qu'au vu du risque de faillite – qui s'est matérialisé début 2021 – et de l'incertitude qui concernait le dédommagement de l'employeur par un assureur tiers, il n'apparaissait pas insoutenable de retenir que la situation de la société pouvait se dégrader à la suite du licenciement.

Il rappelle ensuite qu'entre son licenciement en octobre 2018 et la production de sa créance salariale auprès de l'office cantonal des faillites en février 2021, l'assuré s'est limité à interpellé oralement son employeur, à lui adresser une mise en demeure écrite en septembre 2018 et à se faire remettre une reconnaissance de dette en janvier 2019. Or, **des interventions orales ne suffisent pas à satisfaire à l'obligation de réduire le dommage, à tout le moins lorsque, comme en l'espèce, l'employeur n'a pas rempli ses obligations contractuelles sur une longue période**. Il en va de même de l'obtention d'une simple reconnaissance de dette. Dans ces conditions, l'inactivité prolongée de l'assuré constitue une violation fautive de son obligation de diminuer le dommage. Le seul espoir d'une amélioration de la situation financière de la société après un éventuel dédommagement par un assureur tiers ne justifie pas davantage l'inactivité de l'assuré. Les importants problèmes financiers de l'employeur – qui étaient connus de l'assuré – auraient en outre dû l'inciter à entreprendre rapidement des démarches « *sérieuses* » en vue de tenter de récupérer sa créance salariale.

Ainsi, pour le TF, l'assuré ne pouvait pas se contenter de rester inactif jusqu'à la mise en faillite de la société de son employeur, ce d'autant moins qu'en matière d'indemnité en cas d'insolvabilité, il n'appartient pas à l'assuré d'estimer lui-même si des démarches en vue de récupérer sa créance peuvent ou non être couronnées de succès.

Auteur : Me Patrick Moser, avocat à Lausanne

Recours contre l'arrêt de la Cour de justice de la République et canton de Genève du 27 avril 2022 (A/323/2022 ATAS/380/2022).

Faits :

A.

A.a. A., né en 1992, a travaillé dès le 1^{er} décembre 2016 pour B. SA. Il a occupé la fonction d'administrateur entre le 19 octobre 2016 et le 5 avril 2017, puis celle de chef du département marketing à compter du 1^{er} août 2017. Le 2 octobre 2018, il a été licencié avec effet immédiat, au motif que la société était dans l'impossibilité d'honorer son salaire depuis juin 2018 en raison de mauvais résultats financiers en été 2018 et qu'elle était dans l'attente du versement d'une indemnité d'assurance, laquelle était destinée à couvrir le dommage consécutif à un incendie survenu le 28 février 2018 dans les locaux de l'entreprise.

Par jugement du 14 janvier 2021, le tribunal de première instance a prononcé la faillite de B. SA. Le 4 février 2021, il a suspendu la procédure de faillite faute d'actif. Par jugement du 18 mars 2021, il a clôturé par défaut d'actifs la liquidation de la faillite.

A.b. Le 18 février 2021, A. a présenté à la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après: la caisse de chômage) une demande d'indemnité en cas d'insolvabilité pour un montant de 50'000 fr., correspondant aux salaires impayés de juin à septembre 2018. Le même jour, il a produit auprès de l'Office cantonal des faillites une créance salariale de 74'193 fr. 55 - correspondant aux salaires impayés de juin à septembre 2018 majorés de 24'193 fr. 55 au titre de jours de vacances non pris ni payés - dans la faillite de B. SA.

A.c. Par décision du 9 mars 2021, confirmée sur opposition le 21 décembre 2021, la caisse de chômage a rejeté la demande d'indemnité en cas d'insolvabilité. Elle a considéré que l'assuré avait violé son obligation de diminuer le dommage, dès lors qu'à l'exception d'une mise en demeure de son employeur le 30 septembre 2018, il n'avait effectué aucune démarche contraignante écrite propre à sauvegarder ses prétentions salariales avant le prononcé de la faillite de la société le 14 janvier 2021.

B.

Saisie d'un recours contre la décision sur opposition du 21 décembre 2021, la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice de la République et canton de Genève l'a rejeté par arrêt du 27 avril 2022.

C.

A. interjette un recours en matière de droit public contre cet arrêt, en concluant principalement à sa réforme en ce sens que sa demande d'indemnité en cas d'insolvabilité soit admise. A titre subsidiaire, il conclut à l'annulation de l'arrêt entrepris et au renvoi de la cause à la cour cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

L'intimée conclut au rejet du recours. La juridiction cantonale et le Secrétariat d'État à l'économie (SECO) ont renoncé à se déterminer.

Considérant en droit :

1.

Le recours est dirigé contre un arrêt final (art. 90 LTF) rendu en matière de droit public (art. 82 ss LTF) par une autorité cantonale de dernière instance (art. 86 al. 1 let. d LTF). Il a été déposé dans le délai (art. 100 LTF) et la forme (art. 42 LTF) prévus par la loi. Il est donc recevable.

2.

2.1. Le litige porte sur le point de savoir si la cour cantonale a violé le droit fédéral en confirmant le refus de l'intimée d'octroyer au recourant l'indemnité en cas d'insolvabilité.

2.2. Le Tribunal fédéral, qui est un juge du droit, fonde son raisonnement juridique sur les faits retenus par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF), sauf s'ils ont été établis de façon manifestement inexacte - notion qui correspond à celle d'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (ATF 145 V 188 consid. 2) - ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (cf. art. 105 al. 2 LTF). Si le recourant entend s'écarter des constatations de fait de l'autorité précédente, il doit expliquer de manière circonstanciée en quoi les conditions de l'art. 105 al. 2 LTF seraient réalisées et la correction du vice susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF); à défaut, un état de fait divergent de celui de la décision attaquée ne peut pas être pris en compte (ATF 145 V 188 consid. 2 précité; 135 II 313 consid. 5.2.2).

3.

3.1. Aux termes de l'art. 51 al. 1 LACI (RS 837.0), 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 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 lorsque 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 lorsqu'ils ont présenté une demande de saisie pour créance de salaire envers leur employeur (let. c). En vertu de l'art. 51 al. 2 LACI, 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. Selon l'art. 55 al. 1, 1^{re} phrase, 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.

3.2. L'obligation pour l'assuré de réduire le dommage selon l'art. 55 al. 1 LACI s'applique même lorsque le rapport de travail est dissous avant l'ouverture de la procédure de faillite. Dans ce cas de figure, 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 (ATF 114 V 56 consid. 4; arrêts 8C_814/2021 du 21 avril 2022 consid. 2.2; 8C_408/2020 du 7 octobre 2020 consid. 3; 8C_956/2012 du 19 août 2013 consid. 3). Après la résiliation, l'assuré ne peut pas attendre plusieurs mois avant d'intenter une action judiciaire contre son ex-employeur. Il doit en effet compter avec une éventuelle péjoration de la situation financière de l'employeur et donc avec une augmentation des difficultés, pour l'assurance-chômage, de récupérer les créances issues de la subrogation prévue par l'art. 54 LACI (arrêt 8C_749/2016 du 22 novembre 2017 consid. 3.5.3 et les

références). Il s'agit d'éviter que l'assuré reste inactif en attendant le prononcé de la faillite de son ex-employeur (arrêt 8C_956/2012 précité consid. 3 et la référence).

Pour qu'il y ait droit à une indemnité en cas d'insolvabilité pour des créances de salaires en souffrance, il est exigé de l'assuré une poursuite systématique et continue des démarches engagées contre l'employeur, qui doivent déboucher sur une des étapes du droit d'exécution forcée exigées par la loi. Les salariés doivent en effet se comporter vis-à-vis de l'employeur comme si l'institution de l'indemnité en cas d'insolvabilité n'existait pas du tout. Cet impératif n'admet aucune inactivité prolongée (arrêts 8C_814/2021 précité consid. 2.2; 8C_408/2020 précité consid. 3; 8C_211/2014 du 17 juillet 2014 consid. 6.1 et les références). 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 (arrêts 8C_814/2021 précité consid. 2.2; 8C_408/2020 précité consid. 3).

4.

Les juges cantonaux ont retenu que le recourant n'avait plus touché son salaire au cours des quatre derniers mois précédant la résiliation immédiate de son contrat de travail le 2 octobre 2018. Selon une attestation de son employeur, il n'avait eu de cesse, à compter de juillet 2018, de solliciter oralement auprès de la société le versement de ses salaires. Ses seules autres initiatives en vue de sauvegarder ses droits se résumaient à une mise en demeure écrite le 30 septembre 2018 et à l'obtention d'une reconnaissance de dette le 8 janvier 2019. Ces démarches n'étaient pas suffisantes et le recourant s'était abstenu de toute mesure supplémentaire à l'encontre de la société jusqu'au prononcé de la faillite de celle-ci le 14 janvier 2021. Par ailleurs, il était erroné de prétendre - comme le faisait le recourant - que la situation financière de l'entreprise ne pouvait pas se dégrader. En effet, même si l'on admettait que celle-ci avait licencié tous ses employés, elle devait continuer à s'acquitter des factures courantes et s'attendre à ce que le risque de faillite se concrétise plus vite que l'encaissement de l'indemnité d'assurance en lien avec l'incendie du 28 février 2018. Quant au recourant, il était au courant de ce risque puisqu'il avait été régulièrement tenu informé de l'évolution de la situation de la société dès juin 2018. En outre, d'autres employés ne s'étaient pas contentés de patienter comme le recourant, l'un d'entre eux ayant obtenu un jugement du tribunal des prud'hommes du 18 février 2019 condamnant la société à lui payer la somme de 14'304 fr. 50. Dans ces circonstances, malgré l'espoir d'une indemnisation de l'entreprise par l'assurance responsabilité civile de l'auteur de l'incendie de ses locaux, rien ne justifiait objectivement que le recourant ait renoncé pendant plus de deux ans après la fin des rapports de travail à des mesures plus incisives que la mise en demeure du 30 septembre 2018. L'instance précédente en a conclu que le recourant avait violé son obligation de réduire le dommage en faisant preuve à tout le moins d'une négligence grave. Elle s'est dispensée de trancher le point de savoir s'il avait eu un rôle d'organe au sein de la société, au sens de l'art. 51 al. 2 LACI, qui ferait également obstacle au versement de l'indemnité litigieuse.

5.

5.1. Le recourant se plaint tout d'abord d'un établissement arbitraire des faits. En premier lieu, il reproche à la juridiction cantonale d'avoir retenu que la situation financière de la société pouvait se dégrader. Dans son opposition à la décision du 9 mars 2021, il aurait en effet indiqué que l'entreprise n'avait plus aucune charge courante à compter de novembre 2018, ce dont les premiers juges n'auraient pas tenu compte. De surcroît, plusieurs éléments au dossier démontreraient que la société n'avait plus aucune ressource ni aucun actif réalisable, de sorte que toute démarche en vue d'obtenir le paiement des salaires en souffrance aurait été vaine. En second lieu, le tribunal cantonal aurait également versé dans l'arbitraire en constatant que deux autres employés avaient réclamé leur dû et ne s'étaient pas contentés de patienter jusqu'au dédommagement de la société par l'assurance

responsabilité civile de l'auteur de l'incendie. En effet, un seul employé - parmi les trois qui avaient prévu de réclamer leurs salaires - aurait entamé des démarches judiciaires sous la forme d'une procédure prud'homale. Les deux autres employés, dont le recourant, auraient préféré s'abstenir de toute procédure judiciaire dans l'attente du versement de l'indemnité d'assurance.

5.2. Au vu du risque de mise en faillite - qui s'est matérialisé début 2021 - et de l'incertitude quant au dédommagement de la société par l'assurance responsabilité civile de l'auteur de l'incendie - dédommagement dont on ignore s'il a finalement eu lieu -, il n'apparaît pas insoutenable de retenir que la situation de la société pouvait se dégrader à la suite du licenciement du recourant le 2 octobre 2018. Le point de savoir si la société avait ou non des charges courantes et/ou des ressources financières à partir de novembre 2018 n'est pas déterminant et peut rester indécis. S'agissant des démarches entreprises par les employés pour recouvrer leurs créances salariales, la cour cantonale a bien précisé qu'au final, un seul d'entre eux avait saisi la justice prud'homale à cette fin, sans s'attarder en détail sur les mesures prises par d'autres employés. D'ailleurs, le recourant concède implicitement ignorer quel comportement a précisément adopté le troisième employé auquel il fait allusion, dès lors qu'il expose que le dossier "laisse [...] penser que le troisième employé a suivi la stratégie convenue [consistant à ne pas entamer de démarches judiciaires]". De toute manière, cette question n'est pas pertinente pour l'issue de la cause, laquelle porte sur l'attitude du recourant - et non celle de ses anciens collègues - en lien avec son obligation de réduire le dommage. Il s'ensuit que le grief tiré d'une constatation arbitraires des faits est mal fondé.

6.

6.1. Le recourant se plaint ensuite d'une violation de l'art. 51 al. 1 LACI. Il soutient avoir agi de manière conforme au but de la loi, en protégeant au mieux sa créance salariale tout en limitant le dommage de l'intimée. D'un commun accord avec son employeur, ses collègues et d'autres créanciers, il aurait été décidé de patienter jusqu'à ce que la société ait perçu l'indemnité de l'assurance responsabilité civile de l'auteur de l'incendie. Cette solution aurait dû permettre de limiter le dommage, puisqu'ensuite du dédommagement par l'assurance, l'entreprise aurait été en mesure de rembourser ses dettes de salaires puis de réembaucher ses employés en vue de relancer son activité. En présence d'une situation qui n'aurait pas pu se détériorer davantage et de la perspective d'une amélioration à brève échéance, un comportement actif du recourant consistant en des démarches judiciaires n'aurait pas pu être exigé de sa part. De telles mesures auraient conduit à la faillite de la société et n'auraient fait que précipiter le versement par l'intimée de l'indemnité en cas d'insolvabilité. En outre, les poursuites judiciaires initiées par l'un des employés n'auraient pas dû nécessairement aboutir au prononcé de la faillite avant l'encaissement de l'indemnité de l'assurance responsabilité civile. Le recourant expose que dans ces conditions, il aurait eu des raisons objectives de ne pas entreprendre de mesures plus incisives contre son ancien employeur. En requérant la mise en faillite de la société, l'intimée aurait desservi ses propres intérêts et fait obstacle au redressement de la société.

6.2. Il est constant qu'entre son licenciement le 2 octobre 2018 et la production de sa créance salariale auprès de l'Office cantonal des faillites le 18 février 2021, le recourant s'est limité à interpellé oralement son employeur, à lui adresser une mise en demeure écrite le 30 septembre 2018 et à se faire remettre une reconnaissance de dette le 8 janvier 2019. Or des interventions orales ne suffisent pas pour satisfaire à l'obligation de réduire le dommage, à tout le moins lorsque, comme en l'espèce, l'employeur ne remplit pas ses obligations contractuelles sur une longue période (arrêts 8C_327/2020 du 17 juin 2020 consid. 6; 8C_956/2012 précité consid. 6 et les références). Il en va de même de l'obtention d'une simple reconnaissance de dette (arrêt 8C_641/2014 du 27 janvier 2015 consid. 4.3).

Dans ces conditions, l'inactivité prolongée du recourant entre le 30 septembre 2018 et le 18 février 2021, soit durant près de 29 mois, constitue une violation fautive de son obligation de diminuer le dommage.

Le seul espoir d'une amélioration de la situation financière de la société ensuite d'un éventuel dédommagement par l'assurance responsabilité civile de l'auteur de l'incendie ne justifie pas une si longue période d'inactivité de la part du recourant, celui-ci n'ayant de surcroît fourni aucun détail à propos d'une telle procédure d'indemnisation. Il ressort en outre des faits constatés par la juridiction cantonale que l'employeur s'est retrouvé dans l'incapacité d'honorer le salaire du recourant au cours de l'été 2018 également en raison de mauvais résultats financiers, de sorte que les difficultés de la société et son éventuel redressement n'étaient pas uniquement liés aux suites de l'incendie du 28 février 2018. Les importants problèmes financiers de l'entreprise - qui étaient connus du recourant - auraient dû inciter celui-ci à entreprendre rapidement des démarches sérieuses en vue de tenter de récupérer sa créance salariale. Il ne pouvait pas se contenter de rester inactif jusqu'à la mise en faillite de la société. On rappellera à ce titre qu'en matière d'indemnité en cas d'insolvabilité, il n'appartient pas à l'assuré d'estimer lui-même si des démarches en vue de récupérer sa créance peuvent ou non être couronnées de succès (ATF 131 V 196 consid. 4.1.2; arrêt 8C_364/2012 du 24 août 2012 consid. 4.1), la probabilité d'un échec de telles démarches augmentant du reste de manière constante au fil du temps (arrêt 8C_364/2012 précité consid. 4.1). Quant à l'impossibilité alléguée d'une péjoration de la situation de la société, on notera encore qu'un lien entre le dommage de l'assurance-chômage et des démarches insuffisantes de l'assuré ne peut pas être nié au motif de l'absence d'indices en faveur d'une détérioration de la situation financière de l'employeur (arrêt 8C_66/2013 du 18 novembre 2013 consid. 4.4).

6.3. Dès lors que le recourant ne peut pas prétendre au versement de l'indemnité litigieuse en raison de la violation de son obligation de diminuer le dommage, le point - évoqué dans le recours - de savoir s'il avait ou non une position dirigeante au sein de la société au sens de l'art. 51 al. 2 LACI peut continuer de demeurer indécis. L'arrêt attaqué échappe ainsi à la critique et le recours doit être rejeté.

7.

Le recourant, qui succombe, supportera les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 500 fr., sont mis à la charge du recourant.

3.

Le présent arrêt est communiqué aux parties, à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice de la République et canton de Genève et au Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO).