

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3715/2023

ATAS/1032/2023

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 20 décembre 2023

Chambre 5

En la cause

A _____

recourant

représenté par Me Maxime CLIVAZ, avocat

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHÔMAGE

intimée

**Siégeant : Philippe KNUPFER, président ; Toni KERELEZOV et Monique STOLLER
FÜLLEMANN, juges assesseurs.**

EN FAIT

- A.**
- a.** Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré ou le recourant) a été employé par l'entreprise B_____ SA (ci-après : B_____ ou l'employeur), du 6 février 2017 jusqu'au 9 avril 2018, date de sa démission avec effet immédiat en raison du non-paiement des salaires de février et mars 2018 et de l'absence de réaction de son employeur aux mises en demeure de paiement du salaire, notifiées par l'assuré.
 - b.** Suite à l'introduction d'une requête en conciliation postée le 29 mai 2018, suivie de l'autorisation de procéder, le tribunal des prud'hommes (ci-après : TPH) a rendu, en date du 27 mars 2019, un jugement (JTPH/115/2019) condamnant l'employeur à verser à l'ex-employé les salaires de mars et avril 2018 ainsi que divers autres montants.
 - c.** L'assuré a requis la poursuite de l'employeur, en se fondant sur le jugement du TPH dès le 30 août 2019, mais ce n'est qu'en date du 20 avril 2021 qu'un commandement de payer a enfin pu être notifié à l'employeur, après plusieurs essais de notification infructueux.
 - d.** Suite à l'opposition de l'employeur, une requête de mainlevée définitive a été adressée au tribunal de première instance (ci-après : TPI), qui a abouti à un jugement de mainlevée définitive, rendu par le TPI en date du 30 août 2021 (JTPI/11347/2021).
 - e.** L'assuré a requis la continuation de la poursuite en date du 16 septembre 2021, qui a abouti à la notification d'une commination de faillite, en date du 3 décembre 2021.
 - f.** Par requête en faillite ordinaire déposée le 20 juillet 2022, l'assuré a demandé la mise en faillite de l'employeur, en demandant que l'entier des frais et émoluments devant encore être réglés soit mis à charge de l'employeur. Par décision du 25 juillet 2022, la présidente du TPI a requis de l'assuré une avance de frais par CHF 200.- qui devait être payée, au plus tard, le 24 août 2022.
 - g.** Par courrier du 16 août 2022, l'assuré a informé le TPI qu'il renonçait au paiement de cette avance après s'être renseigné sur la solvabilité de l'employeur auprès de l'office des poursuites. Il joignait en annexe l'extrait du rejet des poursuites qui montrait que pour les cinq dernières années, cinq actes de défauts de biens, pour un total d'un peu moins de CHF 10'000.- avaient été délivrés et qu'il existait des poursuites, non radiées, pour plus de CHF 90'000.-. Aussi, selon l'assuré, l'endettement notoire de la société ne lui permettait pas de prendre le risque d'assumer à perte les frais découlant de l'ouverture de cette faillite.
- B.**
- a.** Par courrier de son mandataire du 29 novembre 2022, adressé à la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse ou l'intimée), l'assuré s'est étonné que sa demande d'indemnités en cas d'insolvabilité de l'employeur déposée à la fin du mois d'août 2022 n'avait pas été suivie d'effet. Il a rappelé la

chronologie des faits mentionnée supra et a considéré que sa demande répondait aux critères requis par la loi lorsqu'une procédure de faillite n'était pas engagée pour la seule raison qu'aucun créancier n'était prêt à faire l'avance de frais, en raison de l'endettement notoire de l'employeur. Il concluait à ce qu'une décision sur sa demande d'indemnités lui soit notifiée

b. Par décision du 1^{er} décembre 2022, la caisse a refusé de donner suite à la demande d'indemnités en cas d'insolvabilité (ci-après : ICI) déposée par l'assuré, au motif que l'employeur n'avait pas été déclaré en faillite.

c. Par courrier de son mandataire du 6 décembre 2022, l'assuré s'est opposé à la décision du 1^{er} décembre 2022, en rappelant la chronologie des faits et en concluant qu'au vu de la situation de la société cette dernière était notoirement insolvable, raison pour laquelle il avait renoncé au paiement de l'avance de frais requise par le TPI. Il concluait à ce que sa demande soit fasse l'objet d'une nouvelle analyse tenant compte des dispositions prévoyant qu'en cas d'endettement notoire, il n'était pas nécessaire que l'employeur soit en faillite.

d. Par décision sur opposition du 13 octobre 2023, la caisse a confirmé sa décision du 1^{er} décembre 2022 et rejeté l'opposition du 6 décembre 2022 au motif qu'il existait seize poursuites pour un montant de CHF 40'602.75 qui n'avaient pas pu être notifiées, ce qui représentait la moitié du montant total des poursuites inscrites qui se chiffraient à CHF 91'822.96 (sans compter celle du 30 juillet 2019 de CHF 45'749.35), que sur l'ensemble de ces poursuites le montant de CHF 24'791.70 était réclamé par l'assuré. La caisse poursuivait en relevant qu'il n'était pas possible que des mêmes poursuites puissent être inscrites à double, augmentant ainsi artificiellement les montants répertoriés et que le dernier acte de défauts de biens était plutôt ancien puisqu'il datait du 5 février 2019. Dès lors, selon la caisse, le montant des poursuites n'apparaissait pas élevé au point de considérer que l'employeur était notoirement endetté, raison pour laquelle la demande d'ICI, fondée sur le cas d'un employeur notoirement endetté, était rejetée.

C. a. Par acte de son mandataire, posté en date du 9 novembre 2023, l'assuré a recouru auprès de la chambre de céans contre la décision sur opposition du 13 octobre 2023, concluant à son annulation, sous suite de frais et dépens, et à ce que le bénéfice de l'indemnité pour insolvabilité lui soit accordé.

b. Par réponse du 1^{er} décembre 2023, la caisse a considéré que le recourant n'apportait aucun élément nouveau qui lui permettait de revoir sa position et a conclu au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée.

c. Par observations du 7 décembre 2021, le recourant a renoncé à déposer une réplique, dès lors que l'intimée ne prenait, ni position sur les allégués de fait, ni ne développait d'argumentation juridique.

d. Sur ce, la cause a été gardée à juger, ce dont les parties ont été informées.

e. Les autres faits seront mentionnés, en tant que de besoin, dans la partie « en droit » du présent arrêt.

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 (loi sur l'assurance-chômage, LACI – RS 837.0).

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

2. Le délai de recours est de trente jours (art. 56 LPGA ; art. 62 al. 1 de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]).

Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable.

3. Le litige porte sur le droit du recourant à des indemnités en cas d'insolvabilité.

4.

4.1 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 leur créance de salaire.

4.2 L'art. 51 al. 1 let. b. LACI dans sa teneur actuelle est entré en vigueur le 1er janvier 1992. Auparavant, l'ouverture de la faillite était une condition dont dépendait le droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité, et il n'était pas possible de couvrir des pertes de salaire lorsque ni l'assuré ni un créancier tiers n'étaient disposés à verser l'avance des frais de procédure d'ouverture de faillite conformément à l'art. 169 LP, car on ne pouvait savoir à l'avance si ces frais pourraient être recouverts. Or, dans l'optique de la révision de la LACI, il n'y avait pas lieu de traiter ce cas d'insolvabilité manifeste de l'employeur autrement que celui où la faillite était effectivement ouverte (Message du Conseil fédéral à l'appui d'une révision partielle de la loi sur l'assurance-chômage du 23 août 1989, FF 1989 III 392).

4.3 Selon l'art. 169 LP, celui qui requiert la faillite répond des frais jusqu'à et y compris la suspension des opérations faute d'actif (art. 230) ou jusqu'à l'appel aux créanciers (art. 232) (al. 1). Le juge peut exiger qu'il en fasse l'avance (al. 2).

Par frais de la faillite, on entend aussi bien les émoluments que les frais définis par l'ordonnance sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (OELP ; RS 281.35), en particulier par l'art. 52 OELP (ATF 118 III 37 consid. 2a).

Le défaut de versement de l'avance autorise le juge à refuser de déclarer la faillite. Une telle omission équivaut à un retrait de la requête au sens de l'art. 167 LP (Flavio COMETTA, Commentaire romand de la LP, n. 5 ad art. 169).

5. En ce qui concerne la preuve, le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b, 125 V 195 consid. 2 et les références ; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5a).
6. En l'espèce, le recourant considère avoir droit aux ICI dès lors que l'employeur était dans une situation d'endettement notoire alors que l'intimée conteste que l'endettement soit notoire, notamment après examen des poursuites dirigées contre l'employeur.

6.1 Comme le relève le recourant, la notion d'endettement notoire n'est pas précisée dans la loi, ni dans le bulletin LACI ICI édicté par le secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO).

6.2 Or, selon la jurisprudence (arrêt du Tribunal fédéral du 24 septembre 2012, 8C_410/2012, consid. 4.2), l'indication du surendettement manifeste résulte du fait que le tribunal de la faillite exige une avance de frais avant l'ouverture de la faillite, « *Im Zwangsvollstreckungsverfahren ergibt sich der Hinweis auf die offensichtliche Überschuldung aus dem Umstand, dass das Konkursgericht gemäss Art. 169 SchKG vor der Eröffnung des Konkurses einen Kostenvorschuss verlangt* (BGE 134 V 88 E. 6.2 S. 94 ; Philippe NORDMANN, in : *Basler Kommentar*, 2. Aufl. 2010, N. 17 zu Art. 169 SchKG) ».

Boris RUBIN, dans son commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève – Zurich – Bâle, 2014, page 425 ad. art. 51, ch. 13, précise que la condition [de l'endettement notoire] est réalisée à partir du moment où le créancier est invité par le juge de la faillite à verser une avance de frais à la suite du dépôt d'une

réquisition de faillite et qu'il renonce à payer cette avance en raison de l'endettement notoire de l'employeur.

La naissance du droit suppose que le créancier a été confronté au choix de faire ou non l'avance de frais (DTA 2012 p. 389) et qu'il existe un lien de causalité entre l'endettement notoire et la renonciation à verser l'avance, ATF 134 V 88, consid. 5.2 : « *Gemäss BGE 131 V 196 setzt Art. 51 Abs. 1 lit. b AVIG im Sinne einer doppelten Kausalität voraus, dass die Nichteröffnung des Konkurses einzig durch das Fehlen der Bereitschaft der Gläubiger bedingt ist, die Kosten für das Konkursverfahren vorzuschüssen ; der Grund für diese mangelnde Bereitschaft liegt in der offensichtlichen Überschuldung des Arbeitgebers* (Jean-Fritz STÖCKLI, in : Staehelin /Bauer /Staehelin [Hrsg.], *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, SchKG III, Basel 1998, N. 20 zu Art. 51 AVIG ; Urs BURGHERR, *Die Insolvenzenschädigung, Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers als versichertes Risiko*, Diss. Zürich 2004 ».

Selon le même arrêt (ATF 134 V 88) du 8 mai 2008, sous consid. 6.3, le droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité naît dès lors que les créanciers auxquels une décision exigeant l'avance des frais a été notifiée par le juge après la réquisition de faillite renoncent à verser cette avance, retirent leur réquisition de faillite ou ne versent pas l'avance dans le délai prévu « *infolge offensichtlicher Überschuldung des Arbeitgebers von einer Bezahlung des Kostenvorschusses, durch Rückzug des Konkursbegehrens oder durch Verstreichenlassen der Frist für die Leistung der Konkurskaution, absehen* ».

6.3 Quant à l'endettement notoire, il est douteux de le nier, comme semble l'avoir fait l'intimée, en estimant la quote-part des poursuites du créancier par rapport à la totalité des poursuites ou en se livrant à des suppositions sur l'existence éventuelle de poursuites comptées à double dans l'extrait du registre des poursuites produit par le recourant.

En effet, dans un arrêt du Tribunal fédéral 8C_469/2015 du 26 février 2016, ce dernier a confirmé que la condition de l'endettement notoire était remplie, dans un cas où les juges cantonaux avaient retenu l'existence de treize poursuites, pour un total de CHF 72'731.45, sans mentionner l'existence d'actes de défaut de biens.

En l'occurrence, l'extrait du registre des poursuites produit par le recourant montre que pour les cinq dernières années, cinq actes de défauts de biens, pour un total d'un peu moins de CHF 10'000.- ont été délivrés et qu'il existe des poursuites, non radiées, pour plus de CHF 90'000.-.

Dans le même sens, la chambre de céans (ATAS/180/2014, consid. 8), a rappelé que le fait que l'autorité compétente requière une avance de frais avant l'ouverture de la faillite est un indice démontrant l'endettement notoire de l'employeur (DTA 2008 p. 163 consid. 6.2 ; ATF non publié 8C_410/2012 du 24 septembre 2012 consid. 4.2).

En se fondant sur ces éléments, notamment l'existence de cinq actes de défaut de biens qui sont des indices du défaut d'actifs de l'employeur et du non-retour à meilleure fortune, ainsi que la demande d'avance de frais requise par le juge de la faillite, la chambre de céans considère qu'il est établi, au degré de la vraisemblance prépondérante, que l'endettement de l'employeur était notoire au moment où le recourant a renoncé à avancer les frais d'ouverture de la faillite.

6.4 En conclusion, le recourant n'a pas tardé à réclamer le paiement de ses salaires à son employeur et a engagé des procédures judiciaires dans des délais raisonnables. Il a requis la faillite de l'employeur, puis s'est fondé sur l'extrait des poursuites du 15 juillet 2022, qu'il a communiqué dans le cadre de la présente procédure, pour considérer que l'employeur était notoirement endetté. Dans son courrier du 16 août 2022, faisant suite à la demande d'avance de frais du TPI du 25 juillet 2022, il expose qu'il renonce à faire une avance de frais en raison de l'endettement notoire de la société, selon l'extrait des poursuites du 15 juillet 2022. Le recourant a donc poursuivi la procédure, jusqu'au stade de la requête de faillite et son courrier du 16 août 2022 montre clairement le lien de causalité entre l'endettement de la société débitrice et la renonciation du recourant à avancer les frais pour l'ouverture de la faillite.

Partant, les conditions fixées par la jurisprudence, notamment dans les arrêts susmentionnés, sont remplies et le recourant a droit aux ICI.

7. Au vu de ce qui précède, le recours sera admis, la décision annulée et la cause renvoyée à la caisse pour calcul des ICI et nouvelle décision sur les indemnités dues au recourant.
8. Le recourant, assisté par un mandataire professionnellement qualifié et obtenant gain de cause, a ainsi droit à une indemnité à titre de participation à ses frais et dépens, que la chambre de céans fixera à CHF 1'500.- (art. 61 let. g LPGA ; art. 89H al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 – LPA ; RS E 5 10 ; art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 ; RFPA - RS E 5 10.03).
9. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. fbis a contrario LPGA en lien avec l'art. 1 al. 1 LACI).

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable

Au fond :

2. L'admet et annule la décision sur opposition du 13 octobre 2023.
3. Renvoie la cause à l'intimée, pour calcul des indemnités en cas d'insolvabilité auxquelles a droit le recourant et nouvelle décision, au sens des considérants.
4. Alloue au recourant, à la charge de l'intimée, une indemnité de CHF 1'500.- à titre de dépens.
5. Dit que la procédure est gratuite.
6. 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

Véronique SERAIN

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