REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1168/2007 **ATAS/1110/2007**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 6

du 15 octobre 2007

En la cause

Monsieur Z_____, domicilié , GENEVE	recourant
contre	
CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, sise rue de Montbrillant 40, GENEVE	intimée

Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente; Teresa SOARES et Luis ARIAS, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Monsieur Z_____, né le 1979, s'est annoncé le 8 mai 2006 auprès de la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse), en vue d'obtenir dès cette date l'indemnité de chômage.

2. Dans sa demande d'indemnité, l'assuré a mentionné qu'il avait travaillé, en dernier lieu, pour la société X_____, du 1er février au 30 avril 2006, les rapports de travail ayant été résiliés par l'employeur le 24 avril 2006, à cause de la fermeture de la société. Le dernier jour de travail effectif avait été le 12 avril 2006, l'assuré ayant été victime d'un accident. Précédemment, il avait travaillé pour la boulangerie Y_____, tombée en faillite.

3. Le 7 juillet 2006, la caisse a invité l'assuré à compléter son dossier, en remettant notamment toute une série de documents en relation avec l'activité déployée auprès de son dernier employeur.

4. Par décision du 24 août 2006, la caisse a nié à l'assuré le droit à l'indemnité journalière, au motif que durant les deux années précédent son inscription, à savoir du 8 mai 2004 au 7 mai 2006, il n'avait justifié que de trois mois d'activité salariée, du 1er octobre au 31 décembre 2005, auprès de la masse en faillite Y_____. Dès lors qu'il ne présentait pas une période de cotisation de douze mois minimum, et qu'il n'invoquait aucun motif de libération, l'assuré ne remplissait pas les conditions des articles 13 et 14 LACI, raison pour laquelle l'indemnité de chômage ne pouvait lui être servie.

5. Par courrier du 23 septembre 2006, l'assuré a formé opposition contre cette décision. Il exposait avoir travaillé cinq mois pour la boulangerie Y_____, du 1er mai à fin septembre 2005 et quatre mois pour la masse en faillite de celle-ci. Il avait travaillé pour la société X_____ SA de février à avril 2006. Durant cette période, il avait été victime d'un grave accident avec la voiture de service le 5 avril 2006, à la suite duquel il avait été en arrêt de travail du 12 avril au 30 avril 2006. A son retour au travail au mois de mai 2006, il avait appris qu'il était licencié et que son employeur était en faillite. Par ailleurs, il avait réclamé par voie judiciaire les salaires d'avril et mai 2006. Partant, les conditions relatives à la période de cotisation avaient bien été remplies. A l'appui de son opposition, il produisait, notamment, l'attestation d'employeur établie par la Boulangerie Y_____, selon laquelle il avait travaillé en qualité de vendeur du 1er mai 2005 au 11 octobre 2005, les rapports de travail ayant été résiliés par l'Office des faillites. Selon l'attestation d'employeur établie par la Masse en faillite Y_____, l'assuré avait poursuivi son activité pour le compte de la Masse en faillite de cette même société, une attestation d'employeur montrant un rapport de travail de durée déterminée, du 11 octobre 2005 jusqu'au 31 janvier 2006. L'assuré produisait également l'attestation de l'employeur X_____ SA, portant le

timbre de l'office des faillites, selon laquelle il avait travaillé comme livreur du 1er février au 12 avril 2006, l'employeur ayant résilié les rapports de travail en date du 19 avril 2006 pour le 26 avril 2006, ainsi qu'une copie du contrat de travail et de la lettre de licenciement, datée du 19 avril 2006, qui énonçait que « suite à la fermeture de notre société, votre période d'essai prend fin dès le 19 avril 2006 ».

6. Par décision du 21 février 2007, la caisse a rejeté l'opposition de l'assuré, au motif que sur la base des pièces produites, la période de cotisation était de 11 mois et 18,2 jours, car elle avait couru du 1er mai 2005 au 19 avril 2006. Le dernier emploi auprès de X_____ SA avait en effet pris fin le 19 avril 2006, selon le licenciement immédiat de l'employeur du même jour. Le congé ayant été donné valablement, la période d'incapacité de travail du 12 au 30 avril 2006 ne pouvait avoir d'effet sur une éventuelle suspension du délai de congé et report de ce dernier. Les conditions relatives à la période de cotisation n'étant pas remplies, l'assuré n'avait pas droit à l'indemnité de chômage.

7. Contre cette décision, l'assuré a interjeté recours en date du 22 mars 2007 devant le Tribunal cantonal des assurances sociales. Il avait cotisé neuf mois, du 1er mai 2005 au 31 janvier 2006, auprès de la Boulangerie Y_____, ce qui n'était pas litigieux. Quant à son dernier emploi auprès de X_____ SA, qui avait débuté le 1er février 2006, il ne pouvait pas avoir pris fin le 19 avril 2006, dès lors que la lettre de congé avait été expédiée par pli recommandé le 24 avril 2006, comme le montrait le timbre postal. De plus, le délai de congé dans la période d'essai étant de sept jours, le contrat de travail avait pris fin le 2 mai 2006, ce qui aboutissait à douze mois de cotisations. Il avait d'ailleurs fait valoir sa créance en salaires dans la faillite de la société. L'assuré concluait à l'ouverture d'un nouveau délai-cadre dès la date de son inscription au chômage, voire à la suspension de la procédure jusqu'à droit connu sur la production de sa créance en salaire dans la faillite de son dernier employeur. A l'appui de son recours, il a produit notamment, en plus des pièces déjà communiquées précédemment, deux décomptes de prestations d'HELSANA faisant état d'une prise en charge de l'incapacité de travail suite à un accident, du 12 au 30 avril 2006, une copie de la production des salaires d'avril et mai 2006 dans la faillite du dernier employeur, des certificats médicaux attestant d'une incapacité de travail suite à un accident, du 12 au 30 avril 2006, ainsi qu'un rapport d'accident établi par la Gendarmerie, dont il ressortait que lors d'une collusion de voitures le 5 avril 2006, le recourant avait été légèrement blessé et pris en charge par les ambulanciers. Le recourant a aussi communiqué au Tribunal de céans une copie du Jugement du Tribunal des Prud'hommes du 8 septembre 2006, déclarant la demande en paiement des salaires d'avril et mai 2006 irrecevable, celle-ci ayant été déposée postérieurement au prononcé de la faillite de l'employeur.

8. Dans sa détermination du 10 mai 2007, la caisse a persisté dans les termes de la décision querellée. L'intimée a relevé que l'argument tiré de la réception du

courrier de licenciement en date du 25 avril 2006 était nouveau, car soulevé pour la première fois au stade du recours. Par ailleurs, la production d'une enveloppe portant la mention recommandé et datée du 24 avril ne prouvait pas encore que la lettre de licenciement y fût contenue. De plus, s'agissant d'un licenciement avec effet immédiat, même s'il avait déployé ses effets le 25 avril 2006, la période de cotisation (de 11 mois et 22.4 jours) était de toute manière inférieure à douze mois. Enfin, si l'on devait considérer que la résiliation n'avait pas été effectuée avec effet immédiat, le délai de congé tomberait à échéance le 2 mai 2006, la période de cotisation étant dans ce cas supérieure à douze mois. Toutefois, selon une circulaire du SECO, les jours où l'assuré n'avait plus travaillé, mais pour lesquels l'employeur restait tenu de payer le salaire pour cause de licenciement injustifié, comptaient comme période de cotisation si le droit au salaire ou à une indemnité avait été reconnu à l'assuré par un jugement définitif, une créance colloquée définitivement dans la faillite étant assimilée à un jugement définitif. Or, en l'espèce, selon une collaboratrice de l'Office des faillites, la créance en salaire de l'assuré serait admise jusqu'au 31 mars 2006, dès lors que la faillite avait été prononcée le 21 mars 2006. Partant, la période de cotisation dans cette hypothèse serait de onze mois (du 1er mai 2005 au 31 mars 2006), ce qui était insuffisant. Enfin, une suspension de la procédure jusqu'à droit connu dans la faillite n'apparaissait pas appropriée, vu la longueur des procédures de liquidation et compte tenu du fait qu'un délai-cadre avait été ouvert en faveur du recourant le 13 mars 2007, l'indemnisation se terminant après 400 indemnités, ce qui pouvait conduire à exclure l'ouverture d'une période d'indemnisation rétroactive. A l'appui de sa réponse, la caisse a produit toute une série de documents, dont notamment une copie de la correspondance entre l'assuré et HELSANA en relation avec l'accident du 5 avril 2006, et un courrier électronique de l'office des faillites adressé à la caisse le 7 mai 2007, qui précisait que « si la masse en faillite devait prendre une décision concernant la production salariale de M. B_____ celle-ci serait admise avec un délai de congé d'une semaine pour la fin de la semaine. La faillite ayant été prononcée le 21 mars 2006, le délai de congé aurait pris fin le 31 mars 2006. »

9. Le Tribunal de céans a ordonné la comparution personnelle des parties qui s'est tenue en date du 21 mai 2007. A cette occasion, le recourant a exposé qu'il avait été victime d'un accident le 5 avril 2006, mais qu'il avait continué à travailler jusqu'au 12 avril car son patron était absent. Il avait ensuite été en incapacité de travail en raison de douleurs à l'épaule et à la jambe, sans jamais toucher les indemnités LAA. La lettre de licenciement, signée par l'administrateur de la société, un certain V_____, lui avait été envoyée par pli recommandé et il l'avait reçue le 24 avril. Il confirmait avoir produit la créance en salaire pour les mois d'avril et mai 2006 dans la faillite de la société. En 2007, il avait travaillé une quinzaine de jours en emploi temporaire pour la caisse cantonale, l'indemnité de chômage lui étant octroyée depuis le 13 mars 2007.

Le représentant de la caisse a pour sa part exposé que le recourant aurait dû cesser de travailler le 31 mars 2006, en raison de la faillite de la société. La caisse admettait que le recourant avait reçu son congé le 25 avril et que le contrat avait pris fin sept jours plus tard, soit le 2 mai. Toutefois, conformément aux directives du SECO, il fallait attendre un jugement définitif ou une collocation définitive de la créance dans la procédure de faillite. Tout licenciement faisant suite à une faillite était considéré par le SECO comme un licenciement injustifié. Par ailleurs, l'office des faillites avait déjà fait savoir qu'il n'entendait reconnaître le droit au salaire que jusqu'au 31 mars, soit sept jours après le prononcé de la faillite. Le cas échéant, l'assuré pouvait avoir droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité (ICI) pour les douze jours effectivement travaillés du 1er au 12 avril 2006, à la condition que la caisse puisse récupérer concrètement la créance de l'Office des faillites afin que ces douze jours puissent être comptés dans la période de cotisation.

10. Interpellé par le Tribunal de céans, l'Office des faillites a exposé, par courrier du 21 juin 2007, que s'agissant de la faillite de X_____ PC SA, l'inventaire était toujours en cours d'établissement, la production de l'assuré n'ayant pas encore été colloquée. La société n'ayant aucun actif, la faillite serait vraisemblablement clôturée par défaut d'actif.

11. Une copie du cette correspondance a été communiquée aux parties, en date du 25 juin 2007. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 8 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (ci-après : LACI).

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

2. La LPGA, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, est applicable au présent litige. Interjeté dans les forme et délai prescrits, le recours est recevable (art. 56, 60 et 61 LPGA).

3. a) L'assuré a droit à l'indemnité de chômage notamment s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (art. 8 al. 1 let. e LACI, en liaison avec les art. 13 et 14 LACI). Celui qui, dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet (art. 9 al. 3 LACI), a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation remplit les conditions relatives à la période de cotisation (art. 13 al. 1 LACI dans sa version en vigueur depuis le 1er juillet 2003 applicable en l'espèce).

b) En principe, l'art. 13 al. 1 LACI présuppose uniquement que l'assuré ait effectivement exercé une activité soumise à cotisation, mais non que l'employeur ait réellement transféré à la caisse de compensation la cotisation du salarié, en sa qualité d'organe participant à la procédure de perception des cotisations (ATF 113 V 352). En vue de prévenir les abus qui pourraient advenir en cas d'accord fictif entre l'employeur et un travailleur au sujet du salaire que le premier s'engage contractuellement à verser au second, le TFA a ensuite précisé que la réalisation des conditions relatives à la période de cotisation (art. 8 al. 1 let. e et 13 LACI) présuppose qu'un salaire a été réellement versé au travailleur (DTA 2001 p. 228). Dans un arrêt récent (ATF 131 V 444), le Tribunal fédéral des assurances a encore nuancé cette jurisprudence en indiquant qu'en ce qui concerne la période de cotisation, la seule condition du droit à l'indemnité de chômage est, en principe, que l'assuré ait exercé une activité soumise à cotisation durant la période minimale de cotisation. Ainsi, la jurisprudence exposée au DTA 2001 p. 225 ss (et les arrêts postérieurs) ne doit-elle pas être comprise en ce sens qu'un salaire doit en outre avoir été effectivement versé; en revanche, la preuve qu'un salaire a bel et bien été payé est un indice important en ce qui concerne la preuve de l'exercice effectif de l'activité salariée (ATF 131 V 444 consid. 3 p. 449 ss).

c) L'exercice d'une activité salariée pendant douze mois au moins est donc une condition à part entière pour la réalisation de la période de cotisation, tandis que le versement d'un salaire effectif n'est pas forcément exigé, mais permet au besoin de rapporter la preuve de cette activité. Le versement déclaré comme salaire par un employeur ne fonde cependant pas, à lui seul, la présomption de fait qu'une activité salariée soumise à cotisation a été exercée.

d) Par activité soumise à cotisation, il faut entendre toute activité de l'assuré destinée à l'obtention d'un revenu soumis à cotisation pendant la durée d'un rapport de travail (GERHARDS, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz [AVIG], vol. I, n. 8 ad art. 13 LACI, p. 170). Cela suppose l'exercice effectif d'une activité salariée suffisamment contrôlable (ATF 113 V 352; DTA 1999 n. 18 p. 101 consid. 2a; NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in : MEYER [éd.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, n. 161 p. 64; RUBIN, Assurance-chômage : Droit fédéral, survol des mesures cantonales, procédure, 2ème éd., n. 3.8.4.2, p. 179).

4. a) Certains contrats ne deviennent pas caducs du fait de la faillite En cas de faillite de l'employeur, les rapports de travail se poursuivent (cf. LORANDI, Arbeitsverträge im Konkurs des Arbeitgebers, SJZ 96 [2000] p. 152), jusqu'à résiliation par l'une des parties, étant précisé que le travailleur ne peut en principe être licencié que moyennent respect des délais de congé légaux ou contractuels (arrêt du Tribunal des assurances sociales du canton de Zurich, du 17 octobre 2003, AL2003.00117, n° 3.1 ; cf. art. 337a CO *a contrario*). Lorsque le travailleur est licencié après l'ouverture de la faillite et la fermeture de l'entreprise, les rapports de

travail se poursuivent en principe avec tous les droits et les obligations jusqu'à l'échéance du délai de résiliation, l'employeur étant dans ce cas en demeure (cf. 324 CO). Si le travailleur est libéré de l'obligation de travailler pendant le délai de congé, il est néanmoins créancier de l'intégralité du salaire (arrêt du Tribunal des assurances sociales du canton de Zurich, du 17 octobre 2003, AL2003.00117, n° 3.1).

b) Comptent dans le calcul de la période de cotisation aussi les jours pendant lesquels le salarié n'a pas travaillé, mais qui doivent être rémunérées jusqu'à l'échéance du délai de congé (ATF 119 V 496, consid. 3), soit en raison de la demeure de l'employeur (art. 324 CO), soit à cause d'un licenciement injustifié (art. 337c al. 1 CO).

c) Le Tribunal des assurances sociales du canton de Zurich a ainsi jugé qu'un assuré avait réalisé les conditions relatives à la période de cotisation, dans la mesure où il fallait aussi prendre en compte les jours jusqu'à la fin du délai de congé, même postérieurs à l'ouverture de la faillite et pendant lesquels l'assuré n'avait pas travaillé. Dans cette affaire, l'employeur avait opéré le licenciement par courrier du 25 octobre 2002, après l'ouverture de la faillite intervenue le 17 octobre 2002, le congé prenant effet au 31 janvier 2003 (cf. arrêt, du 17 octobre 2003, AL2003.00117). Selon la juridiction cantonale, la position de la caisse selon laquelle après la faillite de l'employeur, l'assuré ne pouvait plus bénéficier d'un salaire soumis à cotisation, ne pouvait pas être suivie.

5. a) En l'espèce, il ressort des considérations qui précèdent que le jugement de faillite prononcé le 21 mars 2006 n'a pas mis un terme aux rapports de travail avec le recourant. Ceux-ci ont été résiliés par l'employeur, par courrier du 19 avril 2006, notifié par pli recommandé le 24 avril 2006 et reçu par le recourant le 25 avril 2006, ce qui a été admis par la caisse (supra ch. 9, partie en fait). Le délai de congé pendant la période d'essai étant de sept jours, les rapports de travail ont pris fin le 2 mai 2006. Certes, la lettre de licenciement est formulée avec une certaine ambigüité, dès lors qu'elle indique que suite à la fermeture de la société, la période d'essai prend fin le 19 avril 2006, le recourant étant immédiatement libéré de ses obligations envers la société, sauf l'obligation du secret professionnel. Toutefois, étant donné que le licenciement est explicitement motivé par la fermeture de la société, et qu'il ne s'agit donc pas d'un congé immédiat pour justes motifs - en dépit des considérations relatives à l'arrêt-maladie sans lien avec le licenciement contenues dans ce même courrier - il faut en déduire que l'employeur a voulu procéder au licenciement moyennant respect du préavis légal et contractuel applicable en période d'essai, l'évocation d'un caractère immédiat devant être mise en relation avec la libération immédiate de l'assuré de son obligation de travailler compte tenu de la cessation d'activité de la société.

b) Il y a lieu par ailleurs d'observer que le licenciement a été signifié par courrier de l'employeur postérieur au prononcé du jugement de faillite. Or, en principe, à partir de l'ouverture de la faillite, le failli ne peut plus disposer de son patrimoine et les droits de gestion et de disposition sont transmis à l'administration de la faillite (DALLEVES/FOEX/JEANDIN, Poursuite et faillite, ad art. 232, n° 34). Toutefois, l'incapacité du failli découlant de l'ouverture de la faillite ne saurait déployer d'effet à l'égard des tiers jusqu'à la publication (art. 232 LP), celle-ci étant intervenue le 26 mai 2006 (cf. extrait du registre du commerce de Genève), soit après la notification du licenciement. De plus, à supposer même que la notification du licenciement n'était, pour cette raison, pas valable, force est de constater que les rapports de travail se sont poursuivis au-delà du 2 mai 2006, faute d'avoir été résiliés valablement.

6. a) La caisse soulève également, en se référant à une circulaire du SECO, que pour qu'il puisse compter comme période de cotisation, il est nécessaire que le droit au salaire de l'assuré soit reconnu par un jugement définitif ou par une collocation définitive de la créance dans la faillite de la société.

b) Le chiffre B158 de la circulaire du SECO relative à l'indemnité de chômage (état janvier 2007) énonce à cet égard que les jours où l'assuré n'a plus travaillé, mais pour lesquels l'employeur restait tenu de payer le salaire pour cause de licenciement injustifié, comptent comme période de cotisation si le droit au salaire ou à une indemnité a été reconnu à l'assuré par un jugement définitif ou par une collocation définitive dans la faillite.

c) Il apparaît que la précision du SECO se rapporte au licenciement immédiat du travailleur pour justes motifs (licenciement injustifié). L'exigence d'un jugement définitif, ou d'une collocation définitive de la créance, a ainsi pour but d'éviter que celui qui est licencié avec effet immédiat pour justes motifs se contente d'alléguer auprès de l'assurance-chômage le caractère abusif du congé, pour bénéficier d'une période de cotisation plus longue, alors même que dans les faits le congé avec effet immédiat pourrait être fondé.

d) En l'espèce toutefois, l'on ne se trouve pas en présence d'un licenciement immédiat pour justes motifs, mais d'un licenciement explicitement motivé par la fermeture de la société (cf. supra ch. 3a), subordonné dès lors au respect du délai de congé, l'assuré ayant au demeurant annoncé sa créance en salaire pour les mois de mars et avril 2006 dans la faillite de la société. On ne saurait d'ailleurs retenir, comme le fait la caisse, que tout licenciement qui fait suite à une faillite est assimilé à un licenciement injustifié (PV de comparution personnelle du 21 mai 2007), la loi réservant uniquement au travailleur la faculté de résilier immédiatement le contrat de travail en cas d'insolvabilité de l'employeur (art. 337a CO).

7. Enfin, il ressort des pièces produites que l'assuré a été en incapacité de travail du 12 au 30 avril 2006, attestée médicalement, l'assureur-accidents ayant servi des indemnités journalières pendant cette période, selon décompte de prestations du 13 février 2007. Partant, en application de l'art. 13 al. 2 let. c) LACI, cette période compte aussi, à toutes fins utiles, comme période de cotisation.

8. Au bénéfice des considérations qui précèdent, force est de constater que la période de cotisation s'étend du 1er mai 2005 au 2 mai 2006, le recourant ayant ainsi exercé pendant douze mois une activité soumise à cotisation au sens des art. 8 al. 1 let. e) et 13 LACI.

9. Le recours est ainsi admis et la décision sur opposition annulée, la cause étant renvoyée à l'autorité intimée pour examen des autres conditions relatives au droit de l'assuré à l'indemnité de chômage, et nouvelle décision.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.

3. Annule la décision sur opposition de la caisse cantonale genevoise de chômage du 21 février 2007.

4. Renvoie la cause à la caisse cantonale genevoise de chômage dans le sens des considérants.

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); 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	La présidente
Nancy BISIN	Valérie MONTANI

La secrétaire-juriste :

Verena PEDRAZZINI
RIZZI

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