

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1785/2009

ATAS/424/2010

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 4

du 21 avril 2010

En la cause

Monsieur W _____, domicilié au PETIT-LANCY, comparant
avec élection de domicile en l'étude de Maître Guy BRAUN

recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, sise Rue
de Montbrillant 40, GENÈVE

intimée

**Siégeant : Juliana BALDE, Présidente; Nicole BOURQUIN et Olivier LEVY, Juges
assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur W_____ (ci-après : l'assuré, l'intéressé, le recourant), né en 1952, était employé en qualité de manutentionnaire (contrat de travail temporaire) pour une durée indéterminée par X_____ SA depuis le 22 février 2008. Le 4 juin 2008, il a été victime d'un accident sur son lieu de travail et n'a plus été en mesure de reprendre son activité professionnelle depuis lors. Le cas a été pris en charge par la CAISSE NATIONALE SUISSE EN CAS D'ACCIDENTS (SUVA) qui a alloué des indemnités journalières pour une pleine incapacité de travail jusqu'au 4 janvier 2009 inclus.
2. Le 6 janvier 2009, l'assuré a repris une activité pour le compte de l'entreprise Y_____. Son contrat de travail s'est terminé le 28 février 2009.
3. En date du 3 mars 2009, il s'est inscrit auprès de l'OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI et a sollicité le versement d'indemnités de chômage à compter de cette date auprès de la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE (ci-après : la Caisse, l'administration, l'intimée).

Sur le formulaire de demande, l'assuré a indiqué avoir travaillé en dernier lieu pour le compte de Y_____ du 6 janvier au 28 février 2009 selon attestation d'employeur jointe. Il a également mentionné avoir été employé par X_____ SA du 22 février au 5 juin 2008 et a remis une attestation dudit employeur. Cette dernière comporte les indications suivantes :

- Durée du rapport de travail : du 22.02.2008 au 05.06.2008
- Résiliation du rapport de travail :
Qui a résilié ? ACCIDENT
Quand ? 04.06.2008
- Dernier jour de travail : 05.06.2008
- Le salaire a été versé jusqu'au : 05.06.2008.

L'intéressé a également remis à l'administration la décision de prise en charge de la SUVA, ainsi que les « décomptes annuels des genres de salaire » 2008 et 2009 de X_____ SA.

4. Par décision du 23 mars 2009, la Caisse a nié le droit de son assuré à l'indemnité de chômage, au motif qu'il ne remplissait pas la condition relative à la période de cotisation durant le délai-cadre.
5. Agissant par son mandataire, l'intéressé a formé opposition à ladite décision. Il contestait le calcul opéré par l'administration, arguant notamment que la période

durant laquelle il avait été indemnisé par la SUVA (soit du 6 juin 2008 au 4 janvier 2009) et était demeuré sous contrat de travail avec X_____ devait être comptabilisée au titre de période de cotisation. En conséquence, il remplissait la condition de l'exercice d'une activité soumise à cotisation durant douze pendant le délai-cadre et devait se voir octroyer les indemnités de chômage.

6. Le 22 avril 2009, la Caisse a rejeté l'opposition de l'assuré. Elle a considéré, sur la base des pièces du dossier, que ce dernier avait travaillé du 6 janvier 2009 au 28 février 2009, soit 1 mois et 26,6 jours et du 22 février 2008 au 5 juin 2008, soit 3 mois et 14 jours, totalisant ainsi 5 mois et 10,6 jours, ce qui ne lui permettait de prétendre une durée de cotisation suffisante. Quant à la période d'incapacité de travail s'étendant du 5 juin 2008 au 4 janvier 2009, elle ne pouvait ni être additionnée à la période de cotisation vu l'absence de contrat de travail, ni être retenue au titre de période pour laquelle l'intéressé est libéré de son obligation de cotiser, vu sa durée inférieure à douze mois.

7. W_____ interjette recours contre cette décision, dont il requiert, sous suite de dépens, l'annulation, concluant au versement des indemnités de l'assurance-chômage. Dans son mémoire du 22 mai 2009, il fait valoir qu'en l'absence de toute preuve relative à une résiliation de son contrat de travail de la part de X_____ SA, la période durant laquelle il a été incapable de travailler ensuite de son accident et indemnisé par la SUVA doit être comptabilisée dans la durée de cotisation. A ce propos, il met en avant le changement de position de son ancien employeur, qui a d'abord déclaré que le contrat s'était terminé avec la survenue de l'accident et avait confirmé cette version lors d'un entretien téléphonique avec son mandataire. Puis, suite au courrier de ce dernier qui se référait audit entretien intervenu avec Madame A_____ et lors duquel il aurait été déclaré qu'aucune résiliation n'était intervenue, le contrat ayant pris fin en raison de l'incapacité de travail, X_____ SA a expliqué par écrit avoir résilié le contrat de travail lors d'une conversation téléphonique avec son épouse le 7 juillet 2008, sans confirmation écrite, pour le 14 juillet 2008, en conformité avec le délai de protection légal en cas d'empêchement non fautif de travailler. X_____ SA, qui considère que son ancien employé était au fait de la résiliation vu qu'il n'est pas revenu proposer ses services au terme de l'incapacité de travail, lui a par ailleurs fait tenir une nouvelle attestation d'employeur dans laquelle figure la mention d'une résiliation par l'employeur en date du 7 juillet 2008. Selon le recourant, les propos de son employeur ne sauraient être suivis. Il conteste d'ailleurs avoir reçu une quelconque résiliation de son contrat de travail. Dès lors, la période de cotisation s'établit comme suit : emploi du 22 février 2008 au 4 juin 2008 auprès de X_____ SA : 3 mois et 12,6 jours ; emploi du 6 janvier 2009 au 28 février 2009 auprès de Y_____ : 1 mois et 26,6 jours ; incapacité accident du 5 juin 2008 au 4 janvier 2009 : 6 mois et 29,4 jours. Le total est donc de 12 mois et 8,6 jours, ce qui ouvre le droit aux prestations sous la forme d'indemnités.

Parmi les annexes à son mémoire de recours se trouvent les fiches de salaire reçues du recourant pas X_____ SA pour les mois de février 2008 à janvier 2009 ; la décision de prise en charge de l'assurance-accidents du 11 juillet 2008 ; le contrat-cadre de travail liant X_____ SA et le recourant (signé le 8 février 2008) ; le contrat de mission du 21 février 2008 liant les mêmes parties, portant sur un emploi de durée indéterminée commençant le 22 février 2008 auprès de l'entreprise Z_____ SA ; les documents déjà mentionnés ci-dessus.

8. Dans son mémoire de réponse du 22 juin 2009, l'intimée expose que selon les directives du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), en principe, le contrat-cadre conclu avec une entreprise de travail temporaire ne peut pas être considéré comme un rapport de travail ininterrompu puisque normalement ce contrat n'oblige pas l'entreprise à fournir du travail à l'assuré ni ce dernier à accepter les missions proposées par l'entreprise. En revanche, chaque contrat de mission fonde un nouveau rapport de travail autonome. L'élément déterminant pour le calcul de la période de cotisation est ainsi la durée de chaque mission. Par voie de conséquence, et même si l'on devait considérer que le contrat-cadre liant le recourant à X_____ n'a pris fin que le 14 juillet 2008, le salaire à prendre en considération dans la période de cotisation n'est que celui de la durée effective de la mission et les indemnités versées par la SUVA au recourant ne peuvent être comptabilisées. L'intimée conclut donc au rejet du recours.

En annexe à sa réponse, la Caisse produit, entre autres, le décompte annuel des genres de salaire établi par X_____ SA pour les années 2008 et 2009 et portant sur la personne du recourant ; les fiches de salaire de janvier et février 2009 établies par Y_____ et mentionnant chacune un salaire brut de 4'800 fr.

9. Le Tribunal de céans a tenu audience en date du 19 août 2009. A cette occasion, le recourant a contesté ne pas avoir offert ses services à X_____ au terme de son incapacité de travail. Il a au contraire exposé s'être rendu dans les locaux de X_____, avoir attendu dans la salle d'attente et s'être entendu dire par une collaboratrice qu'il n'y avait pas de travail pour lui. Il a en outre maintenu que son épouse n'a pas reçu d'appel téléphonique de X_____. Le représentant de la Caisse intimée a quant à lui admis que régnait un gros flou dans la façon de procéder de X_____. Il a en outre déclaré ne pas être en possession de preuve du versement d'un salaire pour les mois de janvier et février 2009 ; il a considéré qu'il serait nécessaire, à ce propos, que lui parvienne un extrait des livres comptables de l'employeur, attesté par un fiduciaire.
10. Sur requête du Tribunal, le recourant a fourni une attestation de l'entreprise Y_____ du 28 août 2009, par laquelle l'ancien employeur certifie avoir versé les salaires afférant aux mois de janvier et février 2009, ainsi que les charges sociales. Il a par ailleurs déclaré joindre ses fiches de salaire quittancées par son employeur, ainsi qu'une attestation d'affiliation du 14 septembre 2009 établie par la

Caisse de compensation de la FACO auprès de qui est affilié son ancien employeur, Y_____. Ce document fait état d'une inscription du recourant dès le 1^{er} janvier 2009. Enfin, le recourant a déclaré que son ancien employeur ne disposait pas de comptes bancaires et que sa comptabilité annuelle n'étant pas encore bouclée, il ne pouvait produire une comptabilité attestée par la fiduciaire. Quoi qu'il en soit, l'attestation de la FACO était suffisante pour démontrer le versement du salaire (courrier du 31 août 2009).

11. Par lettre du 14 septembre 2009, la Caisse a fait remarquer que la fiche de salaire du mois de janvier 2009 produite par le recourant en annexe à son courrier du 31 août 2009 ne correspondait pas à celle qui lui avait été remise le 9 mars 2009. Le montant du salaire brut de la première était de 5'400 fr., alors qu'il avait été porté à sa connaissance initialement un salaire de 4'800 fr.
12. Dans un courrier subséquent, la Caisse a considéré que l'attestation de la FACO ne suffisait pas à prouver que des cotisations avaient été payées et donc qu'une activité lucrative avait bien été exercée par le recourant, point essentiel qui devait être déterminé. Or, il ressortait des renseignements pris téléphoniquement par l'intimée que la demande d'affiliation à la FACO n'avait été transmise qu'en date du 7 septembre 2009, ce qui laissait à penser que ladite demande n'avait été faite que pour les besoins de la cause. D'autre part, le courrier de l'employeur adressé au conseil du recourant le 28 août 2009 mentionnait que les charges sociales étaient versées auprès de la FACO tous les 6 mois et que l'entrée et la sortie du recourant étaient déclarés à la Caisse de compensation ; cette attestation ne semblait donc pas correspondre à la réalité. L'intimée s'étonnait également de ce que l'ancien employeur ne tienne pas de livre de caisse alors que les salaires étaient payés de la main à la main et ne possède pas de compte bancaire. Pour terminer, l'intimée ne comprenait pas que le recourant, qui s'estimait encore sous contrat de mission lorsqu'il a recouvré sa capacité de travail en janvier 2009 accepte que X_____ ne le réintègre pas et débute un nouvel emploi deux jours seulement après la fin de son incapacité de travail.
13. Dans ses remarques finales, le recourant a fait valoir que le versement d'un salaire pour le travail effectué durant les mois de janvier et février 2009 avait été démontré, qu'il avait été affilié par son employeur auprès de la caisse de compensation compétente et que des cotisations sociales avaient été versées. Pour le surplus, il considérait l'attitude de l'intimée comme tracassière.

A l'appui de son courrier, il produisait un document de la Caisse de compensation de la FACO du 20 octobre 2009 confirmant que l'entreprise Y_____ avait annoncé son engagement. Pour ce motif, une attestation d'assurance AVS avait été remise à l'intéressé. La Caisse ajoutait que les employeurs pouvaient lui annoncer leurs employés à tout moment, même si, selon les directives concernant le certificat d'assurance et le compte individuel, l'employeur devait annoncer toute nouvelle

personne travaillant dans son entreprise à sa caisse dans un délai d'un mois. Si l'intéressé souhaitait connaître le montant des salaires déclarés par son employeur, il devait formuler, par écrit, une demande d'extrait de compte individuel dans le courant du 1^{er} trimestre 2010, période à laquelle le report des salaires 2009 serait normalement effectué.

Le recourant a également remis copie de deux récépissés démontrant le versement de 2526 fr. 75 à la Caisse de la FACO en date des 3 octobre 2009 et 2 novembre 2009.

14. Copie de cette dernière écriture a été communiquée à l'intimée qui a déclaré s'en remettre à justice (lettre du 10 décembre 2009), sur quoi la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (LOJ ; RS E 2 05), 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 ; RS 830.1) qui sont 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. Interjeté dans les forme et délai légaux, le recours est recevable (art. 56 à 60 LPGA).
3. Est litigieuse en l'espèce la question de savoir si le recourant a droit au versement de l'indemnité de chômage à compter du 3 mars 2009, date de son annonce à l'assurance-chômage, singulièrement de savoir s'il remplit la condition liée à la période de cotisation.
4. Aux termes de l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi ; s'il a subi une perte de travail à prendre en considération ; s'il est domicilié en Suisse ; s'il a achevé sa scolarité obligatoire, qu'il n'a pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touche pas de rente de vieillesse de l'AVS ; s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré ; s'est apte au placement et s'il satisfait aux exigences du contrôle.
5. a) Celui qui, dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet (art. 9 al. 3), 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).

L'alinéa deuxième de cette disposition précise que le temps durant lequel l'assuré est partie à un rapport de travail, mais ne touche pas de salaire parce qu'il est, entre autres, malade (art. 3 LPGA) ou victime d'un accident (art. 4 LPGA) et, partant, ne paie pas de cotisations compte également comme période de cotisation.

b) Sur la base des déclarations de l'employeur, l'intimée conteste que le recourant ait été partie à un rapport de travail au-delà du 5 juin 2008. L'intéressé soutient, quant à lui, que son contrat de travail n'a pas été résilié par X_____ SA et qu'en conséquence la période durant laquelle il a perçu des indemnités journalières de la SUVA (soit du 6 juin 2008 au 4 janvier 2009) doit être comptée comme période de cotisation.

c/aa) Doit donc être examiné le point de savoir si le recourant est demeuré sous contrat de travail avec X_____ SA ensuite de son accident indemnisé par la SUVA ou non, tel que le soutient l'employeur. Celui-ci a tout d'abord déclaré que le contrat avait pris fin de par la survenance de l'accident, puis, suite à la demande de renseignements du mandataire de l'assuré, que le congé avait été donné par téléphone à l'épouse de l'intéressé en date du 7 juillet 2009 pour le 14 juillet 2009.

c/bb) Il ressort de la législation applicable (art. 319 ss du Code des obligations [CO]), qu'un contrat de travail ne saurait être résilié du seul fait de la survenance d'un accident. Bien au contraire, l'art. 336c CO consacre une protection spéciale du travailleur en cas d'empêchement non fautif de travailler, citant expressément l'accident au nombre des empêchements de cette nature. En effet, la lettre b de l'alinéa 1^{er} dudit article stipule qu'après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident non imputables à la faute du travailleur, et cela durant 30 jours au cours de la première année de service. Il ne saurait être dérogé à cette disposition relativement impérative en défaveur du travailleur (cf. art. 362 CO). Il s'ensuit que le premier terme du contrat de travail, à savoir le 5 juin 2008, indiqué par X_____ SA et repris tel quel par l'intimée ne peut être retenu. Il n'est en effet nullement invoqué que l'accident dont a été victime le recourant lui soit imputable en raison d'une faute de sa part. Par ailleurs, il ne fait aucun doute que le temps d'essai était écoulé.

c/cc) Reste à vérifier si le contrat de travail a été valablement résilié en date du 7 juillet 2009 pour le 14 suivant par l'employeur, comme celui-ci l'a invoqué subséquentement (cf. courrier du 14 mai 2009 au mandataire du recourant).

La résiliation est une manifestation de volonté formatrice inconditionnelle et irrévocable, qui implique une certaine exigence de clarté (ATF 128 III 129 notamment). Elle ne déploie ses effets que lorsqu'elle parvient au destinataire (ATF 113 II 259).

Dans le cas présent, X_____ allègue avoir signifié son congé au recourant par le biais d'un appel téléphonique à son épouse. Or, l'intéressé conteste avoir été informé de ce fait, ce qui semble d'autant plus crédible que le recourant a reporté, dans son formulaire de demande d'allocations de chômage, la date de résiliation figurant sur le document rempli par X_____ SA, à savoir le 5 juin 2008. On voit en effet mal pour quel motif le recourant aurait réduit la durée de son emploi, ce qui est clairement contraire à ses intérêts. En outre, sans entrer sur la problématique de savoir si la personne qui aurait résilié le contrat par téléphone y était habilitée (autre condition de validité d'une telle résiliation), la seconde version des faits de X_____ SA n'est pas crédible, dès lors que cet employeur n'a pas avisé la SUVA de la fin du contrat de travail, qu'il a continué à percevoir les prestations de cette assurance et à les reverser au recourant, établissant pour chaque mois une fiche de salaire et conservant le recourant dans ses fichiers salariaux jusqu'en janvier 2009.

Le Tribunal de céans retient donc que le contrat de travail entre X_____ SA et le recourant n'a pas pris fin avant le 4 janvier 2009, date à laquelle a été versée la dernière indemnité journalière de la SUVA. Subséquemment, le recourant ayant repris un emploi auprès d'un employeur tiers et X_____ SA ne s'y étant pas opposé, on doit en déduire, au degré de la vraisemblance prépondérante prévalant dans le domaine des assurances sociales, que les parties ont résilié le contrat qui les liait d'un commun accord selon un délai plus bref que celui qui est prévu tant par le contrat de travail que par la loi (l'art. 335c CO n'empêche pas les parties de mettre fin en tout temps au contrat de travail d'un commun accord).

d) Il suit de ce qui précède que c'est à tort que l'intimée n'a pas tenu compte de la période durant laquelle le recourant a perçu des indemnités journalières de l'assurance-accidents dans le calcul de la période de cotisation. Contrairement à la période de libération régie par l'art. 14 LACI, le temps pendant lequel un assuré a été empêché de travailler sans faute de sa part et sans qu'un salaire lui ait été versé, ne doit pas durer plus de 12 mois.

e) En cours de procédure, l'intimée a contesté l'exercice effectif d'une activité, ainsi que la perception d'un salaire du 6 janvier 2009 au 28 février 2009.

Il est vrai que les fiches de salaire relatives au mois de janvier produites par-devant le Tribunal et lors de la demande d'indemnisation ne correspondent pas quant au montant du revenu indiqué. Les fiches de salaire fournies au Tribunal comme étant quittancées par l'employeur et portant donc sa signature sont en réalité des reçus signés de la main du recourant. Cela étant, il n'en demeure pas moins, au regard de la vraisemblance prépondérante, que suffisamment d'éléments existent pour qu'il faille reconnaître comme établi le versement d'un salaire en janvier et février 2009. L'employeur, constitué en société anonyme depuis le mois de janvier 2009 (cf. inscription au Registre du commerce), a certifié avoir versé le salaire de 4'800 fr. pour

janvier et pour février 2009. Ceci ressort tant de l'attestation d'employeur du 3 mars 2009 que du courrier du 28 août 2009 adressé au conseil du recourant par l'administrateur unique de Y_____. Le recourant a été déclaré, à compter du 1^{er} janvier 2009, à la Caisse de compensation auprès de laquelle est affilié l'employeur, qui s'acquitte des cotisations facturées par la caisse en question. Certes, il règne un certain flou autour des circonstances dans lesquelles les documents nécessaires à l'établissement des faits dans la présente cause ont été établis, mais là n'est pas l'objet du litige. Il appartiendra à la Caisse intimée, cas échéant, d'élucider la question de la contradiction entre les fiches de salaire lors de la détermination du revenu assuré pour le calcul de l'indemnité.

f) En conclusion, le Tribunal constate que le recourant remplit la condition liée à la période de cotisation. Pour le surplus, le dossier doit être retourné à l'intimée, afin qu'elle procède à la vérification de la réalisation des autres conditions mises à l'octroi de l'indemnité de chômage et détermine, cas échéant, le montant de ladite indemnité.

6. L'intimée, qui succombe, versera au recourant une indemnité à titre de participation à ses dépens fixée à 2'000 fr.

**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 de l'intimée du 22 avril 2009.
4. Renvoie le dossier à l'intimée pour nouvelle décision au sens des considérants.
5. Condamne l'intimée à verser au recourant une indemnité à titre de dépens par 2'000 fr.
6. Dit que la procédure est gratuite.
7. 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

La présidente

Isabelle CASTILLO

Juliana BALDE

La secrétaire-juriste : Laurence SCHMID-PIQUEREZ

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