REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2333/2007 **ATAS/1071/2007**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 3

du 20 septembre 2007

En la cause

Monsieur R_____, domicilié , MEYRIN	recourant
contre	
UNIA CAISSE DE CHOMAGE, sise bd James-Fazy 18, case postale 1299, GENEVE	intimée

Siégeant : Karine STECK, Présidente, Christine KOEPPEL et Violaine LANDRY-ORSAT, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Monsieur R_____ a signé en date du 8 septembre 2005 un contrat d'emploi temporaire avec le Service des mesures cantonales (SMC) pour une durée maximale de douze mois. Le "service utilisateur" n'était pas mentionné, ledit contrat ayant été conclu dans l'attente d'une affectation, étant précisé que l'assuré devait être à disposition dans les vingt-quatre heures sous peine de voir son contrat résilié. Le paiement du salaire, soumis aux charges sociales, a débuté le 8 septembre 2005.

2. Un avenant à ce contrat a été signé le 14 février 2006, aux termes duquel l'intéressé a été affecté au service dénommé "X_____" pour la période du 8 février au 11 septembre 2006.

3. Le 12 septembre 2006, l'assuré s'est annoncé auprès de la CAISSE DE CHÔMAGE UNIA (ci-après : la caisse) et a sollicité le versement d'indemnités de chômage.

4. Par décision du 26 octobre 2006, la caisse lui a nié le droit à l'indemnité au motif qu'il ne réunissait pas les douze mois de cotisation nécessaires et qu'en outre, aucun motif de libération de l'obligation de cotiser ne pouvait lui être appliqué.

5. Le 8 novembre 2006, l'assuré a formé opposition à cette décision en alléguant qu'il avait été engagé par l'Etat de Genève pour une durée de douze mois durant lesquels il avait reçu un salaire soumis à cotisations. Il a ajouté que s'il était vrai qu'il n'avait pas exercé d'activité effective durant toute cette période, il était néanmoins resté à disposition de l'Etat de Genève.

6. Par décision sur opposition du 30 mai 2007, la caisse a confirmé sa décision du 8 novembre 2006.

7. Par courrier du 15 juin 2007, l'assuré a interjeté recours contre cette décision en alléguant qu'il devait se voir reconnaître une durée de cotisations de douze mois, du 8 septembre 2005 au 11 septembre 2006. Il a repris les arguments déjà développés dans son opposition, soutenant en substance que sa situation était analogue à celle de l'employé travaillant sur appel, qu'il avait reçu un salaire sans être sollicité par son employeur pour fournir un travail mais que, durant cette période, il s'était tenu à disposition de l'Etat de Genève, qu'il avait par conséquent offert sa prestation et qu'au demeurant, il ne ressortait d'aucune base légale que le salarié devait faire plus que s'engager à travailler au service de son employeur.

8. Invitée à se prononcer, l'intimée, dans sa réponse du 3 juillet 2007, a conclu au rejet du recours.

9. Par arrêt incident du 9 août 2007, le Tribunal de céans a suspendu la procédure. En effet, le 27 février 2007, le Tribunal de céans avait rendu un jugement dans une

affaire dans laquelle se posait la même question de principe - à savoir la nécessité d'un travail effectif - (ATAS 208/2007). Cette affaire avait été portée devant le Tribunal fédéral (TF). Ce dernier a rendu son arrêt en date du 17 août 2007 (ATF 8C_168/2007).

10. Cet arrêt a été communiqué pour information au recourant qui, par courrier du 4 septembre 2007, s'en est rapporté à justice.

11. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Les questions de la compétence du Tribunal de céans et de la recevabilité du recours ayant d'ores et déjà été examinées par le Tribunal dans son arrêt incident, il n'est pas nécessaire d'y revenir.

2. La question de principe dans l'attente de laquelle la procédure avait été suspendue - à savoir si la période durant laquelle un assuré a été mis au bénéfice d'un contrat temporaire sans être affecté à un emploi peut compter comme période de cotisation - a été tranchée par le TFA en date du 17 août 2007, de sorte qu'il y a lieu de reprendre la procédure.

3. Il convient en premier lieu de rappeler que l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il remplit les conditions relatives notamment à la période de cotisations ou en est libéré (art. 8 al. 1 let. e LACI en liaison avec les art. 13 et 14 LACI), c'est-à-dire 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 (art. 13 al. 1 LACI dans sa version en vigueur depuis le 1er juillet 2003).

   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, la jurisprudence considère que la réalisation des conditions relatives à la période de cotisations présuppose qu'un salaire a été réellement versé au travailleur (DTA 2001 p. 228). Dans un arrêt récent (ATF 131 V 444), le TFA a précisé cette jurisprudence en indiquant qu'en ce qui concernait la période de cotisations, la seule condition du droit à l'indemnité de chômage était, en principe, que l'assuré ait exercé une activité soumise à cotisation durant la période déterminante. Dans son arrêt du 17 août 2007, le TF a précisé que cette jurisprudence ne devait pas être comprise en ce sens qu'un salaire devait en outre avoir été effectivement versé mais simplement que la preuve qu'un salaire avait bel et bien été payé était un indice important en ce qui concernait la preuve de l'exercice effectif de l'activité salariée (ATF du 17 août 2007, op. cit., consid. 2.2 ; ATF 131 V 444 consid. 3 p. 449 et ss.). Il a ajouté que l'exercice d'une activité salariée pendant douze mois au moins était donc une condition à part entière pour la réalisation de la période de cotisations, tandis que le versement d'un salaire effectif

n'était pas forcément exigé mais permettait au besoin de rapporter la preuve de cette activité, précisant que le versement déclaré comme salaire par un employeur ne fondait cependant pas, à lui seul, la présomption de fait qu'une activité salariée soumise à cotisations avait été exercée (ATF du 17 août 2007, op. cit., consid. 2.3).

Par activité soumise à cotisations, 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. Cela suppose l'exercice effectif d'une activité salariée suffisamment contrôlable (ATF du 17 août 2007, op. cit., consid. 2.4 et réf. citées).

4. Dans le cas examiné par le TF comme en l'espèce, le contrat d'emploi temporaire conclu entre les parties s'inscrit dans le contexte de mesures cantonales en faveur des chômeurs qui n'ont plus droit aux prestations de l'assurance-chômage et qui visent à leur permettre de reconstituer un droit aux prestations par le biais d'une activité soumise à cotisations d'une durée suffisante au regard de l'art. 13 al. 1 LACI.

   Le TF a admis que l'exercice d'une activité soumise à cotisations dans un programme d'occupation de ce genre pouvait être pris en considération à titre de période de cotisations même si l'on a mis en cause le bien-fondé de la mesure, à laquelle certains ont reproché de ne pas suffisamment inciter les chômeurs à réintégrer le marché du travail ordinaire et, partant, de renforcer l'exclusion qui les touche (ATF du 17 août 2007, op. cit., consid. 2.5 et réf. citées).

   Pour sa part, le Tribunal de céans, dans son arrêt du 27 février 2007 (ATAS 208/2007) avait considéré que même si la durée d'activité effective n'était pas suffisante, les dispositions du code des obligations (CO) relatives à la demeure de l'employeur étaient applicables. Le Tribunal de céans avait retenu le fait que l'assuré s'était engagé à rester disponible de façon permanente dans l'attente d'un placement et qu'on se trouvait dès lors dans une situation de demeure de l'employeur, celui-ci ne disposant pas de postes de travail en nombre suffisant pour placer immédiatement et pour la durée complète du contrat tous les chômeurs concernés. En conséquence, le Tribunal de céans avait jugé qu'il s'agissait non pas d'un contrat de travail fictif, non susceptible d'être exécuté, mais d'un contrat de travail pour lequel l'employeur, pour des raisons d'organisation, avait renoncé momentanément aux services du travailleur. En définitive, le Tribunal de céans avait estimé que la réalité de la prestation de travail n'était pas déterminante quant à la fixation de la période de cotisation; il avait assimilé la situation à celle, notamment, de l'employeur qui doit encore verser un salaire jusqu'à l'échéance du délai de congé pour cause de résiliation injustifiée du contrat de travail.

   Dans son arrêt du 17 août 2007, le TF a écarté ce raisonnement. Il a rappelé que, selon la définition même du contrat de travail, le paiement d'un salaire par l'employeur implique la fourniture de services par le travailleur en vertu de l'art.

319 al. 1 CO, qu'autrement dit, le contrat de travail se caractérise par un rapport d'échange en vertu duquel le travailleur fournit une prestation de travail à l'employeur contre une rémunération. Il a fait remarquer que, dans le cas des contrats d'occupation temporaire, la réelle et commune intention des parties n'était pas de conclure dès l'origine un contrat de travail impliquant la fourniture de services par le travailleur mais bien plutôt de permettre à celui-ci, par le seul paiement d'une rémunération, de verser des cotisations à l'assurance-chômage en vue de la réouverture d'un droit aux prestations après une période de cotisation de douze mois. Le TF en a tiré la conclusion que, dans un tel contexte, la prestation de travail était reléguée au second plan et que l'Etat de Genève y avait renoncé, provisoirement tout au moins, non pour des circonstances spéciales propres à une relation de travail (par exemple une libération de travailler pendant le délai de congé) mais faute de disponibilités. Il a ajouté qu'au reste, loin d'attendre du travailleur qu'il exécute un travail au sein de l'administration ou d'une institution publique, l'Etat l'incitait fermement à trouver un emploi en dehors puisque le contrat type d'emploi temporaire prévoyait que l'employé était tenu d'effectuer durant toute la semaine le nombre de recherches d'emploi exigé par l'employeur, ces recherches devant également être satisfaisantes en qualité, et qu'il devait régulièrement et dans le délai imparti en fournir la preuve (ATF du 17 août 2007, op. cit., consid. 2.8).

Dans ces conditions, le TF a estimé qu'il y avait lieu d'admettre que le contrat passé par l'Etat avec la personne au chômage ne présentait pas les caractéristiques d'un contrat de travail et qu'on ne saurait donc parler de demeure de l'employeur au sens du CO puisqu'en réalité, le travailleur attendait d'obtenir un emploi, soit pour le compte d'un service de l'Etat, soit auprès d'un autre employeur (en cas de succès des recherches personnelles de travail qui lui incombaient) et que la rémunération versée pendant ce temps par l'Etat de Genève sans exiger la fourniture d'un travail s'apparentait bien plus à une prestation de l'aide sociale qu'à un salaire versé en contrepartie d'une prestation de travail soumise à cotisations (ATF du 17 août 2007, op. cit., consid. 2.9).

De la même manière, le TF a estimé qu'on ne pouvait tirer un parallèle entre cette situation et celle d'un travailleur qui n'a plus travaillé mais dont l'employeur doit encore verser le salaire jusqu'à l'échéance du délai de congé déterminant pour cause de résiliation injustifiée du contrat de travail (ATF du 17 août 2007, op. cit., consid. 2.10).

5. En l'espèce, considérant la jurisprudence du TF, dans la mesure où il apparaît que l'assuré n'a effectivement travaillé que moins de douze mois durant le délai-cadre de cotisation, il ne remplit pas la condition prévue par l'art. 13 al. 1 LACI. Peu importe à cet égard qu'il ait ou non reçu un salaire et que des cotisations aient été déduites de ce salaire pendant la période de cotisations (ATF du 17 août 2007 op. cit., consid. 2.6). En conséquence, le recours ne peut être que rejeté.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

A la forme :

1. Met fin à la suspension de la procédure.

Au fond :

2. Rejette le recours.

3. Dit que la procédure est gratuite.

4. 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
Janine BOFFI	Karine STECK

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