

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3045/2010

ATAS/806/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 1^{er} septembre 2011

3^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur T _____, domicilié à Chamonix Mont-Blanc,
France

recourant

contre

CAISSE DE CHOMAGE UNIA, sise rue Necker 17, 1201
GENEVE

intimée

Siégeant : Karine STECK, Présidente; Evelyne BOUCHAARA et Claudiane CORTHAY, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Monsieur T_____ (ci-après l'assuré), ressortissant français, a travaillé à plein temps, dès le 1^{er} mars 2008 à la fin du mois de mars 2009, comme directeur auprès de la société X_____ SA (ci-après la société) à Genève. Cette société avait pour but de fournir des prestations de service haut de gamme lors de séjours dans des propriétés de luxe (cf. extrait du registre du commerce).
2. Le 30 mars 2009, l'assuré s'est annoncé auprès de l'OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI (ci-après l'OCE).
3. Le lendemain, il a donné sa démission avec effet immédiat, motivée par le fait qu'il n'avait pas été rémunéré en février et mars 2009.
4. Le 20 mai 2009, l'assuré a requis de la CAISSE DE CHOMAGE UNIA (ci-après la caisse) le versement d'une indemnité de chômage dès le 1^{er} avril 2009.
5. En date du 8 juin 2009, la caisse lui a demandé de produire divers documents, notamment une attestation de son employeur, ses fiches de salaire des douze derniers mois et une lettre de démission ou de licenciement.
6. Le 14 septembre 2009, la caisse a soumis le dossier de l'assuré à l'OCE afin que ce dernier examine les questions du domicile de l'assuré et de son aptitude au placement.
7. Par jugement du 8 décembre 2009, le Tribunal de première instance du canton de Genève a prononcé la dissolution de la société et a ordonné sa liquidation selon les règles applicables à la faillite (cf. extrait du registre du commerce et Feuille d'avis officielle [FAO] du 6 janvier 2010).
8. Le 7 janvier 2010, l'OCE a rendu une décision reconnaissant à l'assuré le droit à l'indemnité de chômage dès le 30 mars 2009, date à laquelle il a estimé qu'il était domicilié à Genève.
9. Le 23 février 2010, la caisse a rendu à son tour une décision niant à l'assuré le droit à l'indemnité de chômage dès le 1^{er} avril 2009.

Cette décision était motivée par le fait que, durant le délai cadre de cotisation - courant du 1^{er} avril 2007 au 31 mars 2009 -, l'assuré n'avait été rémunéré que du 1^{er} mars 2008 au 31 janvier 2009, ce qui correspondait à moins de douze mois. La caisse en tirait la conclusion que les conditions relatives à la période de cotisation minimale n'étaient pas remplies puisqu'aucun motif de libération de l'obligation de cotiser ne pouvait être invoqué.

10. Le 15 mars 2010, la procédure de faillite a été suspendue faute d'actifs (cf. extrait du registre du commerce).
11. En date du 26 mars 2010, l'assuré s'est opposé à la décision de la caisse du 23 février 2010 en concluant à son annulation et à l'octroi d'indemnités de chômage dès le 1^{er} avril 2009.

L'assuré s'est d'abord étonné que la caisse nie son droit à l'indemnité, pourtant reconnu par l'OCE.

Pour le surplus, il a expliqué avoir donné sa démission sur les conseils express d'un collaborateur d'UNIA, Monsieur U_____, et en a tiré la conclusion que la caisse ne pouvait lui reprocher de n'avoir pas été rémunéré suffisamment longtemps.

Par ailleurs, il a reproché à la caisse - dont il a indiqué qu'il l'avait pourtant dûment mandatée - de n'avoir ni entrepris des démarches pour recouvrer le salaire non payé auprès de son employeur ou, à défaut, auprès du Tribunal des prud'hommes, ni entamé des poursuites ni non plus réclamé l'indemnité en cas d'insolvabilité dans les 60 jours suivant le prononcé de la faillite de son employeur. L'assuré en a tiré la conclusion que si son opposition devait être rejetée, il se retournerait contre la caisse, responsable selon lui de son dommage, attendu qu'elle aurait dû défendre ses intérêts.

Enfin, l'assuré a fait remarquer qu'ayant travaillé du 1^{er} mars 2008 au 31 mars 2009, soit durant treize mois, il n'était pas responsable du fait que les salaires des mois de février et mars 2009 ne lui avaient pas été versés.

12. En mai 2010, l'assuré a débuté une activité indépendante en France.
13. Le 17 août 2010, la caisse a rendu une décision confirmant celle du 23 février 2010.

S'agissant de Monsieur U_____, la caisse a fait remarquer qu'il ne faisait pas partie de son personnel mais de celui de l'OFFICE REGIONAL DE PLACEMENT (ci-après ORP).

Elle a relevé que si l'assuré s'était bien annoncé à l'OCE en date du 30 mars 2009, il n'avait communiqué à la caisse le formulaire « Indication de la personne assurée » relatif au mois de mars 2009 qu'en date du 13 mai 2009 et ne lui avait remis un dossier complet qu'en date du 9 septembre 2009. La caisse en a tiré la conclusion que ce n'était qu'à compter de cette date que le droit aux indemnités de chômage pouvait être examiné.

Pour le reste, la caisse a souligné que la décision de l'OCE portait sur la question du domicile en Suisse de l'assuré - objet relevant de sa compétence - mais que

l'examen des conditions relatives à la période de cotisation relevaient en revanche de sa compétence.

Quant aux reproches formulés par l'assuré, la caisse y a répondu en indiquant que c'était à ce dernier d'entamer des poursuites et d'entreprendre les démarches auprès de l'OCE pour percevoir une indemnité en cas d'insolvabilité. A cet égard, la caisse a expliqué que lorsqu'elle a connaissance de la faillite, elle requiert de l'assuré une production de créance tamponnée par l'Office des faillites et la copie du décompte de l'indemnité en cas d'insolvabilité émise par l'OCE, afin de se subroger et de déposer auprès du Tribunal des Prud'hommes une demande en justice concernant les salaires non versés durant le délai de congé. La caisse a allégué n'avoir jamais eu connaissance de la faillite de l'employeur de l'assuré, dont elle soutient qu'elle aurait dû l'informer.

Enfin, la caisse a considéré que dans la mesure où les salaires des mois de février et de mars 2009 n'avaient pas été effectivement versés à l'assuré, la période cotisation dont ce dernier pouvait se prévaloir n'était que de onze mois, le délai pour requérir une indemnité pour insolvabilité étant désormais échu.

La caisse en a conclu que l'assuré ne remplissait pas la condition relative à la période minimale de cotisation.

14. Le 13 septembre 2010, l'assuré a interjeté recours contre cette décision en concluant principalement à ce qu'il soit dit que les mois travaillés de février et de mars 2010 valent période de cotisation et à ce que lui soit reconnu le droit à l'indemnité du 1^{er} avril 2009 au 15 mai 2010, date à laquelle il a commencé son activité indépendante. Subsidiairement, il a demandé qu'il soit également statué sur son droit à l'indemnité pour insolvabilité.

En substance, le recourant soutient que, dans la mesure où il a effectivement travaillé en février et mars 2009 - ce qui n'est pas contesté par l'intimée - et où ce n'est qu'en raison de l'insolvabilité de son employeur qu'il n'a pas été rémunéré, ces deux mois doivent être pris en compte comme une période de cotisation. A cet égard, il fait valoir que le fait qu'il n'ait pas entamé de poursuite n'est pas relevant.

Enfin, il souligne qu'aucun employé de la société n'a été informé de la faillite de cette dernière.

15. Invitée à se déterminer, l'intimée, dans sa réponse du 27 septembre 2010, a conclu au rejet du recours.
16. Sur requête de la Cour de céans, la caisse a produit, en date du 6 mai 2011, son dossier complet, soit notamment les pièces suivantes :

- un courrier du 16 mars 2009 de Monsieur V _____, administrateur de la société X _____ SA avec signature individuelle entre le 5 septembre 2006 et le 25 mars 2009. Il a expliqué au représentant du recourant s'être assuré que toutes les charges salariales et sociales au 31 janvier 2009 soient réglées. En revanche, les liquidités dont disposait la société ne suffisaient de loin pas à régler les charges salariales de février 2009, ni à rembourser les frais du recourant. Par ailleurs, en date du 30 janvier 2009, un courrier avait été adressé au Tribunal de première instance pour l'informer de la faillite imminente de la société X _____ SA, toutefois, contrairement à cet avis, le Tribunal n'avait pas prononcé la faillite de la société. Recours avait été interjeté contre cette décision en date du 12 mars 2009 ;
- une attestation de salaire non signée du 31 mars 2009 à l'en-tête de X _____ SA, laquelle établit les montants nets perçus par le recourant, durant la période de travail courant du 1^{er} mars 2008 au 31 mars 2009, et leur date de paiement par la société, étant précisé que le dernier versement était intervenu le 30 janvier 2009 ;
- un courrier du 19 juin 2009 du représentant du recourant, qui a notamment réclamé à Monsieur V _____ le versement d'une somme de 10'365 euros, correspondant au salaire qu'il n'avait pas perçu entre le mois de mars 2008 et le 31 mars 2009, date à laquelle il avait donné sa démission.

17. Interrogé par la Cour de céans, Monsieur V _____ a déclaré, en date du 30 mai 2011, que la société X _____ SA n'avait jamais résilié le contrat de travail de l'assuré mais l'avait informé de la situation de faillite dès la fin du mois de janvier 2009. Il a expliqué avoir requis du Tribunal de première instance la mise en faillite de sa société par lettre recommandée du 29 janvier 2009 suite à la faillite du seul client de la société. En date du 3 mars 2009, le TPI l'a informé qu'il refusait de déclarer la société en faillite, décision dont il a demandé la reconsidération avant de démissionner de son poste d'administrateur.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 (aLOJ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaissait, 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).

Depuis le 1^{er} janvier 2011, cette compétence revient à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, laquelle reprend la procédure pendante devant le Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 143 al. 6 de la LOJ du 26 septembre 2010).

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

2. Interjeté dans les formes et délai prévus par la loi, le présent recours est recevable (art. 56 à 61 LPGa).
3. a) Dans la procédure juridictionnelle administrative, ne peuvent être examinés et jugés, en principe, que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée préalablement d'une manière qui la lie, sous la forme d'une décision. Dans cette mesure, la décision détermine l'objet de la contestation qui peut être déféré en justice par voie de recours (ATF 125 V 413 consid. 1a p. 414; 119 Ib 33 consid. 1b p. 36 et les références citées).

b) En l'espèce, la décision sur opposition de l'intimée du 17 août 2010, confirmant les termes de la décision du 23 février 2010, porte exclusivement sur le refus d'allouer au recourant des indemnités de chômage. Partant, le droit de l'assuré à l'indemnité en cas d'insolvabilité - sur lequel l'intimée ne s'est pas prononcée - ne saurait être considéré comme faisant l'objet du litige, raison pour laquelle il ne sera pas examiné par la Cour de céans.

Le litige se limite ainsi à la question de savoir si le recourant a droit à l'indemnité de chômage, plus particulièrement sur celle de savoir si la condition relative à la période de cotisation est réalisée.

4. Il y a tout d'abord lieu de se prononcer sur la prétendue incompatibilité invoquée par le recourant entre la décision litigieuse et celle rendue par l'OCE en date du 7 janvier 2010.

a) Aux termes de l'art. 85 al. 1 let. e LACI, les autorités cantonales statuent sur les cas qui leur sont soumis par les caisses de chômage, concernant le droit de l'assuré à l'indemnité (art. 81 al. 2 let. a LACI).

À cet effet, elles statuent sous la forme d'une décision de constatation. Lorsqu'une telle décision est en force, la caisse de chômage est liée par les constatations de l'autorité cantonale (ou du juge en cas de recours) au sujet de la réalisation ou de l'absence des conditions du droit à l'indemnité de chômage (ATF 126 V 399, consid. 4cc).

b) En l'espèce, l'OCE a reconnu au recourant, par décision du 7 janvier 2010, le droit à l'indemnité de chômage dès le 30 mars 2009, dans le sens des considérants. Or, de ces derniers, il ressort que seule la condition du domicile en Suisse - au sens

de l'art. 8 al. 1 let. c LACI - a été examinée et tranchée par l'OCE, de sorte que seul ce point a acquis force de chose décidée.

Partant, c'est à juste titre que l'intimée a examiné les autres conditions au versement des indemnités de chômage et en particulier celles relatives à la période de cotisation.

Ce premier grief du recourant est donc infondé.

5. Reste à examiner si la condition relative à la durée minimale de cotisation est remplie.

a) En vertu de l'art 8 al. 1 let. e LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage pour autant, notamment, qu'il remplisse les conditions relatives à la période de cotisation ou qu'il en soit libéré (art. 13 et 14 LACI).

b) L'art. 13 al. 1^{er} LACI dispose que 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. Selon l'al. 2 de cette disposition, compte également comme période de cotisation le temps durant lequel l'assuré exerce une activité en qualité de travailleur sans avoir atteint l'âge à partir duquel il est tenu de payer les cotisations AVS (let. a), sert dans l'armée, dans le service civil ou dans la protection civile conformément au droit suisse ou accomplit un cours obligatoire d'économie familiale qui a lieu pendant toute la journée et durant au moins trois semaines sans discontinuer (let. b), est partie à un rapport de travail, mais ne touche pas de salaire parce qu'il est malade (art. 3 LPG) ou victime d'un accident (art. 4 LPG) et, partant, ne paie pas de cotisations (let. c), ou a interrompu son travail pour cause de maternité (art. 5 LPG) dans la mesure où ces absences sont prescrites par les dispositions de protection des travailleurs ou sont conformes aux clauses des conventions collectives de travail (let. d).

c) Par activité soumise à cotisation au sens de l'art. 13 al. 1^{er} LACI, 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. 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 pendant la période minimale de cotisation (ATF non publié du 23 janvier 2007, C 261/05, consid. 3.2).

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 cotisation présuppose qu'un salaire a été réellement versé au travailleur (DTA 2001 p. 228). Le Tribunal fédéral des assurances a précisé 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. Aussi bien 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 plaidant en faveur de l'exercice effectif de l'activité salariée (ATF 131 V 444 consid. 3). 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 (ATF 133 V 515 consid. 2.3).

d) Le chiffre B144 de la circulaire du Secrétariat d'État à l'économie (SECO) relative à l'indemnité de chômage (IC), en vigueur depuis janvier 2007, prévoit que non seulement l'assuré doit avoir exercé une activité soumise à cotisation, mais que le salaire convenu doit encore lui avoir été effectivement versé. Il est relevé que si la perception effective d'un salaire ne constitue pas en soi une condition du droit à l'indemnité, elle n'en est pas moins déterminante pour reconnaître l'existence d'une activité soumise à cotisation. Si l'assuré n'a pas perçu son salaire pour cause d'insolvabilité de son employeur selon art. 51 al. 1 LACI, la période couvrant les créances de salaire en cause compte comme période de cotisation.

e) Le calcul de la période de cotisation s'effectue conformément à l'art. 11 OACI, à savoir que compte comme mois de cotisation chaque mois civil, entier, durant lequel l'assuré est tenu de cotiser (al. 1). Les périodes de cotisation qui n'atteignent pas un mois civil entier sont additionnées et 30 jours constituent un mois entier (al. 2). Les périodes assimilées à des périodes de cotisation et celles pour lesquelles l'assuré touche une indemnité de vacances comptent de même (al. 3).

f) Enfin, en vertu de l'art. 337 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs (al. 1, 1^{ère} phrase). Sont notamment considérées comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (al. 2).

L'insolvabilité de l'employeur en elle-même ne constitue pas un juste motif de résiliation immédiate du contrat de travail. En revanche, un important retard dans le paiement du salaire et des autres créances résultant du contrat de travail constitue un tel motif, même si l'employeur ne se trouve pas dans une situation d'insolvabilité avérée (BRUNNER, BÜHLER, WAEBER, BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3^{ème} édition, art. 337a, N1, p. 281).

6. a) En l'espèce, l'intimée a nié au recourant le droit à l'indemnité de chômage au motif que la condition relative à la période minimale de cotisation de douze mois n'était pas remplie.

b) La Cour de céans constate que le recourant a débuté son activité lucrative le 1^{er} mars 2008 pour la société X_____ SA dont la dissolution a été prononcée et la liquidation ordonnée par jugement du 8 décembre 2009. La procédure a été suspendue faute d'actifs en date du 15 mars 2010.

L'ancien administrateur, Monsieur V_____, a confirmé que c'est le recourant qui a donné sa démission avec effet immédiat le 31 mars 2009, motivée par le fait que ses salaires des mois de février et mars 2009 et ses frais ne lui avaient pas été versés. Dans ces circonstances, la société restait tenue de verser le salaire jusqu'au terme des rapports de travail, soit jusqu'au 31 mars 2009, ce dont Monsieur V_____ était parfaitement conscient (cf. ses courriers des 16 mars 2009 et 30 mai 2011 et l'attestation de salaire du 31 mars 2009).

Il convient de remarquer que même dans l'hypothèse où la faillite de la société avait été prononcée, les rapports de travail se seraient poursuivis (cf. LORANDI, Arbeitsverträge im Konkurs des Arbeitgebers, SJZ 96 [2000] p. 152) et ce, jusqu'à résiliation par l'une des parties, étant précisé que le travailleur ne peut en principe être licencié que moyennant respect des délais de congé légaux ou contractuels. 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 ; cf. art. 337a CO *a contrario*).

Pour le surplus, il sied de préciser, au vu des documents produits par la caisse en mai 2011, que le recourant a réclamé à plusieurs reprises le versement de ses prétentions salariales, de sorte qu'on ne saurait lui reprocher d'avoir renoncé au versement de son salaire durant la période en question.

Il découle de ce qui précède qu'en l'occurrence, les rapports de travail ont perduré durant les mois de février et de mars 2009 bien que le recourant n'ait pas reçu de salaire pendant ces deux mois ; dès lors, ceux-ci doivent être pris en compte comme période de cotisation (art. 13 al. 1 LACI). L'intimée a d'ailleurs expressément admis le fait que le recourant avait exercé une activité lucrative du 1^{er} mars 2008 au 31 mars 2009 (cf. sa décision du 7 janvier 2010).

Eu égard à ces considérations et à la jurisprudence citée supra, force est de constater que le recourant remplit les conditions relatives à la période de cotisation puisqu'il a exercé une activité du 1^{er} mars 2008 au 31 mars 2009. Le recours est donc partiellement admis et la décision sur opposition annulée, la cause étant renvoyée à l'intimée pour examen des autres conditions relatives au droit du recourant à l'indemnité de chômage, et pour nouvelle décision.

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

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.
3. Annule la décision de la caisse du 23 février 2010 ainsi que sa décision sur opposition du 17 août 2010.
4. Renvoie le dossier à la caisse pour examen des autres conditions relatives au droit de l'assuré à l'indemnité de chômage et nouvelle décision
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

La présidente

Marie-Catherine SECHAUD

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