

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3093/2010

ATAS/1266/2010

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 2

du 7 décembre 2010

En la cause

Monsieur D _____, domicilié à Genève

recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, sise rue
de Montbrillant 40, 1202 Genève

intimé

**Siégeant : Sabina MASCOTTO, Présidente; Christine BULLIARD MANGILI et
Patrick MONNEY, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur D_____ (ci-après l'assuré) a été affilié à la caisse de compensation en tant qu'indépendant, dans le domaine de l'informatique du 1^{er} janvier 2005 au 31 décembre 2007. Il a notamment ouvert son entreprise individuelle, inscrite au registre du commerce le 4 mai 2006 et mise en faillite le 8 janvier 2008. Il a été employé de l'entreprise X_____ (Suisse) SA (l'employeur) du 2 juillet au 31 août 2007 à raison de 40 heures par semaine, puis dès le 3 octobre 2007, à raison de 20 heures par semaine, pour un salaire de 17 fr. 80 de l'heure.
2. Par pli du 20 août 2009, l'assuré a donné son congé à son employeur pour le 31 août 2009, au motif qu'il devait se rendre en Afrique pour une longue période en raison d'une urgence.
3. L'assuré a quitté Genève le 27 août et est revenu en automne 2009.
4. Il a déposé une demande d'indemnité de chômage auprès de la caisse de chômage (la caisse) le 4 août 2010.
5. Selon l'attestation de l'employeur du 23 août 2010, l'assuré a été employé du 3 octobre 2007 au 31 août 2009, il a été absent du 15 au 30 juin 2009. Il ressort des fiches de salaire de l'assuré qu'il effectuait entre 88 et 100 heures de travail par mois, plus fréquemment entre 92 et 96 heures et qu'il n'a pas perçu de salaire en décembre 2008, pour "absence injustifiée durant tout le mois sans raison". Il a perçu 676 fr. 60 de solde de vacances avec son dernier salaire d'août 2009.
6. Par décision du 27 août 2010, la caisse a refusé de donner suite à la demande d'indemnités du 4 août 2010, motif pris que l'assuré ne justifiait pas de 12 mois de cotisation, mais de 11 mois et 28 jours durant le délai cadre allant du 4 août 2008 au 3 août 2010 et qu'aucun motif de libération ne pouvait être appliqué.
7. Par pli du 6 septembre 2010, l'assuré a formé opposition à la décision, faisant valoir son activité indépendante compensant largement les deux jours manquants pour atteindre 12 mois de cotisation.
8. Par décision sur opposition du 14 septembre 2010, la caisse a rejeté l'opposition, reprenant les motifs de la décision et ajoutant que l'activité indépendante au sens de la LAVS n'étant pas soumise à cotisation, elle n'entraîne pas en considération pour le droit aux prestations du chômage.
9. Par acte du 16 septembre 2010, l'assuré forme recours devant le Tribunal de céans et invoque l'article 9a de 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), traitant du cas de l'assuré ayant exercé une activité indépendante

ainsi que d'un motif de libération, car il avait dû porter assistance à sa mère qui devait de rendre en Thaïlande pour une visite médicale approfondie.

10. Par pli du 28 septembre 2010, la caisse conclut au rejet du recours. Elle rappelle d'une part que l'assuré ne justifie que de 11 mois et 28 jours de cotisations et d'aucune période de libération, l'assistance portée à sa mère entre le 1^{er} septembre et le 8 octobre 2009 ne remplissant pas les trois conditions cumulatives de l'art. 14 al 2 LACI. Il faut que la personne dont s'occupe l'intéressé nécessite des soins permanents, qu'elle vive en ménage commun avec lui et que l'intéressé s'en soit occupé pendant plus d'un an. Sans entrer dans le détail des conditions de nécessité économique, un examen sommaire de la situation permet de constater que les conditions susmentionnées ne sont pas réalisées. Au demeurant, la caisse ne peut pas cumuler une période de cotisation et une période de libération.

D'autre part, l'article 9a LACI s'applique seulement aux périodes d'activité indépendante effectuées durant les deux ans qui précèdent l'inscription, soit du 4 août 2008 au 3 août 2010, alors que l'activité de l'assuré avait pris fin le 31 décembre 2007.

11. Lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 9 novembre 2010, l'assuré a expliqué avoir continué son activité indépendante après la faillite de sa société de janvier 2008, sans être affilié à une caisse AVS à ce titre. Il s'était donné un délai d'un an après son retour de Thaïlande en novembre 2009 pour développer son activité, raison pour laquelle il ne s'était inscrit qu'en août 2010 au chômage. Il souhaitait obtenir un soutien financier, mais n'entendait pas chercher du travail. Il estimait choquant de ne pas avoir droit à des indemnités pour 2 jours manquants dans la durée de cotisation. La caisse a mis en doute l'aptitude au placement de l'assuré. Sur ce, un délai a été accordé à la caisse au 29 novembre 2010 pour se prononcer sur la comptabilisation du salaire afférent aux vacances au titre de jours de cotisation.
12. Par pli du 25 novembre 2010, la caisse a annulé sa décision sur opposition du 14 septembre 2010 et admis l'opposition de l'assuré, motif pris que le salaire afférent aux vacances permettait de combler la période de cotisation manquante, de sorte que l'assuré justifiait donc d'une période de cotisation suffisante. Ainsi, la procédure était sans objet selon la caisse.
13. La cause a été gardée à juger à réception de ce courrier.

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. En vertu de l'art. 1^{er} al. 1 et 2 LACI, les dispositions de la LPGA, à l'exclusion de ses art. 21 et 24 al. 1^{er}, s'appliquent à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité.
3. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi (art. 38 et 56 ss LPGA), le recours déposé au guichet du Tribunal le 16 septembre 2010 est recevable.
4. Le litige porte sur la réalisation par l'assuré des conditions relatives à la période de cotisation, singulièrement sur la comptabilisation des cotisations durant le délai cadre, de la libération des conditions relatives à la période de cotisations et de la prise en compte de l'activité indépendante.

La décision dont est recours n'ayant pas examiné l'aptitude au placement de l'assuré, cette question ne fait pas partie de l'objet du litige.

5. 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).

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) - c'est-à-dire dans les deux ans précédant le jour où toutes les conditions du droit à l'indemnité sont remplies - 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 LPGA) ou victime d'un accident (art. 4 LPGA) et, partant, ne paie pas de cotisations (let. c), ou a interrompu son travail pour cause de maternité (art. 5 LPGA) 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). Le délai cadre applicable à la période de cotisation commence à courir deux ans avant le début du délai cadre applicable à la période d'indemnisation.

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 cotisations 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).

À cet égard, le Tribunal fédéral des assurances a eu l'occasion de préciser que son arrêt du 9 mai 2001, C 279/00 (DTA 2001 p. 225 et les arrêts postérieurs) ne doit pas être compris 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 ; ATF non publié du 23 janvier 2007, C 261/05, consid. 3.3).

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).

Selon la jurisprudence, l'indemnisation du droit aux vacances sous la forme d'un supplément sur le salaire horaire ou mensuel ne conduit pas à une augmentation de la période de cotisation déterminante correspondant à l'indemnité de vacances convertie en jours ou en semaines de vacances (ATF 130 V 492 consid. 4). Plus précisément, le salaire afférent aux vacances est pris en considération à titre de période de cotisation uniquement s'il se rapporte à des jours de vacances pris pendant les rapports de travail et indemnisés conformément à l'article 329d CO. Par contre, le versement d'indemnités de vacances ne peut en aucun cas prolonger des rapports de travail qui ont déjà pris fin. Une conversion de ces indemnités en jours de cotisation n'est donc pas possible dans ce cas-là (ATF du 5 juillet 2005, C 264/02; 130 V 500 consid. 4.4.3; DTA 2001 p.156, consid. 1b; 2000 p. 84; Boris Rubin, Assurance-chômage, droit fédéral, survol des mesures cantonales, procédure, 2^{ème} édition, 2006, p. 183-184).

d) Aux termes de l'art. 53 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA ; RS 830.1), l'assurance peut reconsidérer sa décision ou sa décision sur opposition jusqu'à l'envoi de son préavis au Tribunal.

6. Dans le cas d'espèce, les indemnités afférentes aux vacances versées à l'assuré avec son salaire du mois d'août 2009 doivent être comptabilisées comme des jours de vacances, qui s'ajoutent à la période de cotisation, car ce salaire est afférent à des vacances dues et payées durant le rapport contractuel. Ce salaire correspond à

5 jours selon la caisse, de sorte que le total dépasse les 12 mois requis. Compte tenu de ce qui précède ainsi que de la décision de la caisse du 25 novembre 2010 annulant celle du 14 septembre 2010 et admettant que l'assuré justifie d'une période de cotisation suffisante durant le délai cadre du 4 août 2008 au 3 août 2010, le Tribunal renoncera à examiner, d'une part, si l'activité indépendante de l'assuré entrainé dans le cadre de l'article 9a LACI et, d'autre part, si les conditions de libération de cotisation de l'art. 14 LACI étaient réalisées.

7. La décision de la caisse annulant la décision sur opposition querellée et admettant l'opposition intervenant après le préavis de la caisse, le Tribunal ne peut plus faire application de l'art. 53 al. 3 LPGA, de sorte que le recours est admis et qu'il est donné acte à la caisse de sa 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 et annule la décision sur opposition du 14 septembre 2010.
3. Prend acte de la décision sur opposition de la caisse du 25 novembre 2010 remplaçant celle du 14 septembre 2010.
4. Dit que la procédure est gratuite.
5. 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

Florence SCHMUTZ

Sabina MASCOTTO

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