

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4055/2006

ATAS/208/2007

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 1

du 27 février 2007

En la cause

Madame K_____, domiciliée à GENEVE, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître BRUCHEZ Christian

recourante

contre

CAISSE CHOMAGE DU SYNDICAT INTERPROFESSIONEL
DE TRAVAILLEUSES ET TRAVAILLEURS (SIT), sise rue des
Chaudronniers 16 à GENEVE

intimée

Siégeant : Doris WANGELER, Présidente ; Juliana BALDE et Karine STECK, Juges

EN FAIT

1. Madame K_____ a déposé le 26 juillet 2006 une demande d'indemnité de chômage auprès de la CAISSE DE CHOMAGE DU SYNDICAT INTERPROFESSIONNEL DE TRAVAILLEUSES ET TRAVAILLEURS (SIT) (ci-après la caisse). Dans le questionnaire y relatif, elle a indiqué qu'elle avait travaillé en dernier lieu du 19 juillet 2005 au 20 juillet 2006 dans le cadre des mesures cantonales de l'OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI (OCE). Elle a joint à cet égard la copie d'un contrat d'emploi temporaire daté du 22 juillet 2005.
2. Par décision du 28 juillet 2006, la caisse a informé l'intéressée qu'elle n'avait pas droit aux indemnités de chômage à partir du 21 juillet 2006.
3. Celle-ci a formé opposition le 7 août 2006, rappelant qu'elle avait été salariée et qu'elle avait cotisé à l'assurance-chômage pendant douze mois.
4. Par décision du 2 octobre 2006, la caisse a rejeté son opposition. Elle s'est fondée sur un courrier du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) adressé aux caisses de chômage le 15 septembre 2005, aux termes duquel "pour compter comme période de cotisation et ainsi ouvrir un droit à l'indemnité, il faut démontrer l'existence d'une activité effective soumise à cotisation". La caisse, constatant que l'intéressée n'avait travaillé que du 10 octobre 2005 au 20 juillet 2006 à l'EMS "B_____", en qualité d'employée de maison selon un avenant du 7 octobre 2005 au contrat de travail conclu dans le cadre de l'emploi temporaire, soit 9,4 mois seulement, elle ne pouvait dès lors justifier une période de douze mois d'activité effective.
5. L'intéressée, représentée par Maître Christian BRUCHEZ, a interjeté recours le 2 novembre 2006 contre ladite décision sur opposition. Elle rappelle que du 19 juillet 2005 au 20 juillet 2006, elle était sous contrat de travail avec l'Etat de Genève dans le cadre d'un contrat temporaire, qu'un salaire mensuel brut de 3'301 fr. 95, soumis à cotisation sociales, lui a été versé durant cette période et que la condition relative à la durée minimale de cotisation de douze mois est dès lors remplie. Elle considère que la caisse ne peut nier le droit à l'indemnité des personnes ayant perçu un salaire même si elles n'ont pas fourni une contrepartie de travail, l'art. 13 al. 1 de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI) évoquant uniquement une activité soumise à cotisation. Elle souligne que la rémunération reçue durant cette période ne constitue pas une prestation sociale, mais bien un salaire au sens de l'art. 324 al. 1 CO. Elle rappelle à cet égard la jurisprudence selon laquelle les jours pendant lesquels le travailleur n'a pas travaillé, mais pour lesquels l'employeur est tenu de lui verser un salaire, doivent être pris en considération comme période de cotisation au sens de l'art. 13 LACI (ATF 119 V 494). Elle conclut dès lors à l'octroi des indemnités de l'assurance-chômage depuis le 21 juillet 2006.

6. Dans sa réponse du 4 décembre 2006, la caisse a maintenu ses conclusions.
7. Ce courrier a été transmis à l'intéressée et la cause gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1^{er} août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 8 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît 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 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003 (LPGA), qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI).

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

3. Déposé dans les forme et délai légaux, le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA).
4. Le litige porte sur le droit de l'intéressée à l'indemnité de chômage à compter du 21 juillet 2006.
5. L'assuré a droit à l'indemnité de chômage, notamment s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 8 al. 1 let. a LACI). Est réputé sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et qui cherche à exercer une activité à plein temps (art. 10 al. 1 LACI).

Le droit à l'indemnité de chômage suppose que les conditions relatives à la période de cotisation sont réalisées ou que l'assuré en est libéré (art. 8 al. 1 let. e LACI).

Aux termes de l'art. 13 al. 1 LACI, teneur en vigueur dès le 1^{er} juillet 2003, 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.

-
6. Par activité soumise à cotisation, 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 (GERHARDS, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz [AVIG], tome I, note 8 ad art. 13 LACI, p. 170). L'exercice effectif d'une activité salariée suffisamment contrôlable, comme exigence qui doit être satisfaite pour admettre que les conditions relatives à la période de cotisation sont remplies (ATF 113 V 352; DTA 1999 n° 18 p. 101 consid. 2a et la référence; Thomas NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], p. 64, ch. m. 161 et les notes n° 325 et 326), implique également qu'un salaire ait réellement été versé au travailleur. En conséquence, il n'y a pas d'activité soumise à cotisation en l'absence d'une rémunération versée à l'assuré (DTA 2001 n° 27 p. 225). La déclaration d'impôts et le formulaire de salaire signé par l'assuré et destiné à l'AVS ne constituent pas des preuves suffisantes du versement du salaire. A défaut de pièces justifiant le versement du salaire (extraits bancaires ou postaux, quittances de salaire), le versement du salaire n'est pas réputé prouvé au degré de vraisemblance prépondérante (DTA 2004 n° 10 p. 115). Outre qu'elle découle de l'interprétation de la loi, l'exigence d'un salaire effectif - pour admettre que les conditions relatives à la période de cotisation sont réunies - présente également l'avantage de prévenir les abus qui pourraient résulter en cas d'accord fictif entre un employeur et un travailleur au sujet du salaire que le premier s'engage contractuellement à verser au second. A cet égard, les principes jurisprudentiels développés à propos de l'art. 23 al. 1 LACI peuvent être transposés mutatis mutandis: un salaire contractuellement prévu ne sera dès lors pris en considération, sous l'angle de l'art. 13 al. 1 LACI, que s'il a réellement été perçu par le travailleur durant une période prolongée et que s'il n'a jamais fait l'objet d'une contestation (DTA 2001 n° 27 p. 228 consid. 4c, arrêt Z. du 9 mai 2001, C 279/00 ; arrêt A. du 31 août 2001, C 354/00, consid. 2c).
7. Selon l'art. 14 al. 1 LACI, sont libérées des conditions relatives à la période de cotisation les personnes qui, dans les limites du délai-cadre et pendant plus de douze mois au total, n'étaient pas parties à un rapport de travail et n'ont ainsi pas pu remplir les conditions relatives à la période de cotisation, en raison notamment de maladie (let. b). Si l'assuré est empêché de cotiser pendant une durée inférieure à douze mois, il lui reste suffisamment de temps pendant le délai-cadre pour acquérir une période de cotisation suffisante (circulaire du Secrétariat d'Etat à l'économie - SECO - relative à l'indemnité de chômage IC janvier 2003 B/128). Il doit exister une relation de causalité entre l'absence de période de cotisations et l'empêchement d'exercer une activité soumise à cotisations (SECO circulaire janvier 2003 B/129).
8. En l'espèce, l'intéressée a été mise au bénéfice d'un contrat d'emploi temporaire du 19 juillet 2005 au 20 juillet 2006, mais n'a en réalité travaillé au service de l'EMS "B_____" que du 10 octobre 2005 au 20 juillet 2006.
-

Elle ne peut être mise au bénéfice d'aucun des motifs de libération des conditions relatives à la période de cotisation et ne le prétend du reste pas.

Il s'agit dès lors de déterminer si elle a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation.

9. Elle a signé un contrat tel que prévu par l'art. 39 al. 1, 2 et 3 de la loi en matière de chômage (LC). Aux termes de cette disposition,

¹ "L'autorité compétente propose un emploi temporaire :

- a) aux chômeurs proches de l'âge de la retraite et ayant épuisé leur droit aux indemnités fédérales ;
- b) à titre subsidiaire, aux chômeurs ayant épuisé leur droit aux indemnités fédérales et qui n'ont pas trouvé un travail salarié donnant droit à l'allocation de retour en emploi ;
- c) aux personnes à la recherche d'un emploi après avoir exercé une activité indépendante.

² L'emploi temporaire est offert à titre individuel ou dans le cadre d'un programme collectif et correspond dans la mesure du possible aux aptitudes professionnelles des chômeurs.

³ L'emploi temporaire se déroule au sein de l'administration cantonale, d'établissements et fondations de droit public, d'administrations communales et d'administrations et régies fédérales".

L'art. 40 LC prévoit que :

¹ "L'engagement des chômeurs fait l'objet d'un contrat de travail de droit privé conclu entre l'autorité compétente et le bénéficiaire.

² L'emploi temporaire complet s'étend sur une durée hebdomadaire de 4 jours pleins. Le jour complémentaire est destiné à la recherche d'emploi ou à la poursuite d'action de formation.

³ Le salaire est égal à la dernière indemnité fédérale de chômage; il ne peut cependant être inférieur à 3'300 fr., ni supérieur à 4'500 fr. par mois".

L'art. 43 LC précise que :

"Les chômeurs remplissant les conditions des articles 41 et 42 peuvent bénéficier d'un emploi temporaire pour la durée nécessaire à l'ouverture d'un nouveau droit aux indemnités fédérales de chômage. Cette durée n'excédera pas 12 mois".

Ces dispositions légales sont complétées par les art. 47 al. 1 et 48 du règlement d'exécution de la loi en matière de chômage (RLC) selon lesquels :

"L'engagement du chômeur fait l'objet d'un contrat de travail de droit privé conclu entre l'Etat, représenté par le service d'insertion professionnelle, et le bénéficiaire. Pour le surplus, les dispositions du titre X du code des obligations sont applicables.

La durée du contrat de travail est fixée conformément à l'art. 43 de la loi cantonale".

Il y a à cet égard lieu de rappeler qu'au vu du refus par le Conseil fédéral de maintenir le versement aux chômeurs genevois de 120 indemnités complémentaires, le Conseil d'Etat a adopté des mesures exceptionnelles à compter du 1^{er} juillet 2005, comportant notamment la possibilité de conclure un contrat ETC avec les demandeurs d'emploi qui ont épuisé leurs indemnités journalières fédérales, même si un placement auprès d'un service bénéficiaire n'a pu encore être organisé concrètement, ce dans l'attente qu'il le soit. Le Conseil d'Etat a prévu qu'il convenait de maintenir, dans l'attente d'un placement dans un service utilisateur, toutes les obligations légales des demandeurs d'emplois bénéficiaires (preuves de recherches d'emplois à remettre mensuellement et dans le délai donné, disponibilité permanente et sans délai pour prendre un emploi), leur non respect entraînant la résiliation immédiate du contrat ETC.

10. En l'occurrence, la caisse s'est fondée sur un courrier du SECO adressé à toutes les caisses de chômage le 15 septembre 2005, pour nier le droit de l'intéressée à des indemnités à compter du 21 juillet 2006. Aux termes de ce courrier:

"A la suite de la modification de l'art. 41c de l'ordonnance sur l'assurance-chômage (OACI) limitant aux assurés de plus de 50 ans l'augmentation du nombre d'indemnités dans les cantons à taux de chômage élevé, Genève nous a informés de son souhait de conclure des contrats de travail temporaire avec des personnes en fin de droit. Ces conventions prévoient le versement d'un salaire et le paiement de cotisations sociales sans pour autant que les bénéficiaires ne fournissent de contre-prestation de travail, en attendant leur placement réel dans un emploi temporaire subventionné.

Après examen et divers échanges de courrier avec les autorités genevoises, nous vous invitons à prendre connaissance des mesures suivantes.

Pour compter comme période de cotisation et ainsi ouvrir un droit à l'indemnité, il faut démontrer l'existence d'une activité effective soumise à cotisation. A ce propos, il importe peu que la caisse de compensation accepte ou non d'enregistrer les cotisations versées à titre de revenu salarié.

Or, la rémunération que Genève souhaite verser à certains demandeurs d'emploi sans exiger de contre-prestation s'apparente bien plus à une prestation de l'aide sociale qu'à un salaire versé en contrepartie d'une prestation de travail.

Dès lors, il apparaît que les mesures genevoises précitées ne sauraient créer un nouveau droit à l'indemnité fédérale en faveur de leurs bénéficiaires.

Par conséquent, nous prions toutes les caisses de chômage reconnues dans le canton de Genève d'examiner avec soin les demandes d'indemnités fondées sur des contrats d'emploi temporaire conclus par l'Etat de Genève en recherchant en particulier la réalité de la prestation de travail fournie en contrepartie du salaire. Si tel n'est pas le cas, il convient alors de nier tout droit à l'indemnité de chômage aux personnes concernées.

Au contraire, nous nous verrions dans l'obligation de mettre le dommage entier à charge du fondateur de la caisse".

11. L'intéressée quant à elle considère que les directives du SECO ne sauraient être suivies dans son cas.

Le SECO en tant qu'autorité de surveillance chargée d'assurer l'application uniforme du droit peut donner des instructions aux organes d'exécution, dans le cadre d'ordonnances administratives dites interprétatives. Bien que de telles ordonnances exercent par leur fonction une influence indirecte sur les droits et les obligations des administrés, elles n'en ont en effet pas pour autant force de loi. En particulier, elles ne lient ni les administrés, ni le juge, ni même l'administration dans la mesure où elles ne dispensent pas cette dernière de l'examen de chaque situation individuelle. Par ailleurs, elles ne peuvent créer de nouvelles règles de droit ni contraindre les administrés à adopter un certain comportement actif ou passif. En bref, elles ne peuvent sortir du cadre de l'application de la loi et prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 127 V 61, consid. 3a et ATFA. non publié C 340/00 du 8 avril 2004).

Le Tribunal de céans constate à cet égard que la directive du SECO du 15 septembre 2005, en tant qu'elle exige l'existence d'une activité effective soumise à cotisation, n'est pas contraire à l'art. 13 LACI, cette disposition légale posant comme condition l'exercice d'une activité soumise à cotisation.

12. Selon l'art. 319 CO,

"Par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (salaire aux pièces ou à la tâche)".

L'art. 324 CO précise que

"si l'employeur empêche par sa faute l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter pour d'autres motifs, il reste tenu de payer le salaire sans que le travailleur doive encore fournir son travail" (ATF 118 II 139).

Il y a ainsi d'une part l'exécution d'un travail, d'autre part le versement d'un salaire.

13. Il n'est pas contesté que l'intéressée a perçu, conformément au contrat conclu le 22 juillet 2005, une rémunération mensuelle brute de 3'301 fr. 95 du 19 juillet 2005 au 20 juillet 2006. Cette rémunération a par ailleurs été soumise à cotisation.

Elle constitue dès lors bel et bien un salaire au sens de l'art. 319 CO.

14. Il est vrai que l'intéressée n'a pas, effectivement, travaillé durant toute la période couverte par le contrat, mais seulement du 10 octobre 2005 au 20 juillet 2006, raison pour laquelle la caisse a rejeté sa demande d'indemnités.

Lorsqu'elle a conclu ce contrat le 22 juillet 2005, elle s'est toutefois engagée à rester disponible de façon permanente dans l'attente d'un placement dans un service utilisateur, ce qu'elle a fait jusqu'au 10 octobre 2005. On se trouve dès lors dans une situation de demeure de l'employeur, celui-ci ne disposant en effet pas de postes de travail en nombre suffisant pour placer immédiatement et pour la durée complète du contrat tous les chômeurs concernés par les art. 39 ss LC. Il y a lieu de relever qu'il ne s'agit pas là d'un contrat fictif, pour lequel il aurait été prévu qu'il ne serait jamais exécuté, mais d'un véritable contrat conclu pour douze mois, mais dont l'employeur, pour des questions d'organisation, renonce aux services du travailleur durant une certaine période.

Le Tribunal de céans considère, ainsi, qu'il n'y a pas lieu de s'écarter des règles relatives au contrat de travail. La perception effective d'un salaire permet de reconnaître l'existence d'une activité soumise à cotisation (cf. également SECO B 144).

Du reste, la réalité de la prestation de travail n'est pas déterminante quant à la fixation de la période de cotisation. Le TFA a en effet jugé que dans le cas d'un employeur qui devait encore verser le salaire jusqu'à l'échéance du délai de congé déterminant, pour cause de résiliation injustifiée du contrat de travail, la période durant laquelle le travailleur avait reçu son salaire, alors qu'il ne travaillait plus, devait être prise en compte comme période de cotisation (ATF 119 V 494). Comme dans le cas d'espèce, ce travailleur recevait ainsi son salaire pendant une certaine période sans qu'il y ait contre-prestation de travail.

15. Le recours doit ainsi être admis.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES**

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Condamne l'intimée à verser à la recourante la somme de 1'000 fr., à titre de participation à ses frais et dépens
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); 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-Louise QUELOZ

Doris WANGELER

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