REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4159/2006 **ATAS/1001/2007**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 4

du 19 septembre 2007

En la cause

Madame K_____, domiciliée , VERSOIX recourante

contre

CAISSE DE CHOMAGE DU SIT, sise rue des Chaudronniers 16, Genève intimée

Siégeant : Juliana BALDE, Présidente; Christine BULLIARD MANGILI et Bertrand REICH, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Madame K_____ a signé avec l'Etat de Genève un contrat d'emploi temporaire pour la période du 1er juillet 2005 au 30 juin 2006, pour un salaire mensuel brut de 3'301 fr. 95.

2. Dans le cadre de ce contrat, l'intéressée a été placée, dès le 12 septembre 2005, auprès du du canton de Genève (ci-après X_____), pour une activité de secrétaire-réceptionniste. Elle a exercé cette fonction jusqu'au 30 juin 2006.

3. N'ayant pas retrouvé d'emploi à l'issue de son contrat, l'intéressée s'est réinscrite à l'assurance-chômage et a sollicité des indemnités dès le 3 juillet 2006.

4. Par décision du 19 juillet 2006, la Caisse de chômage du SIT (ci-après la caisse) a rejeté sa demande, au motif que la période du 1er juillet 2005 au 11 septembre 2005 durant laquelle elle n'a pas exercé une activité effective ne saurait compter comme période cotisation. En conséquence, dès lors qu'elle ne présentait pas douze mois de travail soumis à cotisation, elle ne pouvait bénéficier d'indemnités de chômage.

5. L'opposition formée par l'intéressée a été rejetée par la caisse, par décision du 2 octobre 2006.

6. Le 9 novembre 2006, l'intéressée interjette recours, considérant que la période durant laquelle elle était à disposition de l'Etat de Genève, sans pouvoir prendre un autre emploi sous peine de perdre l'emploi temporaire, doit être prise en considération dans la période de douze mois de travail soumis à cotisation, dès lors qu'elle a reçu son salaire durant toute la période du contrat et que les charges sociales y afférentes ont été payées.

7. Dans sa réponse du 7 décembre 2006, la caisse persiste dans ses conclusions, se référant à un courrier adressé par le SECO en date du 15 septembre 2005 aux caisses de chômage.

8. Le Tribunal de céans a convoqué les parties à une audience de comparution personnelle qui s'est tenue en date du 31 janvier 2007. La recourante a persisté dans ses conclusions, rappelant qu'elle avait choisi de signer un contrat d'emploi temporaire de type "A" avec l'Etat de Genève pour une durée d'une année. Dans ce type de contrat, elle percevait alors immédiatement un salaire, l'Etat s'engageant à lui trouver l'emploi, ce qui fut fait le 12 septembre 2005. Dans le cas de contrat de type "B", l'Etat lui cherchait un emploi sans l'indemniser et elle devait s'adresser à l'Hospice général entre-temps.

   Le représentant de la caisse a précisé que tous les chômeurs étaient contraints d'accepter le contrat de type "A", car s'ils choisissaient le contrat de type "B"

l'Hospice général n'intervenait pas, dès lors qu'ils avaient eu la possibilité d'obtenir un contrat d'une année.

9. Le 27 février 2007, le Tribunal de céans a admis le recours interjeté par un assuré dans une affaire similaire, cause A/4055/2006, considérant que la réalité de la prestation de travail n'état pas déterminante pour la fixation de la période de cotisation. Le SECO a interjeté recours contre cet arrêt auprès du Tribunal fédéral..

10. Par arrêt incident du 28 mars 2007, le Tribunal de céans a suspendu la procédure jusqu'à droit connu dans la cause A/4055/2006

11. Le 17 août 2007, le Tribunal fédéral a admis le recours du SECO et annulé l'arrêt du Tribunal de céans (ATF 8C 168/2007).

12. Par ordonnance du 4 septembre 2007, le Tribunal de céans a repris l'instance et communiqué l'arrêt du Tribunal fédéral aux parties en les invitant à se déterminer d'ici au 18 septembre 2007, à l'issue duquel la cause sera gardée à juger.

EN DROIT

1. La compétence du Tribunal de céans a déjà été examinée dans l'arrêt incident du 28 mars 2007, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'y revenir. Pour le surplus, le recours, interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, est recevable (art. 56 et 60 LPGA).

2. Le litige porte sur la question de savoir si la période du 1er juillet 2005 au 11 septembre 2005 durant laquelle la recourante bénéficiait d'un contrat temporaire sans être affectée à un emploi compte comme période de cotisation.

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 cotisation ou en est libéré (art. 8 al. 1 let. e LACI en liaison avec les art. 13 et 14 LACI), c'est-à-dire si, dans les limites du délai cadre prévu à cet effet (art. 9 al. 3 LACI), il 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 cotisation 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 cotisation, 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 cotisation, 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 cotisation avait été exercée (ATF du 17 août 2007, op. cit., consid. 2.3).

Par activité soumise à cotisation, 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 cotisation 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 cotisation dans un programme d'occupation de ce genre pouvait être pris en considération à titre de période de cotisation 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 cotisation (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'assurée n'a effectivement travaillé, durant le délai-cadre relatif à la période de cotisation, qu'un laps de temps inférieur à douze mois, elle ne remplit pas la condition prévue par l'art. 13 al. 1 LACI. Peu importe à cet égard qu'elle ait ou non reçu un salaire et que des cotisations aient été déduites de ce salaire pendant la période de cotisation (ATF du 17 août 2007 op. cit., consid. 2.6).

6. En conséquence, le recours ne peut être que rejeté.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.

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
Sylvie CHAMOUX	Juliana BALDE

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