REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4681/2006 **ATAS/1002/2007**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 4

du 19 septembre 2007

En la cause

Monsieur L_____, domicilié c/o Madame G_____, CAROUGE — recourant

contre

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

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

EN FAIT

1. Monsieur L_____, né le 1957, a signé en date du 31 octobre 2005 un contrat d'emploi temporaire avec X_____, représenté par le service des mesures cantonales de l'Office cantonal de l'emploi (SMC). Le contrat a été conclu dans l'attente d'une affectation, pour une durée maximale de douze mois et trois jours, soit dès le 20 octobre 2005 jusqu'au 23 octobre 2006 au plus tard. Le salaire horaire brut était de 19 fr. 05 par heure, soit 3'301 fr. 95 par mois.

2. Le 23 janvier 2006, les parties ont signé un avenant au contrat de travail conclu dans le cadre de l'emploi temporaire, aux termes duquel l'intéressé a été placé au Musée Y_____ pour un solde allant du 30 janvier 2006 jusqu'au 23 octobre 2006 au plus tard.

3. N'ayant pas retrouvé d'emploi à l'issue de son contrat, l'intéressé s'est réinscrit à l'assurance-chômage et a sollicité des indemnités à compter du 24 octobre 2006.

4. Par décision du 2 novembre 2006, la caisse de chômage du SIT (ci-après la caisse) a nié le droit de l'intéressé à percevoir des indemnités de chômage à compter du 24 octobre 2006, au motif qu'il a été au bénéfice d'un contrat d'emploi temporaire cantonal "A" du 20 octobre 2005 au 29 janvier 2006, sans existence d'une activité effective. Il a ensuite bénéficié d'un contrat d'emploi temporaire cantonal "B" du 30 janvier au 23 octobre 2006, avec une activité effective, de sorte qu'il ne totalise que 8,84 mois d'activité salariée effective. La caisse s'est référée à un courrier du 15 septembre 2005 adressé par le SECO aux caisses de chômage, selon lequel seules les périodes d'emploi temporaire avec existence d'une activité effective peuvent être considérées comme périodes de cotisation. Dès lors que l'intéressé ne compte pas douze mois de travail soumis à cotisation, la caisse a nié son droit à percevoir des indemnités chômage.

5. L'intéressé a formé opposition en date du 10 novembre 2006, au motif qu'il a cotisé à l'assurance chômage, à l'AVS et à la LPP continuellement, et qu'il n'était pas responsable de la lenteur des services de l'État pour obtenir un travail temporaire.

6. Par décision du 16 novembre 2006, la caisse a rejeté l'opposition de l'intéressé, au motif que s'il avait effectivement perçu un salaire soumis à cotisation pendant douze mois, il ne pouvait justifier de douze mois d'activité effective.

7. Par acte du 11 décembre 2006, l'intéressé a interjeté recours, au motif qu'il a été au bénéfice d'un contrat de travail avec X_____ du 20 octobre 2005 au 23 octobre 2006, dans le cadre d'un emploi temporaire, et qu'un salaire mensuel brut de 3'301 fr. 95 lui a été versé, duquel les charges sociales ont été déduites. Il considère dès lors remplir la condition relative à la durée minimale de cotisation de douze mois telle que prévue par la loi fédérale sur l'assurance-chômage. Il fait valoir que

le texte légal ne parle pas d'activité effective soumise à cotisation, que ce qui importe, c'est que le travailleur reçoive pendant douze mois une rémunération dans le cadre d'un contrat de travail, et non pas que la période de travail effective soit égale à douze mois. Il soutient que dans le cadre de son contrat d'emploi temporaire, il devait être disponible en tout temps pour débuter toute activité professionnelle qui lui était proposée par le SMC auprès d'un service utilisateur, et qu'il avait donc des obligations à l'égard de son employeur. Conformément au contrat, l'employeur était tenu de payer le salaire, même s'il ne fournissait pas son travail. Il se réfère d'autre part à des jurisprudences selon lesquelles les jours pendant lesquels le travailleur n'a pas pu travailler, mais pour lesquels l'employeur doit encore verser le salaire jusqu'à l'échéance du délai de congé déterminant, sont réputés des périodes de cotisation. Il rappelle qu'en cas d'obtention d'un gain intermédiaire, la période de cotisation est calculée en fonction de la période entière durant laquelle est exercée l'activité soumise à cotisation. Il considère que la décision de la caisse fixe une exigence qui n'est pas prévue par la loi et conclut à l'octroi d'indemnités de chômage à partir du 24 octobre 2006.

8. Dans sa réponse du 22 décembre 2006, la caisse maintient ses conclusions, se référant à la loi et au courrier du SECO du 15 septembre 2006 (recte: 2005).

9. Le Tribunal a convoqué les parties en audience de comparution personnelle en date du 24 janvier 2007. L'intéressé a confirmé qu'il était au bénéfice d'un contrat d'emploi temporaire de X_____ depuis le 20 octobre 2005, mais ce n'est qu'en date du 30 janvier 2006 qu'il a commencé effectivement à travailler en en emploi temporaire au Musée Y_____. Il a expliqué que X_____ lui a versé son salaire pendant toute la durée du contrat, qu'il n'avait pas le droit de signer un autre contrat temporaire ou fixe, sous peine de casser le contrat d'emploi temporaire de l'État, et risquer ainsi de perdre ses droits aux mesures cantonales. Pendant la période durant laquelle il était sous contrat mais sans activité effective, le SMC exigeait qu'il fournisse six recherches d'emplois par semaine. Par la suite, lorsque l'activité effective à débuté, il a dû fournir huit recherches d'emploi par mois. Le recourant considère que selon la loi fédérale, c'est le salaire soumis à l'AVS qui doit être pris en compte dans le calcul de la période de cotisation.

   Le représentant de la caisse a rappelé que les caisses de chômage ont reçu une circulaire du SECO le 15 septembre 2005, peu après le passage de 520 indemnités à 400 indemnités. En effet, après l'entrée en vigueur au 1er juillet 2005 de la modification de la loi concernant les indemnités de chômage, le canton de Genève a été confronté à un afflux massif de nouveaux chômeurs en fin de droit, de l'ordre de 800 à 1000 personnes. Or, X_____, de par la loi cantonale sur le chômage, est tenu d'offrir un emploi temporaire à ses chômeurs, en vue de faire repartir un nouveau délai cadre. L'État de Genève n'a pas pu absorber cet afflux de chômeurs et leur offrir immédiatement un emploi temporaire effectif, raison pour laquelle il a signé avec ces chômeurs des contrats que l'on qualifie de type "A", sans activité

effective. Les chômeurs au bénéfice de tels contrats sont payés et tenus d'être à la disposition de l'État dans les vingt-quatre heures si un emploi leur est trouvé. Au bout de quelques mois, la situation a été rééquilibrée concernant ces emplois temporaires. La situation du recourant s'apparente en quelque sorte à celle des personnes qui travaillent sur appel, en ce sens qu'il est empêché de prendre un nouvel emploi, ou alors contraint de casser son contrat d'emploi temporaire.

10. 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..

11. 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

12. 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).

13. 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 20 octobre 2005 au 29 janvier 2006 durant laquelle le recourant bénéficiait d'un contrat temporaire sans être affecté 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'assuré n'a effectivement travaillé, durant le délai-cadre relatif à la période de cotisation, qu'un laps de temps inférieur à douze mois, 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 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

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

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 et au Secrétariat d'Etat à l'économie par le greffe le