RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/836/2022 **ATAS/1112/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 15 décembre 2022

5ème Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié c/o M. B_____, _____, Anières	recourant
contre	
CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHÔMAGE, sise rue de Montbrillant 40, Genève	intimée

Siégeant : Philippe KNUPFER, Président; Pierre-Bernard PETITAT et Monique STOLLER FÜLLEMANN, Juges assesseurs

EN FAIT

A. **a.** Monsieur A_____ (ci-après : l'intéressé ou le recourant), né en _____ 1966, s'est inscrit auprès de l'office régional de placement (ci-après : l'ORP) en date du 17 janvier 2022.

b. En date du 31 janvier 2022, il a transmis à la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHÔMAGE (ci-après : la caisse ou l'intimée) une attestation de son employeur C_____ (Switzerland) SA (ci-après : C_____), confirmant qu'il avait travaillé pendant les deux dernières années, du 1er avril au 31 décembre 2019 puis du 1er janvier au 31 décembre 2020. Il était toutefois mentionné dans la rubrique concernant la durée du rapport de travail que celle-ci avait commencé le 10 mars 2019, pour s'arrêter le 2 septembre 2021, suite à la résiliation du contrat avec effet immédiat par C_____.

c. Le contrat de travail en tant que gestionnaire de fonds indiquait que le début de la relation de travail était fixé au 1er février 2019 ; il était daté du 24 janvier 2019.

d. La lettre de licenciement du 2 septembre 2021 informait l'intéressé qu'en vertu de l'art. 7 de son contrat de travail celui-ci était résilié le jour même avec effet immédiat. L'employeur invitait l'intéressé à venir reprendre ses effets personnels et restituer le matériel de la société dans les meilleurs délais et se terminait par des souhaits de plein succès dans la poursuite de sa carrière professionnelle.

B. **a.** Par décision du 10 février 2022, la caisse a informé l'intéressé qu'elle ne pouvait donner suite à sa demande d'indemnités chômage présentée le 17 janvier 2022 au motif que durant les deux ans qui précédaient son inscription, soit du 17 janvier 2020 au 16 janvier 2022 (délai cadre de cotisation), la caisse avait constaté que seule la période du 17 janvier au 22 décembre 2020 avait été rémunérée, soit un total de 11 mois et sept jours et que la période travaillée par la suite, et ce jusqu'au 2 septembre 2021, l'avait été sans rémunération. Dès lors que l'intéressé n'invoquait aucun motif de libération, il ne remplissait pas les conditions fixées par les art. 13 et 14 LACI et aucune indemnité de chômage ne pouvait lui être octroyée.

b. Par courrier du 18 février 2022, l'intéressé s'est opposé à la décision du 10 février 2022, en mentionnant qu'il avait travaillé non pas jusqu'au 22 décembre 2020 mais jusqu'au 31 décembre 2020, d'une part, et que, d'autre part, il n'avait pas fait valoir son droit aux vacances, en accord avec son employeur, ce que ce dernier pouvait confirmer. Par ailleurs, il avait réellement travaillé pour son employeur du 10 mars 2019 au 2 septembre 2021, certes sur une période rémunérée allant du 1er avril 2019 au 31 décembre 2020 avec, dans un deuxième temps, un contrat payé à la commission, sans avoir pu obtenir de rémunération car il n'était pas parvenu à atteindre les objectifs fixés par son employeur, en raison du COVID-19. Il ajoutait qu'il était dans une situation financière très inconfortable et qu'il demandait que la décision soit reconsidérée.

c. Par décision sur opposition du 4 mars 2022, la caisse a confirmé la décision du 10 février 2022 et a rejeté l'opposition, pour les motifs déjà exposés dans la précédente décision. La période de cotisation était toutefois ajustée à 11 mois et 15.4 jours en lieu et place de 11 mois et 7 jours, en prenant en compte une période de travail se terminant le 31 décembre et non pas le 22 décembre 2020.

C. **a.** Par courrier posté le 15 mars 2022, l'intéressé a recouru contre la décision du 4 mars 2022. Sur demande de la chambre de céans, datée du 22 mars 2022, l'intéressé a complété son recours en le motivant et en exposant ses griefs. Il a notamment allégué qu'il avait travaillé à 100%, sur la base d'un contrat d'apporteur d'affaires qui avait duré du 1er janvier au 2 septembre 2021, qui n'avait rien rapporté car cela s'était produit pendant la période de confinement de la pandémie COVID-19 et qu'il lui était impossible de rencontrer de potentiels clients.

b. Par réponse du 5 avril 2022, la caisse a conclu à l'irrecevabilité du recours en raison du fait que ce dernier n'était pas motivé, subsidiairement au rejet du recours, faute de période de cotisation suffisante et plus subsidiairement encore au rejet du recours en raison du fait que le droit s'était éteint car il n'avait pas été exercé dans les trois mois suivant la fin de la période de contrôle à laquelle il se rapportait, dès lors que l'IPA du mois de mars 2022 était manquante en l'état du dossier.

c. Par courrier du 11 avril 2022, l'intéressé a répliqué en se plaignant du fait qu'il était un citoyen « lambda » qui n'avait aucune connaissance juridique et que sa bonne foi avait été trompée.

d. Lors de l'audience de comparution personnelle du 20 octobre 2022, le recourant a exposé son parcours professionnel puis a expliqué qu'il avait convenu avec son employeur C_____ de mettre en place un fonds interne dont il était le gérant unique mais qu'après avoir dépensé beaucoup d'énergie pour la mise en place du fonds et l'obtention de l'autorisation de la FINMA, le fonds n'avait pu être mis sur le marché qu'en novembre 2019 et qu'au moment des mesures prises par le Conseil fédéral pour lutter contre la pandémie COVID-19 en mars 2021, les marchés financiers avaient dévissé, il avait fallu rembourser les parts de plusieurs clients qui voulaient sortir du fonds et ce dernier avait finalement été liquidé en juillet ou août 2020. Sur la base du contrat de travail conclu avec C_____, cette société avait continué de lui payer le salaire fixe de CHF 2'000.- jusqu'au 31 décembre 2020. Le recourant exposait ensuite qu'il n'avait pas pu être accepté par la banque dépositaire avec laquelle fonctionnait C_____, pour des motifs de diligence, raison pour laquelle C_____ n'avait pas pu poursuivre sa collaboration avec lui, dès lors qu'il n'était pas agréé par la banque dépositaire. Le contrat avait été résilié en septembre 2021. Avant de s'inscrire auprès du chômage, le 17 janvier 2022, le recourant avait examiné plusieurs possibilités puis, après s'être vu proposer une position dans le marché immobilier il avait pensé que l'inscription auprès de l'office régional de placement lui permettrait de développer ses

connaissances en matière de bureautique et d'anglais, étant précisé qu'il s'était rendu compte qu'il ne pouvait pas profiter de la polyvalence que lui aurait offerte une expérience d'employé de banque car il avait une expérience qui était uniquement centrée sur le trading. Le directeur de C_____, entendu en qualité de témoin a confirmé les déclarations du recourant, précisant que depuis le 1er janvier 2021 il n'y avait plus de fixe versé en faveur du recourant et qu'il avait collaboré en tant qu'apporteur d'affaires, entre le 1er janvier et le 2 septembre 2021, sans toutefois percevoir de rémunération fixe ou variable, car il n'avait pas apporté de clients.

e. Sur ce, la cause a été gardée à juger, ce dont les parties ont été informées.

f. Les autres faits seront mentionnés, en tant que de besoin, dans la partie « en droit » du présent arrêt.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la chambre des assurances sociales de la Cour de justice 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 (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).

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

2. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56ss LPGA ; art. 62ss de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]).

3. Le litige porte sur le bien-fondé de la décision de refus par l'intimée du droit aux indemnités chômage du recourant, au motif que la condition de la durée des cotisations n'est pas remplie.

4.

4.1 Aux termes de l'art 8 al. 1 (let. e) LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage, entre autres conditions, s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré.

4.2 Selon l'art. 9 LACI, des délais-cadres de deux ans s'appliquent aux périodes d'indemnisation et de cotisation, sauf disposition contraire de la loi (al. 1). Le délai-cadre applicable à la période de cotisation commence à courir deux ans plus tôt (al. 3 LACI).

4.3 L'art. 13 al. 1 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 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).

4.4 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 (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 35/04 du 15 février 2006 consid. 2.2 ; ATF 133 V 515 consid. 2.4 et les références citées). L'art. 13 al. 2 let. a, c et d LACI prévoit que sont assimilées à des périodes de cotisation certaines périodes où aucune cotisation n'est versée malgré l'existence d'un contrat de travail (activité exercée avant l'âge où débute l'obligation de cotiser à l'AVS ; maladie et accident en cours de contrat de travail, lorsque le droit au salaire a pris fin ; maternité ; Boris RUBIN, Assurance-chômage et service public de l'emploi, 2019, p. 32). En ce qui concerne plus particulièrement l'art. 13 al. 2 let. c LACI, il s'applique aux cas de maladie et d'accident dans le cadre d'un rapport de travail, lorsque le droit au salaire a pris fin ou lorsque la perte de gain est prise en charge et compensée par le biais d'indemnités journalières versées par une assurance. Est donc déterminant le point de savoir si l'incapacité de travail a eu lieu durant le rapport de travail ou hors de celui-ci, en particulier après une résiliation valable (arrêt du Tribunal fédéral 8C_535/2011 du 3 juillet 2015). En revanche, lorsque les cas de maladie et d'accident interviennent hors d'un rapport de travail, c'est l'art. 14 al. 1 let. b LACI qui, à certaines conditions, peut trouver application (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage 2014, p. 127).

5.

5.1 Selon l'art. 11 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (ordonnance sur l'assurance-chômage, OACI - RS 837.02) :

[1] Compte comme mois de cotisation, chaque mois civil, entier, durant lequel l'assuré est tenu de cotiser.

[2] Les périodes de cotisation qui n'atteignent pas un mois civil entier sont additionnées. 30 jours sont réputés constituer un mois de cotisation.

[3] Les périodes assimilées à des périodes de cotisation (art. 13, al. 2, LACI) et celles pour lesquelles l'assuré a touché une indemnité de vacances comptent de même.

[4] La période de cotisation des personnes occupées à temps partiel est calculée d'après les règles applicables aux travailleurs occupés à plein temps. Lorsque l'assuré exerce simultanément plusieurs activités à temps partiel, la période de cotisation ne compte qu'une seule fois.

5.2 Compte comme mois de cotisation, chaque mois civil entier durant lequel l'assuré est partie à un rapport de travail. La manière dont il a été occupé – régulièrement ou irrégulièrement, à l'heure ou à la journée, à temps partiel ou à plein temps pendant un rapport de travail (p. ex. contrat de travail sur appel, contrat d'intérim ou contrat de location de services auprès de la même agence) – n'importe pas. Si l'assuré a travaillé chez le même employeur et tous les mois, toute la durée du rapport de travail peut être comptée (Bulletin LACI, Indemnité de chômage (IC), n° B149). La jurisprudence a précisé que la somme des jours civils pris en compte pour le calcul de la période de cotisation ne peut pas être arrondie à la durée minimale légale de cotisation, même s'il ne manque qu'une fraction de jour pour que celle-ci soit atteinte (ATF 122 V 256 consid. 4c).

6.

6.1 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 (art. 9 al. 3) et pendant plus de douze mois au total, n'étaient pas parties à un rapport de travail et, partant, n'ont pu remplir les conditions relatives à la période de cotisation, pour l'un des motifs suivants : formation scolaire, reconversion ou perfectionnement professionnel, à la condition qu'elles aient été domiciliées en Suisse pendant dix ans au moins (let. a) ; maladie (art. 3 LPGA), accident (art. 4 LPGA) ou maternité (art. 5 LPGA), à la condition qu'elles aient été domiciliées en Suisse pendant la période correspondante (let. b) ; séjour dans un établissement suisse de détention ou d'éducation au travail, ou dans une institution suisse de même nature (let. c).

6.2 Dans le cadre de l'art. 14 al. 1 LACI, les motifs de maladie, d'accident et de maternité ne peuvent être invoqués que lorsqu'ils apparaissent hors du cadre d'un contrat de travail. Lorsqu'ils surviennent en cours d'emploi, ils sont pris en compte à titre de période de cotisation aux conditions de l'art. 13 al. 2 let. c et d LACI (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, note 22 ad art. 14). Il n'est pas possible de compléter la période de cotisation manquante avec des périodes pendant lesquelles l'assuré est libéré des conditions relatives à la période de cotisation et inversement (arrêt du Tribunal fédéral 8C_750/2010 du 11 mai 2011 consid. 7.2 et les références).

7. En l'espèce, dans la décision attaquée, puis dans ses écritures subséquentes, l'intimée a retenu que l'assuré avait totalisé 11 mois et 15,4 jours de cotisation durant le délai-cadre allant du 17 janvier au 31 décembre 2020.

7.1 Le recourant allègue que les rapports de travail avec C_____ se sont poursuivis jusqu'au mois de septembre 2021.

Or, lors de son audition par la chambre de céans, en date du 20 octobre 2022, le recourant a déclaré qu'après l'échec du lancement du fonds qu'il avait développé, il avait travaillé pour C_____ qui avait continué de lui payer le salaire fixe de CHF 2'000.-, jusqu'au 31 décembre 2020. Il n'avait pas pu continuer à travailler en qualité de gérant pour ladite société, dès lors que la banque dépositaire ne l'avait pas agréé.

Entendu en qualité de témoin, Monsieur D_____, directeur de C_____ et ami du recourant, a confirmé que la société ne pouvait plus travailler avec le recourant dès lors que ce dernier n'était pas accepté par la banque dépositaire. Il a également confirmé que le recourant n'avait perçu aucune rémunération, ni fixe, ni variable et n'avait apporté aucun client, pendant la période allant du 1er janvier au 2 septembre 2021.

Lorsqu'il est amené à qualifier ou interpréter un contrat, le juge doit tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO). Déterminer ce que les parties savent ou veulent au moment de conclure relève de la constatation des faits (ATF 140 III 86 consid. 4.1). Au stade des déductions à opérer sur la base d'indices, lesquelles relèvent elles aussi de la constatation des faits (ATF 136 III 486 consid. 5 ; 128 III 390 consid. 4.3.3 in fine), le comportement que les cocontractants ont adopté dans l'exécution de leur accord peut éventuellement dénoter de quelle manière ils l'ont eux-mêmes compris, et révéler par là leur réelle et commune intention (arrêt du Tribunal fédéral 8C_318/2014 du 21 mai 2015 consid. 5.2 et les arrêts cités).

Dans son opposition datée du 18 février 2022, le recourant expose qu'à partir du 1er janvier 2021 il a travaillé sur la base d'un contrat payé à la commission, sans avoir droit à une rémunération, dès lors qu'il n'avait pas atteint ses objectifs en matière de volume d'affaire apporté. Il n'a toutefois pas prétendu qu'il s'agissait d'un contrat de travail.

Dans son courrier de résiliation des rapports de travail du 2 septembre 2021, le directeur de C_____ se réfère à l'art. 7 du (précédent) contrat de travail pour résilier ledit contrat de travail avec effet immédiat.

Toutefois, il ressort des faits et du comportement des parties que le rapport à l'art. 7 du contrat de travail, ne correspond à rien, dès lors que le contrat de travail en question ne s'est pas poursuivi au-delà du 31 décembre 2020 et que l'art. 7 auquel C_____ se réfère ne permet nullement une résiliation avec effet immédiat, sans qu'il y ait de justes motifs.

La chambre de céans considère dès lors, après avoir auditionné le recourant et le témoin, qu'il est établi au degré de la vraisemblance prépondérante que la véritable et commune intention du recourant et de C_____ était de poursuivre une collaboration avec C_____, au-delà du 31 décembre 2020 mais que les

rapports contractuels entre les parties n'étaient plus fondés sur un contrat de travail – qui s'était terminé le 31 décembre 2020 – mais sur un mandat d'apporteur d'affaires, qui n'a pas donné lieu à rémunération dès lors que - selon les déclarations du recourant et du témoin - aucun client n'a été présenté par le recourant à C_____. Dans le cadre d'un mandat d'apporteur d'affaires, C_____ n'était pas tenue de rémunérer le recourant, qui ne lui avait apporté aucune affaire, pas plus qu'elle n'était tenue de respecter un délai pour mettre fin au mandat, ce dernier pouvant être terminé en tout temps, conformément à l'art. 404 al. 1 CO. Étant encore précisé qu'une poursuite des relations sur la base d'un contrat de travail n'était plus possible, comme le témoin l'a confirmé, car le recourant n'était pas accepté par la banque dépositaire.

Dès lors, la décision de la caisse de considérer que la période de cotisation du recourant débute le 17 janvier 2020 et se termine le 31 décembre 2020 ne prête pas le flanc à la critique.

Il découle de ce qui précède qu'à l'intérieur du délai-cadre de cotisation déterminant, le recourant ne peut se prévaloir que d'une durée de cotisation de 11 mois et 15,4 jours, laquelle reste inférieure au seuil ouvrant droit à des indemnités chômage.

Étant rappelé que « *la durée d'activité soumise à cotisation s'examine au regard de la durée formelle du rapport de travail considéré* » et qu'il n'est donc pas possible « d'arrondir » cette durée à douze mois, conformément à la jurisprudence (ATF 122 V 256 consid. 4c).

7.2 De surcroît, il n'existe aucun motif de libération des conditions relatives à la période de cotisation, selon l'art. 14 al. 1 LACI.

8. Compte tenu de ce qui précède, la chambre de céans n'a d'autre choix que de rejeter le recours.

9. Pour le surplus, la procédure est gratuite.

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À 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 - 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	Le président
Véronique SERAIN	Philippe KNUPFER

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