

## **BGE 133 V 515**

Bundesgericht (BGE), 2007-01-01, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_133\\_V\\_515](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_133_V_515)

FR: ATF 133 V 515

IT: DTF 133 V 515

### **Regeste**

Regeste Art. 13 Abs. 1 AVIG: Mit dem Kanton im Hinblick auf die Eröffnung einer neuen Rahmenfrist abgeschlossener Temporärarbeitsvertrag und Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung. Keine beitragspflichtige Beschäftigung im Sinne von Art. 13 Abs. 1 AVIG übt aus, wer auf Grund eines mit dem Kanton im Wesentlichen zur Eröffnung einer (neuen) Rahmenfrist abgeschlossenen Temporärarbeitsvertrags einen Lohn bezieht, ohne dass die vereinbarte Entlohnung an die tatsächliche Ausübung einer Tätigkeit für den Arbeitgeber gebunden wäre (E. 2).

Regeste Art. 13 al. 1 LACI: Contrat d'emploi temporaire conclu avec l'Etat en vue de l'ouverture d'un nouveau délai-cadre d'indemnisation et exercice d'une activité soumise à cotisation. N'exerce pas une activité soumise à cotisation au sens de l'art. 13 al. 1 LACI celui qui perçoit un salaire en vertu d'un contrat d'emploi temporaire conclu avec l'Etat essentiellement pour lui permettre d'obtenir l'ouverture d'un (nouveau) délai-cadre d'indemnisation, sans que la rémunération convenue soit liée à l'exercice effectif d'une activité pour l'employeur (consid. 2).

Regesto Art. 13 cpv. 1 LADI: Contratto d'impiego temporaneo stipulato con un ente statale in vista dell'apertura di un nuovo termine quadro per la riscossione della prestazione ed esercizio di un'attività soggetta a contribuzione. Non esercita un'attività soggetta a contribuzione ai sensi dell'art. 13 cpv. 1 LADI la persona che percepisce un salario in virtù di un contratto d'impiego temporaneo concluso con l'ente statale essenzialmente allo scopo di permettergli l'apertura di un (nuovo) termine quadro per la riscossione della prestazione, senza che la retribuzione pattuita sia legata all'esercizio effettivo di un'attività per il datore di lavoro (consid. 2).

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Comme la décision attaquée a été rendue après l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 2007 (RO 2006 p. 1242), de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110), le recours est régi par le nouveau droit ( art. 132 al. 1 LTF ).

#### **E. 1.2**

Interjeté par une unité subordonnée à un département fédéral et à laquelle la législation fédérale confère un droit de recours ( art. 102 al. 2 LACI en corrélation avec l' art. 89 al. 2 let. a LTF ), le recours, dirigé contre un jugement final ( art. 90 LTF ) rendu dans une cause de droit public ( art. 82 let. a LTF ) par une autorité cantonale de dernière instance ( art. 86 al. 1 let. d LTF ) est en principe recevable, puisqu'il a été déposé dans le délai ( art. 100 al. 1 LTF ) et la forme ( art. 42 LTF ) prévus par la loi et que l'on ne se trouve pas dans l'un des cas d'exception mentionnés par l' art. 83 LTF .

### **E. 1.3**

Le recours peut être interjeté pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 et 96 LTF . Le Tribunal fédéral applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ). Il n'est donc limité ni par les arguments soulevés dans le recours ni par la motivation retenue par l'autorité précédente; il peut admettre un recours pour un autre motif que ceux qui ont été invoqués et il peut rejeter un recours en adoptant une argumentation différente de celle de l'autorité précédente (cf. ATF 130 III 136 consid. 1.4 p. 140). Compte tenu de l'exigence de motivation contenue à l' art. 42 al. 1 et 2 LTF , sous peine d'irrecevabilité ( art. 108 al. 1 let. b LTF ), le Tribunal fédéral n'examine en principe que les griefs invoqués; il n'est pas tenu de traiter, comme le ferait une autorité de première instance, toutes les questions juridiques qui se posent, lorsque celles-ci ne sont plus discutées devant lui. Il ne peut pas entrer en matière sur la violation d'un droit constitutionnel ou sur une question relevant du droit cantonal ou intercantonal si le grief n'a pas été invoqué et motivé de manière précise par la partie recourante ( art. 106 al. 2 LTF ).

### **E. 1.4**

Enfin, le Tribunal fédéral conduit son raisonnement juridique sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). BGE 133 V 515 S. 520 Il ne peut s'en écarter que si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF ( art. 105 al. 2 LTF ).

### **E. 2.1**

La question est de savoir si la période du 19 juillet au 9 octobre 2005, durant laquelle l'intimée bénéficiait d'un contrat temporaire sans être affectée à un emploi, compte comme période de cotisation.

### **E. 2.2**

L'assuré a droit à l'indemnité de chômage notamment s'il remplit les conditions relatives 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 ). Celui qui, dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet ( art. 9 al. 3 LACI ), a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation remplit les conditions relatives à la période de cotisation ( art. 13 al. 1 LACI dans sa version en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> 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 ( art. 8 al. 1 let . e et art. 13 LACI ) présuppose qu'un salaire a été réellement versé au travailleur (DTA 2001 p. 228, C 329/00). Dans un arrêt récent ( ATF 131 V 444 ), le Tribunal fédéral des assurances a précisé cette jurisprudence en indiquant qu'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 durant la période minimale de cotisation. Aussi bien la jurisprudence exposée au DTA 2001 p. 225 ss (et les arrêts postérieurs) ne doit-elle pas être comprise 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 consid. 3 p. 449 ss).

### **E. 2.3**

L'exercice d'une activité salariée pendant douze mois au moins est donc une condition à part entière pour la réalisation de la période de cotisation, tandis que le versement d'un salaire effectif n'est pas forcément exigé, mais permet au besoin de rapporter la preuve de cette activité. Le versement déclaré comme salaire par un employeur ne fonde cependant pas, à lui seul, la présomption de fait qu'une activité salariée soumise à cotisation a été exercée. BGE 133 V 515 S. 521

#### **E. 2.4**

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 (GERHARD GERHARDS, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz [AVIG], vol. I, n. 8 ad art. 13 LACI p. 170). Cela suppose l'exercice effectif d'une activité salariée suffisamment contrôlable ( ATF 113 V 352 ; DTA 1999 n° 18 p. 101 consid. 2a, C 291/98; THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in Ulrich Meyer [éd.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, 2 e éd., n. 207 p. 2239; BORIS RUBIN, Assurance-chômage: Droit fédéral, survol des mesures cantonales, procédure, 2 e éd., n. 3.8.4.2, p. 179).

#### **E. 2.5**

Le contrat d'emploi temporaire entre les parties s'inscrit dans le contexte de mesures cantonales en faveur des chômeurs qui n'ont plus droit aux prestations de la LACI 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 . Il est admis jusqu'à présent que l'exercice d'une activité soumise à cotisation dans un programme d'occupation de ce genre peut être pris en considération à titre de période de cotisation, même si l'on a mis en cause le bien-fondé de la mesure, qui n'inciterait pas suffisamment les chômeurs à réintégrer le marché du travail ordinaire et, partant, ne ferait que renforcer l'exclusion qui les touche (voir à ce sujet RUBIN, op. cit., n. 16.1.2, p. 1003 s.; voir aussi dans ce sens le rapport au Grand Conseil genevois du 11 juin 2007 de la Commission de l'économie chargée d'étudier le projet de loi du Conseil d'Etat modifiant la loi en matière d'assurance-chômage).

#### **E. 2.6**

En l'espèce, il est constant toutefois que l'intimée n'a effectivement travaillé , durant le délai-cadre relatif à la période de cotisation, que du 10 octobre 2005 au 20 juillet 2006 au service de X., soit une période inférieure à douze mois. Partant, elle ne remplit pas la condition prévue par l' art. 13 al. 1 LACI . Peu importe, à cet égard, qu'elle ait reçu un salaire et que des cotisations aient été déduites du salaire pendant la période du 19 juillet au 9 octobre 2005.

#### **E. 2.7**

Tout en admettant que la durée d'activité effective n'était pas suffisante, les premiers juges invoquent les dispositions du code des obligations relatives à la demeure de l'employeur ( art. 324 CO ). Ils considèrent, à cet égard, que l'intimée s'est engagée à rester disponible de façon permanente dans l'attente d'un placement dans BGE 133 V 515 S. 522 un service utilisateur. On se trouve, 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 par les art. 39 ss de la loi en matière de chômage. Selon les premiers juges, il ne s'agit pas d'un contrat fictif, non susceptible

d'être exécuté, mais d'un contrat de travail pour lequel l'employeur, pour des questions d'organisation, renonce momentanément aux services du travailleur. La réalité de la prestation de travail n'est pas déterminante quant à la fixation de la période de cotisation: ainsi, dans le cas d'un employeur qui devait encore verser un salaire jusqu'à l'échéance du délai de congé, 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 selon la jurisprudence ( ATF 119 V 494 ).

### **E. 2.8**

Selon la définition même du contrat de travail, le paiement d'un salaire par l'employeur implique la fourniture de services par le travailleur ( art. 319 al. 1 CO ). 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. En l'espèce, la réelle et commune intention des parties ( art. 18 al. 1 CO ) n'était pas de conclure dès l'origine un contrat de travail impliquant la fourniture de services par l'intimée. Il s'agissait, bien plutôt, de permettre à celle-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, conformément à l'art. 43 de la loi en matière de chômage. Dans ce contexte, la prestation de travail était reléguée au second plan. L'Etat y a renoncé, provisoirement tout au moins, non pour des circonstances spéciales propres à une relation de travail (p. ex. une libération de travailler pendant le délai de congé), mais faute de disponibilités dans un service utilisateur. Au reste, loin d'attendre de l'intimée qu'elle exécute un travail au sein de l'administration ou d'une institution publique, l'Etat l'incitait fermement à trouver un emploi en dehors d'un service utilisateur. A son art. 4 en effet, le contrat type d'emploi temporaire auquel les parties se sont soumises en l'espèce prévoit que l'employé(e) est tenu(e) d'effectuer, durant toute la semaine, le nombre de recherches d'emploi exigé par l'employeur, ces recherches devant également BGE 133 V 515 S. 523 être satisfaisantes en qualité; il (elle) remet régulièrement et dans le délai imparti la preuve des dites recherches effectuées.

### **E. 2.9**

Dans ces conditions, il y a 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 avant que l'intimée n'entre au service de X. On ne saurait donc parler de demeure de l'employeur au sens de l'art. 324 CO . En réalité, l'intimée était en attente d'obtenir un emploi, soit pour le compte d'un service utilisateur, soit auprès d'un autre employeur en cas de succès des recherches personnelles de travail qui lui incombaient. Pendant ce temps, la rémunération que l'Etat versait 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. Cette période d'attente ne saurait donc être prise en considération au titre d'activité soumise à cotisation.

### **E. 2.10**

Pour le reste, on ne peut à l'évidence pas tirer un parallèle entre la situation ici envisagée et celle d'un travailleur qui n'a plus travaillé mais dont l'employeur devait encore verser le salaire jusqu'à l'échéance du délai de congé déterminant, pour cause de résiliation injustifiée du contrat de travail ( ATF 119 V 494 ). La comparaison opérée ici par les premiers juges n'est pas pertinente.

### **E. 3**

De ce qui précède, il résulte que le recours est bien fondé. Vu l'issue de la procédure, les frais de justice doivent être mis à la charge de l'intimée ( art. 66 al. 1 LTF ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.