

## **GE\_GERICHTE ATAS/631/2005 vom 15. Dezember 2003**

GE Cour de justice, 2003-12-15, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_631\\_2005](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_631_2005)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/631/2005 du 15 décembre 2003

IT: GE\_GERICHTE ATAS/631/2005 del 15 dicembre 2003

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

La loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er 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.

#### **E. 2**

Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 8 LOJ, le TCAS 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) 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 donc établie.

#### **E. 3**

La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant des modifications législatives notamment dans le droit de l'assurance-chômage. Du point de vue temporel, sont applicables les règles de droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits et le juge des assurances sociales se fonde en principe, pour apprécier une cause, sur l'état de fait réalisé à la date déterminante de la décision sur opposition litigieuse (ATF 129 V 4 consid. 1.2 ; 169 consid. 1 ; 356 consid. 1 et les arrêts cités). Ces principes de droit intertemporel commandent ainsi l'examen du bien-fondé de la décision sur opposition du 13 août 2004 à la lumière des anciennes dispositions de la LACI pour la période s'étendant jusqu'au 31 décembre 2002 et, le cas échéant, au regard des nouvelles dispositions de la LPGA pour la période postérieure (voir ATF 130 V 332 consid. 2.2 et 2.3). En ce qui concerne la procédure et à défaut de règles transitoires contraires, le nouveau droit s'applique sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b; 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b).

#### **E. 4**

Interjeté en temps utile et dans les formes requises, le recours est recevable (art. 60 al. 1 LPGA).

#### **E. 5**

Selon un principe général du droit des assurances sociales, l'administration peut reconsidérer une décision formellement passée en force de chose jugée et sur laquelle une

autorité judiciaire ne s'est pas prononcée quant au fond, à condition qu'elle soit sans nul doute erronée et que sa rectification revête une importance notable (ATF 126 V 23 consid. 4b ; 46 consid. 2b ; 125 V 389 consid. 3 et les arrêts cités). En outre, par analogie avec la révision des décisions rendues par les autorités judiciaires, l'administration est tenue de procéder à la révision d'une décision entrée

A/1934/2004 - 5/10 - en force formelle lorsque sont découverts des faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuve, susceptibles de conduire à une appréciation juridique différente (ATF 126 V 24 consid. 4b ; 46 consid. 2b et les références). Pour juger s'il est admissible de reconsidérer une décision, pour le motif qu'elle est sans nul doute erronée, il faut se fonder sur la situation juridique existant au moment où la décision a été rendue, compte tenu de la pratique en vigueur à l'époque (ATF 119 V 479 consid. 1b/cc et les références). Par le biais de la reconsidération, on corrigera une application initiale erronée du droit, de même qu'une constatation erronée résultant de l'appréciation des faits (ATF 117 V 17 consid. 2c; 115 V 314 consid. 4a/cc). Au regard de la sécurité juridique, une décision administrative entrée en force ne doit pouvoir être modifiée par le biais de la reconsidération que si elle se révèle manifestement erronée. Cette exigence évite que la reconsidération ne devienne un instrument autorisant sans autre un nouvel examen des conditions à la base des prestations de longue durée. En particulier, les organes d'application ne sauraient procéder en tout temps à une nouvelle appréciation de la situation après un examen plus approfondi des faits. Ainsi, une inexactitude manifeste ne saurait être admise lorsque l'octroi de la prestation dépend de conditions matérielles dont l'examen suppose un pouvoir d'appréciation, quant à certains de leurs aspects ou de leurs éléments, et que la décision paraît admissible compte tenu de la situation de fait et de droit (arrêt du TFA B. du 19 décembre 2002, en la cause I 222/02, consid. 3.2. et les références).

## **E. 6**

Il s'agit en l'occurrence de déterminer si la première décision sur opposition de l'intimée était manifestement erronée, soit si elle pouvait être réexaminée par la voie de la reconsidération. Il convient pour juger du caractère manifestement erroné ou non de la décision d'examiner les faits litigieux et l'application du droit en découlant (cf. ATFA non publié du 21 mai 2001, en la cause C 318/99). Le Tribunal de céans constate préalablement que le délai de recours de 30 jours dès la notification de la première décision sur opposition du 16 juillet 2004 n'était pas encore échu lorsque la deuxième décision sur opposition (du 13 août 2003) a été notifiée ; cette première décision n'avait ainsi pas encore acquis force de chose décidée. Cependant, le but de la condition, pour la reconsidération d'une décision, que celle-ci soit devenue exécutoire, est de permettre à l'assuré d'attaquer ladite décision par les voies de droit ordinaires, ce qui laisse la possibilité à l'administration ou, le cas échéant, au juge de revoir à l'occasion d'une opposition ou d'un recours l'application du droit. En l'occurrence, la première décision sur opposition de la caisse donnait droit aux conclusions de l'assurée, qui n'avait dès lors aucun intérêt à l'attaquer. Il faut par conséquent considérer que ladite décision avait acquis force de chose décidée.

A/1934/2004 - 6/10 - La recourante a travaillé à partir du 9 septembre 2002 chez X\_\_\_\_\_. Par courrier du 17 septembre 2002, l'employeur a mis fin au contrat de travail avec un préavis de 7 jours, compte tenu du temps d'essai. Le salaire a été payé jusqu'à la fin du préavis, le 25 septembre 2002. Par courrier du 18 septembre 2002, X\_\_\_\_\_ s'est adressé à l'assurée, lui confirmant qu'il venait de mettre un terme à son contrat suite à diverses anomalies constatées dans le déroulement de sa formation au poste

de caissière-auxiliaire, et "la réintégrant" en tant que vendeuse au sein d'un des deux magasins prévu dans la ville de Genève. L'employeur devait prendre contact avec elle pendant la semaine du 16 octobre 2002, afin de lui faire signer un nouveau contrat de travail. Un contrat a été conclu le 10 octobre 2002 et l'assurée a commencé à travailler en tant que vendeuse le 21 octobre 2002. Par courrier non daté, envoyé à l'employeur par pli recommandé du 27 ou 28 novembre 2002, l'assurée l'a informé qu'elle démissionnait pour des raisons de santé. Elle a fourni un certificat d'incapacité de travail du 31 octobre au 30 novembre 2002, daté du 27 novembre 2002. X\_\_\_\_\_ a remis à son employée un certificat de travail portant sur la période du 21 octobre au 27 novembre 2002, en qualité de conseillère de vente. Dans une attestation de l'employeur destinée à l'assurance- chômage, X\_\_\_\_\_ a indiqué que le rapport de travail avait duré du 9 septembre au 30 novembre 2002; l'employée avait été engagée à plein temps (42 heures par semaine); la durée du délai de congé légal était de 7 jours. L'assurée avait travaillé jusqu'au 7 novembre 2002 et le salaire avait été versé jusqu'à cette date. Elle avait perçu du 9 au 25 septembre 2002 2'208 fr. 30, du 21 au 31 octobre 2002 1'200 fr. et du 1er au 7 novembre 2002 720 fr., commissions et part du 13ème salaire compris. Aux termes de l'art. 13 al. 1 LACI, 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. Compte également notamment comme période de cotisation le temps durant lequel l'assuré 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 (art. 13 al. 2 let. c LACI). L'art. 11 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1993 (OACI) prescrit que compte comme mois de cotisations, chaque mois civil, entier, durant lequel l'assuré est tenu de cotiser. Les périodes de cotisation qui n'atteignent pas un mois civil entier sont additionnées. Trente jours sont réputés constituer un mois de cotisation. 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 (art. 11 al. 1 à 3 OACI). Selon la circulaire relative à l'indemnité de chômage du Secrétariat d'Etat à l'économie de janvier 2003, les périodes de cotisation qui n'atteignent pas un mois civil entier sont additionnées. Trente jours sont réputés constituer un mois de cotisation. Lorsque le début ou la fin de l'activité soumise à cotisation ne coïncident pas avec

A/1934/2004 - 7/10 - le début ou la fin d'un mois civil, les jours ouvrables correspondant sont convertis en jours civils au moyen du facteur 1,4. Seuls sont réputés jours ouvrables, les jours du lundi au vendredi. Les jours de travail qui tombent sur un samedi ou un dimanche sont considérés comme jours ouvrables jusqu'au maximum de cinq jours de travail par semaine. Ce facteur est le résultat de la conversion des cinq jours ouvrables en sept jours civils ( $7/5 = 1,4$ ; cf. circulaire, calcul de la période de cotisation, art. 11 LACI, B83). Selon la doctrine, des contrats de travail à durée déterminée renouvelés de manière répétée, notamment dans le but d'éluder les dispositions protégeant le travailleur lié par un contrat de durée indéterminée, doivent être considérés comme des rapports de travail de durée indéterminée, même s'ils ont subi une interruption momentanée. Durant la première année de travail, le travailleur n'a pas droit, en cas de maladie, à un salaire durant les trois premiers mois du contrat (art. 324a du code des obligations). La résiliation du contrat de travail est une manifestation unilatérale de volonté, sujette à réception, par laquelle son auteur communique à son cocontractant sa volonté de mettre fin aux rapports de travail. Ainsi, la résiliation ne prend effet que lorsqu'elle parvient à son destinataire. La charge de

la preuve de la date de la réception appartient à celui qui a donné son congé. Si le congé est envoyé par pli recommandé, c'est la date du retrait effectif de la lettre qui est déterminante (Commentaire du contrat de travail, 2e édition mise à jour, Brunner, Bühler, Waeber, p. 172 ss.). Le délai de congé peut être raccourci, voire supprimé par la volonté commune des parties. En vertu de la jurisprudence et de la doctrine, l'autorité administrative ou le juge ne doivent considérer un fait comme prouvé que lorsqu'ils sont convaincus de sa réalité (Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4ème édition Berne 1984, p. 136 ; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2ème édition, p. 278 ch. 5). Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5 let. b ; 125 V 195 consid. ch. 2 et les références). Aussi, n'existe-t-il pas en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devraient statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5 let. a).

#### **E. 7**

En l'occurrence, les rapports de travail ont été conclus pour des durées indéterminées. On ne se trouve en outre pas en présence de renouvellements répétés. On ne saurait dès lors traiter les deux périodes de travail en cause comme un seul contrat. Partant, il faut considérer que la recourante s'est trouvée sous contrat de travail du 9 au 25 septembre 2002, puis du 21 octobre au 28, 29 ou 30

A/1934/2004 - 8/10 - novembre, selon la date de réception par l'employeur de la démission de la recourante, effectuée par pli recommandé du 27 ou 28 novembre 2002. Il convient en outre de relever que le fait de s'inscrire à l'assurance-chômage, en raison d'une incapacité de travail non payée par l'employeur, et de percevoir des indemnités - de manière justifiée ou non -, ne met pas automatiquement fin au contrat de travail. Il faut en effet une manifestation unilatérale de volonté mettant un terme au contrat. Ainsi, la recourante comptabilise comme période de cotisation 13 jours ouvrables en septembre 2002, 9 jours ouvrables en octobre 2002, 20, 21 ou 22 jours ouvrables en novembre 2002 et enfin 10 mois dans l'établissement les Châtaigniers en 2003, soit un total de 10 mois et 42, 43 ou 44 jours ouvrables, qui correspondent à 58,8, 60,2 ou 61,6 jours civils (42, 43 ou 44 x 1,4). La recourante totalise donc à peine moins de douze mois ou à peine plus de douze mois de cotisation selon la date à laquelle a été reçue la lettre de démission par l'employeur. Comme on l'a vu ci-dessus, non seulement ces conclusions demandent-elles des réflexions juridiques poussées - la caisse intimée n'est d'ailleurs jamais parvenue à ce résultat -, mais encore est-il impossible de rapporter la preuve de la durée du deuxième rapport de travail avec certitude. Il faudrait, pour trancher de manière définitive, statuer selon le degré de vraisemblance prépondérante, principe qui requiert une certaine appréciation du juge. Au vu de ce qui précède, on ne saurait considérer que la décision initiale de la caisse était manifestement erronée ; elle ne pouvait dès lors être réexaminée par la voie de la reconsidération. Le recours, bien fondé, doit être admis et la décision sur opposition du 13 août 2004 annulée.

A/1934/2004 - 9/10 -

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