

GE_GERICHTE ATAS/817/2016 vom 13. Oktober 2016

GE Cour de justice, 2016-10-13, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_817_2016

FR: GE_GERICHTE ATAS/817/2016 du 13 octobre 2016

IT: GE_GERICHTE ATAS/817/2016 del 13 ottobre 2016

Erwägungen

E. 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) en vigueur depuis le 1er janvier 2011, 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.

E. 2

Interjeté dans les formes et délais prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56 à 61 et 38 LPGA).

E. 3

Le litige porte sur le droit de la recourante à l'indemnité de chômage, singulièrement sur la question de savoir si l'intéressée remplit les conditions de perte de travail à prendre en considération.

E. 4

Aux termes de l'art 8 al. LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage: a. s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 10); b. s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (art. 11); c. s'il est domicilié en Suisse (art. 12); d. s'il a achevé sa scolarité obligatoire, qu'il n'a pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touche pas de rente de vieillesse de l'AVS; e. s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (art. 13 et 14); f. s'il est apte au placement (art. 15); et g. s'il satisfait aux exigences du contrôle (art. 17). 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). Selon l'art. 13 al. 1 LACI, celui qui, dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet, a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation remplit les conditions relatives à la période de cotisation. D'après l'art. 14 al. 1 let. a LACI, est libéré des conditions relatives à la période de cotisation celui qui, dans les limites du délai-cadre applicable à cette période, mais pendant plus de douze mois au total, n'était pas partie à un rapport de travail et, partant, n'a pu s'acquitter des conditions relatives à la période de cotisation pour le

A/182/2016 - 7/13 - motif qu'il suivait une formation scolaire, à condition qu'il ait été domicilié en Suisse pendant dix ans au moins. De jurisprudence constante, il doit exister un lien de causalité entre les motifs de libération énumérés à l'art. 14 al. 1er LACI et l'absence

d'une durée minimale de cotisation. La libération des conditions relatives à la période de cotisation ne peut être admise que si l'assuré se trouvait dans l'impossibilité, pour l'un des motifs précités, d'exercer une activité salariée même à temps partiel ou qu'il n'était pas raisonnable d'exiger qu'il en exerçât une. Pour contrôler s'il existe un lien de causalité entre l'absence de période de cotisation et l'empêchement d'exercer une activité soumise à cotisation, la caisse doit examiner au cas par cas si l'assuré était effectivement empêché de travailler et dans quelle mesure. Un assuré dont la capacité de travail était par exemple réduite à 50 % pour cause de maladie ne peut pas être libéré des conditions relatives à la période de cotisation puisqu'il pouvait mettre à profit sa capacité de travail restante pour acquérir une période de cotisation suffisante (ATF 121 V 336). Le lien de causalité doit cependant être reconnu lorsque l'assuré a exercé une activité à temps partiel à hauteur de sa capacité de travail restante durant sa période d'empêchement. Tel est le cas si le taux d'activité et le taux d'empêchement d'exercer une activité soumise à cotisation constituant un motif de libération atteignent au total 100 % (Bulletin LACI Indemnité Chômage [ci-après : Bulletin IC], état au 1er janvier 2016, chiffre B184)

E. 5

a. L'assuré a droit à l'indemnité de chômage, entre autres conditions, s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 8 al. 1 let. b LACI). La perte de travail des assurés partiellement sans emploi (art. 10 al. 2 let. b LACI) est prise en considération lorsqu'elle s'élève au moins à deux jours entiers de travail en l'espace de deux semaines (art. 5 OACI). Selon l'art. 11 LACI, il y a lieu de prendre en considération la perte de travail lorsqu'elle se traduit par un manque à gagner et dure au moins deux journées de travail consécutives (al. 1). b. Dans un contrat de travail sur appel, les parties conviennent que le temps de travail dépend du volume du travail, c'est-à-dire que le travailleur est occupé au cas par cas sans droit de se voir donner du travail. Aucun temps d'occupation minimum n'étant convenu contractuellement, cette forme de travail sur appel ne garantit au travailleur ni un certain volume d'occupation, ni un certain revenu ; il ne subit dès lors, dans les périodes où il n'est pas appelé à travailler, ni perte de travail, ni perte de gain au sens de l'art. 11 al. 1 LACI, puisqu'il ne peut y avoir de perte de travail à prendre en considération que si un temps de travail hebdomadaire normal a été convenu entre l'employeur et le travailleur (Bulletin IC, chiffre B95). Si le contrat stipule que le salarié ne travaille que sur appel de l'employeur et qu'il n'est pas obligé d'accepter les missions proposées, le temps de travail résultant de cet accord spécial doit être considéré comme normal et le travailleur n'a partant pas droit à l'indemnité de chômage pour le temps où il n'est pas appelé à travailler.

A/182/2016 - 8/13 - Par conséquent, selon la jurisprudence, le travailleur sur appel ne subit en principe pas de perte de travail, respectivement pas de perte de gain à prendre en considération lorsqu'il n'est pas appelé, car le nombre de jours où il est amené à travailler est considéré comme normal. Exceptionnellement, lorsque les appels diminuent après que l'assuré a été appelé de manière plus ou moins constante pendant une période prolongée (période de référence), une telle perte de travail et de gain peut être prise en considération. Plus les appels ont été réguliers, plus la période de référence sera courte. En revanche, si la fréquence des appels varie d'un mois à l'autre et que la durée des interventions subit d'importantes fluctuations, la période de référence sera d'autant plus longue. L'horaire de travail normal ne peut être calculé simplement sur la moyenne (ATF 107 V 61 consid. 1 et les références citées ; ATF A non publié du 20 janvier 2006, C 304/05, consid. 2.1). Pour qu'un temps de travail puisse être présumé normal, il faut que ses fluctuations mensuelles ne

dépassent pas 20%, en plus ou en moins, du nombre moyen des heures de travail fournies mensuellement pendant la période d'observation de douze mois ou 10% si cette période est de six mois seulement. Si les fluctuations dépassent ne serait-ce qu'un seul mois le plafond admis, il ne peut plus être question d'un temps de travail normal et, en conséquence, la perte de travail et la perte de gain ne peuvent pas être prises en considération (Bulletin IC, chiffre B97). Le Tribunal fédéral des assurances a laissé ouverte la question de la légalité de la directive du SECO, en tant qu'elle fixe un plafond de 20%, respectivement de 10%, pour les fluctuations mensuelles permettant une indemnisation de la perte de gain (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 304/05 du 20 janvier 2006 consid. 2.3). Cela étant, dans une affaire concernant un agent de sécurité, qui travaillait sur appel depuis plus d'une année, le Tribunal fédéral des assurances a estimé que des variations mensuelles allant de moins 41% à plus 47% par rapport au salaire moyen réalisé durant les douze derniers mois, étaient trop importantes pour admettre une durée de travail normale et donc une perte de travail à prendre en considération (arrêt du Tribunal fédéral C 8/06 du 1er février 2007, consid. 4.3). Selon les chiffres B97a et B97b du Bulletin IC, aussi bien lors de l'ouverture d'un premier délai-cadre que d'un délai-cadre consécutif, il convient de déterminer jusqu'à quand, lorsqu'il commence à durer, un rapport de travail sur appel qui avait été accepté initialement pour diminuer le dommage peut être pris en compte sans entraîner une négation du droit pour absence de perte de travail. Ni la LACI, ni l'OACI n'indiquent à partir de quel moment un rapport de travail sur appel entraîne une négation du droit pour absence de perte de travail. Il n'est ainsi pas possible d'établir une durée de référence qui pourrait s'appliquer à tous les cas de ce type. Il faut partir du principe qu'un rapport de travail qui a été accepté pour diminuer le dommage n'entraîne pas systématiquement une suppression du droit aux indemnités. Cependant, plus le rapport de travail sur appel s'inscrit dans la durée, plus il faut partir de l'idée que cette nouvelle situation professionnelle revêt un caractère de normalité pour l'assuré. Parallèlement, plus les rapports de travail vont

A/182/2016 - 9/13 - durer, plus le principe de diminution du dommage perdra de sa pertinence. A titre indicatif, une activité sur appel qui dure depuis plus d'un an peut être qualifiée de normale. Dès lors, les périodes où l'assuré n'est pas appelé n'engendrent pas de perte de travail à prendre en considération.

E. 6

Selon l'art. 23 al. 2bis LACI, lorsque des personnes qui rempliraient les conditions pour être libérées des exigences relatives à la période de cotisation ont exercé, en même temps, une activité soumise à cotisation pendant douze mois au moins dans les limites du délai-cadre de cotisation, leur gain assuré est calculé en fonction du salaire touché et du montant forfaitaire réduit en proportion du taux d'occupation. Ce mode de calcul s'applique à condition toutefois, précise l'art. 40c OACI, que le taux d'occupation et le taux d'empêchement (lié au motif de libération) atteignent au total 100%. Lorsque le taux d'empêchement est moindre, il n'y a aucune raison de mettre l'assuré au bénéfice d'une règle d'indemnisation originellement applicable en cas de libération. Avant juillet 2003, les personnes qui avaient travaillé à temps partiel et qui avaient été empêchées de travailler pour l'autre temps partiel étaient indemnisées sur la base du salaire obtenu. Depuis juillet 2003, ces personnes bénéficient d'une augmentation de leur gain assuré par le truchement d'un supplément correspondant au montant forfaitaire proportionnel au taux d'indisponibilité (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n°38 et 41 ad. art. 23 LACI ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_318/2011 du 22 mars 2011).

Selon l'art. 41 let. a OACI, le gain assuré des personnes qui sont libérées des conditions relatives à la période de cotisation ou qui sont au terme d'une formation professionnelle est fixé, pour les personnes titulaires d'un diplôme de formation de niveau tertiaire (haute école ou formation professionnelle supérieure ou équivalente), à 153 francs par jour.

E. 7

a. Le juge des assurances sociales 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 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3, ATF 126 V 353 consid. 5b, ATF 125 V 193 consid. 2 et les références). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 319 consid. 5a). b. Selon la jurisprudence (DTA 2001 p. 169), le juge cantonal qui estime que les faits ne sont pas suffisamment élucidés a en principe le choix entre deux solutions : soit renvoyer la cause à l'administration pour complément d'instruction, soit procéder lui-même à une telle instruction complémentaire. Un renvoi à l'administration, lorsqu'il a pour but d'établir l'état de fait, ne viole ni le principe

A/182/2016 - 10/13 - de simplicité et de rapidité de la procédure, ni la maxime inquisitoire. Il en va cependant autrement quand un renvoi constitue en soi un déni de justice (par exemple, lorsque, en raison des circonstances, seule une expertise judiciaire ou une autre mesure probatoire judiciaire serait propre à établir l'état de fait), ou si un renvoi apparaît disproportionné dans le cas particulier (RAMA 1993 n° U 170 p. 136). À l'inverse, le renvoi à l'administration apparaît en général justifié si celle-ci a constaté les faits de façon sommaire, dans l'idée que le tribunal les éclaircirait comme il convient en cas de recours (voir RAMA 1986 n° K 665 p. 87).

E. 8

a. En l'espèce, même si le contrat conclu par les parties en octobre 2011 et reconduit pour une durée indéterminée mentionne une durée hebdomadaire de travail de 15 heures en moyenne sur l'année civile - laquelle devrait théoriquement procurer à l'assurée un revenu mensuel moyen de l'ordre de CHF 1'485.- bruts (60 heures x 24.75 de salaire horaire) -, force est de constater que, dans les faits, la recourante a perçu durant la période précédant sa demande d'indemnités de chômage des revenus particulièrement irréguliers et d'ampleur supérieure à ce qu'elle pouvait escompter sur la base de son contrat. En effet, comme le fait remarquer l'intimée, il ressort des décomptes de salaire établis au cours de l'année ayant précédé la demande d'indemnité de chômage que la recourante a perçu, de septembre 2014 à août 2015 - et abstraction faite des mois de novembre et décembre 2014 durant lesquels elle a pris des vacances -, un salaire mensuel moyen de CHF 2'732.55 (CHF 27'325.40 / 10). En application des principes exposés ci-dessus, un temps de travail normal serait admissible si les fluctuations de son salaire mensuel ne dépassaient pas 16.7% (10 mois x [20% / 12]), autrement dit si le montant dudit salaire restait systématiquement compris dans une fourchette allant de CHF 2'276.20 à CHF 3'188.90. Or, tel n'est pas le cas ici, puisque pendant la période de référence prise en considération par l'intimée, le salaire de la recourante a varié entre CHF 1'194.55 en janvier 2015 et CHF 3'544.75 en octobre 2014, ce

qui correspond à des fluctuations allant de moins 56% à plus 17% par rapport à la moyenne de CHF 2'732.55. Que l'on tienne compte ou non des mois durant lesquelles l'assurée a été partiellement incapable de travailler et que l'on étende ou non la période d'observation, les fluctuations salariales dépassent le seuil admis par la jurisprudence. Ainsi, si l'on devait étendre cette période à deux ans tout en continuant d'observer les fluctuations par rapport à la moyenne annuelle, on aboutirait à un revenu mensuel moyen de CHF 2'920.- (CHF 35'042.50 / 12) entre septembre 2013 et août 2014, et des dépassements du plafond de fluctuation en septembre et décembre 2013 ainsi que durant les mois de janvier, mars, avril, mai et août 2014 (- 24% ; + 57% ; -35% ; -23% ; -36% ; +57% ; - 47% ; cf. pièce 9 intimée). S'y ajouteraient les écarts constatés en octobre 2014 et janvier 2015.

A/182/2016 - 11/13 - De telles fluctuations, y compris à la baisse, sont manifestement inhérentes à l'activité exercée par la recourante et ne sont pas indemnifiables par l'assurance- chômage. b. L'assurée allègue que la durée de son travail, fixée initialement à 15 heures en moyenne par semaine, aurait été augmentée à 30 heures par semaine, puis réduite subséquemment, d'où l'existence d'une perte de travail à prendre en considération. On relèvera que le contrat qu'elle produit à l'appui de cette allégation fait certes allusion à une « augmentation à 30 heures par semaine », mais ne concerne que le mois de mai 2014. Par conséquent, même si l'on devait faire abstraction des règles relatives au travail sur appel, on ne verrait pas que la recourante ait subi une quelconque perte de travail, puisque son employeur ne lui a jamais garanti contractuellement, hormis au mois de mai 2014, plus de 15 heures de travail en moyenne par semaine. c. Faute de perte de travail au sens de l'art. 11 LACI, la recourante n'a pas droit à l'indemnité de chômage pour les baisses de salaire qu'elle subit dans son activité professionnelle, exercée jusqu'ici à un taux moyen d'environ 70 % (CHF 2'732.55 / CHF 24.75 = 110.4 h. par mois, soit 27.6 h. par semaine ; 27.6 h. / 40 h. = 69 %).

E. 9

a. Reste à examiner si elle peut prétendre à l'indemnité pour le taux d'environ 30% qu'elle n'a pas consacré jusqu'ici à son activité lucrative et qu'elle souhaite apparemment mettre à profit dans un emploi à plein temps. b. La recourante a achevé en février 2015 - soit dans le délai-cadre de cotisations courant du 22 septembre 2013 au 21 septembre 2015 - une maîtrise en sciences de l'éducation à l'Université de Genève. Se pose dès lors la question d'un éventuel motif de libération de la période de cotisations au sens de l'art. 14 al. 1 let. a LACI. L'intimée fait valoir qu'un tel motif n'entre pas en considération, car la recourante n'aurait pas été empêchée de travailler par son cursus académique. c. La Cour constate que la question de savoir si et dans quelle mesure le cursus en question aurait empêché la recourante d'exercer une activité salariée au-delà des 70% accomplis n'est précisément pas d'être jugée en l'état, faute d'avoir été suffisamment élucidée (cf. infra let. d). Elle paraît toutefois importante pour statuer sur le droit éventuel de la recourante à l'indemnité de chômage. En effet, selon la jurisprudence et la doctrine, un assuré ayant exercé une activité lucrative à temps partiel dans le délai-cadre ne peut se prévaloir d'un empêchement (lié ici à une formation) pour l'autre temps partiel que si la somme de son taux d'occupation dans l'activité lucrative et de son taux d'empêchement atteint 100%. Cela signifie que durant son empêchement, l'assuré doit avoir travaillé à hauteur de sa capacité de travail restante (Bulletin IC, chiffres B184, C17 et C19 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_318/2011 consid. 6.2).

A/182/2016 - 12/13 - d. Or, dans le cas présent, le dossier ne contient aucune information précise sur l'horaire du Master en sciences de l'éducation qu'a suivi l'assurée jusqu'en février 2015, de sorte que l'on ne parvient pas à déterminer si cette dernière a été empêchée ou non d'exercer une activité soumise à cotisation à concurrence de 30% environ. En d'autres termes, on ignore si, en travaillant de manière irrégulière mais à un taux moyen d'environ 70%, l'assurée exploitait pleinement sa capacité résiduelle de travail, auquel cas elle pourrait éventuellement justifier d'un motif de libération pour le solde de 30% et prétendre à une indemnité de chômage réduite calculée sur une base forfaitaire (art. 41 OACI), en admettant qu'elle remplisse les autres conditions du droit à l'indemnité. Enfin, on relèvera que l'intimée, partant du postulat que les études de l'assurée ne l'ont pas empêchée de travailler mais sans instruire la question, n'a pas examiné non plus si le Master en sciences de l'éducation a été suivi pendant plus de douze mois au total dans les limites du délai-cadre de cotisation, ni s'il devait être qualifié de formation au sens de l'art. 14 al. 1 LACI. Elle ne s'est pas davantage penchée sur les autres conditions du droit à l'indemnité de chômage (art. 8 let. a et f LACI notamment).

E. 10

Il n'appartient pas à la juridiction cantonale de suppléer aux carences de l'instruction entreprise par l'administration ni de statuer à sa place sur des points à propos desquels cette dernière ne s'est pas encore prononcée (ATF 131 V 164 consid. 2.1). Partant, le recours est partiellement admis et la décision litigieuse annulée. La cause est renvoyée à l'intimée, à charge pour elle de compléter l'instruction s'agissant du motif de libération allégué par l'assurée (14 al. 1 let. a LACI), puis de statuer à nouveau sur le droit à l'indemnité de chômage. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA et 89H al. 4 LPA).

A/182/2016 - 13/13 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES
SOCIALES : Statuant À la forme :

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