

GE_GERICHTE ATAS/907/2017 vom 17. Oktober 2017

GE Cour de justice, 2017-10-17, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_907_2017

FR: GE_GERICHTE ATAS/907/2017 du 17 octobre 2017

IT: GE_GERICHTE ATAS/907/2017 del 17 ottobre 2017

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 dès 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 légaux, le recours est recevable (art. 1 LACI, 38, 56 et 60 LPGA).

E. 3

Le litige porte sur le droit de l'intéressée à des indemnités de l'assurance chômage, et plus particulièrement sur la durée de cotisations à prendre en considération dans le délai-cadre de cotisations, soit d'août 2014 à août 2016.

E. 4

Selon l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage notamment s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a), s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (let. b), s'il est domicilié en Suisse (let. c; art. 12), s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (let. e; art 13 et 14). Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 218 consid. 2). En vertu de l'art. 9 LACI, des délais-cadres de deux ans s'appliquent aux périodes d'indemnisation et de cotisation, sauf disposition contraire de la présente loi (al. 1).

A/338/2017 - 6/14 - Le délai-cadre applicable à la période de l'indemnisation commence à courir le premier jour où toutes les conditions dont dépend le droit à l'indemnité sont réunies (al. 2). Le délai-cadre applicable à la période de cotisation commence à courir deux ans plus tôt (al. 3).

E. 5

Aux termes de l'art. 13 al. 1 et 2 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 comme période de cotisation le temps durant lequel l'assuré: a. exerce une activité en qualité de travailleur sans avoir atteint l'âge à partir duquel il est tenu de payer les cotisations AVS; b. 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; c. 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; d. 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 ». 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 (ATF 133 V 515 consid. 2.3). La condition de la durée minimale d'activité soumise à cotisation s'examine donc seulement au regard de la durée formelle du rapport de travail considéré. Ainsi, chaque mois civil entier durant lequel l'assuré est soumis à cotisation dans le cadre d'un rapport de travail compte comme mois de cotisation (art. 11 al. 1er OACI). Les périodes de cotisation qui n'atteignent pas un mois civil entier sont additionnées. Trente jours sont réputés constituer un mois de cotisation (art. 11 al. 2 OACI). Compte comme mois de cotisation, chaque mois civil entier durant lequel l'assuré est partie à un rapport de travail. Peu importe 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) (Bulletin LACI du Secrétariat d'État à l'économie (SECO), ch. B149).

A/338/2017 - 7/14 - Si l'assuré a travaillé chez le même employeur et tous les mois, toute la durée du rapport de travail peut être comptée. Les périodes pendant lesquelles l'assuré a été empêché d'accepter un emploi, par exemple pour cause de maladie ou d'accidents, comptent également comme période de cotisation (Bulletin LACI, ch. B164). Il signe le contrat à l'avance et ne peut pas conclure d'autres contrats. Lorsque des missions sont effectuées de manière irrégulière dans le cadre d'un seul et même contrat de travail (p. ex. pour le travail sur appel), il convient de considérer tous les mois comportant une période de travail comme un mois entier de cotisation. Ceci vaut également pour les mois durant lesquels l'assuré n'a travaillé que quelques jours, voire seulement un jour, et qu'il n'a pas travaillé au cours du mois précédent ou suivant. Les mois durant lesquels l'assuré n'a pas du tout travaillé ne sont pas considérés comme période de cotisation (cf. arrêts du Tribunal fédéral 8C_20/2008 du 26 août 2008 et 8C_836/2008 du 29 janvier 2009). Le calcul de la période de cotisation court à partir du début des rapports de travail jusqu'à la fin de ceux-ci uniquement lorsque le travail a débuté, respectivement s'est terminé, en cours de mois conformément à l'art. 11 al. 2 OACI (calcul au prorata) (Bulletin LACI, ch. B150a). Par contre, lorsque des missions sont effectuées auprès du même employeur mais toujours dans le cadre de contrats de travail distincts les uns des autres (p. ex. contrats de mission pour du travail temporaire), elles doivent être considérées comme des contrats de travail indépendants. Le calcul de la période de cotisation se base, dans ce cas, sur un découpage au prorata des mois civils sur lesquels porte la mission, du début à la fin de celle-ci (Bulletin LACI ch. B150b). L'assuré est appelé et vient signer un contrat à chaque mission. En principe, le contrat-cadre conclu avec une entreprise de travail temporaire ne peut pas être considéré comme un rapport de travail ininterrompu, puisque normalement ce contrat n'oblige pas l'entreprise à fournir du travail à l'assuré ni ce dernier à accepter les missions

proposées par l'entreprise. En revanche, chaque contrat de mission fonde un nouveau rapport de travail autonome. L'élément déterminant pour le calcul de la période de cotisation est donc la durée de chaque mission (Bulletin LACI, ch. B160).

E. 6

L'art. 14 al. 1er LACI prévoit que 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).

A/338/2017 - 8/14 - Le cumul de périodes de cotisation et de périodes assimilées à des périodes de cotisation au sens de l'art. 13 al. 2 LACI est possible. L'art. 13 al. 2 let. c LACI s'applique pour les 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 (prestations alors non soumises à cotisation AVS [art. 6 al. 2 let. b RAVS]). /RUBIN, p. 120, ch. 5) 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. On sait qu'après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat de travail dans différents cas de figure, en particulier pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident non imputable à faute du travailleur, et ce pour un certain nombre de jours (art. 336c al. 1 let. b dO). 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 alors trouver application (v. 14 N 22 ss). (RUBIN, p. 127, ch. 28 à 30), étant précisé que l'ouverture d'un droit à l'indemnité de chômage sur la base d'une libération des conditions relatives à la période de cotisation est subsidiaire à celle qui se fonde sur une période de cotisation suffisante au sens de l'art. 13 LACI (ATF 112 V 237 consid. 2a p. 239).

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 ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 139 V 176 consid. 5.3 et les références). 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. 5b ; 125 V 195 consid. 2 et les références ; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). 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 322 consid. 5a). b. Si l'administration ou le juge, se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves fournies par les investigations auxquelles ils doivent procéder

d'office, sont convaincus que certains faits présentent un degré de vraisemblance prépondérante et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation, il est superflu d'administrer d'autres preuves (appréciation anticipée des preuves ; ATF 122 II 469 consid. 4a ; 122 III 223 consid. 3c). Une telle manière de procéder ne viole pas le droit d'être entendu selon l'art. 29 al. 2 Cst. (SVR 2001 IV n. 10 p.

A/338/2017 - 9/14 - 28 consid. 4b), la jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 4 aCst. étant toujours valable (ATF 124 V 94 consid. 4b ; 122 V 162 consid. 1d).

E. 8

En l'espèce, le délai-cadre applicable à la période de cotisations court du 23 août 2014 au 24 août 2016. La caisse a, dans un premier temps, nié le droit de l'intéressée aux indemnités de l'assurance-chômage, au motif qu'elle ne totalisait que onze mois et 18,3 jours d'activité soumise à cotisation durant cette période. Sur opposition, elle a cependant repris ses calculs et, compte tenu de la formation suivie par l'intéressée à l'Institut Universitaire Kurt Bösh suivie de 2014 à 2016, a, par décision du 13 décembre 2016, reconnu le droit de celle-ci aux indemnités dès le 22 août 2016, sur la base de l'art. 14 al. 1 let. a LACI.

E. 9

Dans la mesure où l'intéressée a ainsi obtenu satisfaction quant à son droit à des indemnités, dès le 22 août 2016, il convient d'examiner sa qualité pour recourir. Aux termes de l'art. 59 LPGA, quiconque est touché par la décision ou la décision sur opposition et a un intérêt digne d'être protégé à ce qu'elle soit annulée ou modifiée a qualité pour recourir. La jurisprudence considère comme intérêt digne de protection, au sens de cette disposition, tout intérêt pratique ou juridique à demander la modification ou l'annulation de la décision attaquée que peut faire valoir une personne atteinte par cette décision. L'intérêt digne de protection consiste ainsi en l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait au recourant ou, en d'autres termes, dans le fait d'éviter un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait (ATF 120 V 39 consid. 2b ; voir aussi ATF 121 II 174 consid. 2b). L'intérêt doit être direct et concret ; en particulier, la personne doit se trouver dans un rapport suffisamment étroit avec la décision, tel n'étant pas le cas de celui qui n'est atteint que de manière indirecte ou médiate (ATF 125 V 342 consid. 4a). En l'espèce, la caisse a admis que l'intéressée pouvait être libérée de la période de cotisation en raison d'une formation selon l'art. 14 LACI, ce qui implique un délai d'attente de 120 jours, un maximum de 90 indemnités et un gain assuré forfaitaire de CHF 3320.-. Or, l'intéressée a contesté la décision sur opposition du 13 décembre 2016, reprochant à la caisse de n'avoir pas pris en compte son arrêt de travail du 23 mai au 27 juin 2016 dans le calcul de la période de cotisations, conformément à l'art. 13 al. 2 let. c LACI, puisqu'elle était alors dans un rapport de travail sur appel avec le DIP. Force est ainsi de constater que l'intéressée a un intérêt digne de protection à demander la modification de la décision attaquée.

E. 10

La caisse a relevé que se pose fréquemment la question de savoir si les remplacements au DIP doivent être considérés comme un emploi sur appel ou un contrat-cadre durant lequel des missions sont proposées. Elle considère que ces

A/338/2017 - 10/14 - remplacements doivent être assimilés à des contrats de missions biens distincts lorsqu'ils ne concernaient pas le même professeur et que le principe d'englobage

ne s'applique pas entre les différents remplacements. Elle en veut pour preuve que le DIP et l'intéressée ne signent aucun contrat, même sur appel, que l'intéressée n'est inscrite qu'au DIP, ce à l'instar d'une personne inscrite dans une maison temporaire qui attend une proposition de mission ou de remplacement

E. 11

a. Il y a préalablement lieu de qualifier la nature du contrat entre le DIP et l'intéressée, en d'autres termes, de définir si celle-ci a travaillé pour le DIP dans le cadre d'un seul et même contrat (travail sur appel), ou de plusieurs contrats distincts (travail temporaire). b. Le contrat de travail sur appel est caractérisé par le fait que le travailleur s'y oblige à exercer l'activité exigée chaque fois que l'employeur requiert ses services. Si, au contraire, le travailleur n'est pas obligé d'accepter les missions proposées, le rapport obligationnel n'est pas durable et on parle alors de rapports de travail auxiliaires ou occasionnels. Au demeurant, de tels rapports sont soumis aux mêmes règles que le travail sur appel lorsqu'il s'agit d'examiner une perte de travail éventuelle au sens de la LACI (arrêt du Tribunal fédéral 8C_379/2010 du 28 février 2011 consid. 2.3 et les références). 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 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C.304/05 du 20 janvier 2006 consid. 2.1 ; ATAS/609/2015 ; RUBIN ad art. 11. ch. 22). Selon le ch. B95 du Bulletin LACI, dans un contrat de travail sur appel, les parties conviennent que le temps de travail dépend du volume de 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 perte de travail à prendre en considération que si un temps de travail hebdomadaire normal a été convenu entre l'employeur et le travailleur. 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

A/338/2017 - 11/14 - 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. La jurisprudence admet une dérogation à ce principe si le temps de travail fourni sur appel avant l'interruption de l'occupation présente un caractère régulier, sans fluctuations marquantes, sur une période assez longue. Pour établir le temps de travail normal, on prend en principe pour période de référence les 12 derniers mois ou toute la durée du rapport de travail s'il a duré moins de 12 mois. En dessous de six mois d'occupation, il est impossible de déterminer un temps de travail normal (Bulletin LACI, ch. B96). 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 la période d'observation est inférieure à douze mois mais supérieure à six, le taux plafond des fluctuations admises sera proportionnellement ajusté; pour une période d'observation de 8 mois par exemple, ce plafond est de 13% (20% : 12 x 8). 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 LACI, ch. B97). 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 durer, plus le principe de diminution du dommage perdra de sa pertinence. À 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 (Bulletin IC, ch. B97b). Enfin, lorsque l'employeur confirme que la cessation ou la diminution des appels n'est pas momentanée et qu'il n'a plus l'intention de faire appel au travailleur comme par le passé, cette situation doit être assimilée à un congé sans respect du délai de congé. En effet, il n'est pas admissible que l'employeur puisse vider de sa substance la protection impérative liée au délai de congé en décidant abruptement de ne plus faire appel au travailleur plutôt que de mettre un terme aux rapports de travail moyennant respect du délai de congé. La caisse de chômage verse alors les indemnités de chômage dès le début du délai de congé (chômage) et elle se subroge aux droits de l'assuré vis-à-vis de l'employeur conformément à l'art. 29 LACI (Bulletin LACI, ch. B98 ss.). c. Le contrat de travail temporaire est un contrat conclu pour une période limitée dans le temps.

A/338/2017 - 12/14 - La situation du travailleur intérimaire, sous l'angle de l'assurance-chômage, doit être distinguée de celle du travailleur mis à la disposition de tiers, tout en étant au bénéfice d'un contrat de travail durable avec son employeur, contrat qui ne prend pas fin après chaque mission; l'employeur supporte le risque d'une inactivité (travail intérimaire improprement dit; THÉVENOZ, *Le travail intérimaire*, thèse Genève 1987, p. 378, note 1174). Dans une telle situation, l'assuré qui se trouve sans activité entre deux placements de durée limitée n'a donc, en principe, pas droit aux indemnités de chômage, car son contrat n'est pas résilié et il ne subit aucune perte de travail à prendre en considération; si le contrat est résilié, l'assuré ne peut prétendre des indemnités aussi longtemps qu'il a droit à un salaire ou à une indemnité de licenciement (ATF 108 V 95; THÉVENOZ, *op.cit.*, p. 378, note 1175). d. En présence d'un litige sur l'interprétation d'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 inexacts dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO; ATF 128 III 419 consid. 2.2 p. 422; ATF 127 III 444 consid. 1b).

E. 12

En l'espèce, l'intéressée était inscrite auprès du service des remplacements de l'enseignement primaire du DIP en qualité de remplaçante d'enseignant depuis janvier 2015. Elle a ainsi effectué des remplacements les 21 et 26 janvier 2015, les 2 et 3 février 2015, du 16 février 2015 au 26 juin 2015, les 23 et 24 septembre 2015, et du 26 octobre 2015 au 20 mai 2016. La chambre de céans a déjà eu l'occasion de préciser que l'activité exercée pour le compte du DIP en tant que remplaçant d'enseignant est un travail sur appel

(cf. notamment ATAS/159/2014). Aussi tous les mois durant lesquels l'intéressée a travaillé, même quelques jours, doivent-ils être comptés comme des mois entiers de cotisations conformément au ch. 150a Bulletin LACI susmentionné. En l'occurrence, elle a travaillé jusqu'au 20 mai 2016 sur la base du contrat de travail du 1er février 2016 (portant sur la période du 1er février au 20 mai 2016) et a été victime d'un accident le 23 mai 2016. Il y a lieu d'en conclure que son accident est bel et bien survenu durant une période de cotisations. L'intéressée a été en incapacité de travail jusqu'au 27 juin 2016 en raison de cet accident. Le DIP en l'occurrence ne l'a pas informée qu'il ne ferait plus appel à ses services en juin 2016. Il a au contraire indiqué dans l'attestation d'employeur du 22 septembre 2016 que l'intéressée restait en emploi sur appel dès le 21 mai 2016. Aussi n'a-t-il pas mis un terme à leurs rapports de travail sur appel. Il importe qui plus est de relever que le contrat de travail du 1er février 2016 est résiliable 7 jours pendant les trois premiers mois et un mois pour la fin d'un mois pendant la première année, et que la couverture de l'assurance-accident cesse à

A/338/2017 - 13/14 - l'expiration du 30ème jour suivant le jour où a pris fin le droit au demi-salaire au moins. Il résulte de ce qui précède que la période d'arrêt pour cause d'accident doit être prise en compte dans le calcul de la période de cotisations, conformément à l'art. 13 al. 2 let. c LACI, étant par ailleurs rappelé que l'ouverture d'un droit à l'indemnité de chômage sur la base d'une libération des conditions relatives à la période de cotisation est subsidiaire à celle qui se fonde sur une période de cotisation suffisante au sens de l'art. 13 LACI. Aussi le recours est-il admis.

A/338/2017 - 14/14 - 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.