

GE_GERICHTE A/2999/2016 vom 14. März 2017

GE Cour de justice, 2017-03-14, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_2999_2016

FR: GE_GERICHTE A/2999/2016 du 14 mars 2017

IT: GE_GERICHTE A/2999/2016 del 14 marzo 2017

Erwägungen

E. 1

ère Chambre En la cause Madame A_____, domiciliée à GENÈVE recourante contre UNIA CAISSE DE CHÔMAGE, CDC-Centre de compétences Romand, LAUSANNE intimée EN FAIT 1. Madame A_____ (ci-après : l'assurée) a déposé le 25 février 2016 une demande auprès de la caisse de chômage UNIA (ci-après : la caisse), visant à l'octroi d'indemnités de l'assurance-chômage, de sorte qu'un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur à compter du 1^{er} mars 2016. Elle a indiqué rechercher un emploi à plein temps et être au bénéfice d'un contrat de travail sur appel depuis le 24 janvier 2014 à l'État de Genève, à raison de 11%.![]>![]> 2. Par décision du 7 avril 2016, la caisse a nié le droit de l'assurée à l'indemnité de chômage, au motif qu'elle ne subissait aucune perte de travail à prendre en considération. Elle a en effet constaté que l'assurée continuait à travailler sur appel au Département de l'instruction publique (DIP), qu'elle accomplissait dans ce cadre en moyenne 11.90 heures par mois, étant précisé que la fluctuation maximale admise implique que ces heures mensuelles doivent se situer entre 9.5 heures et 14.3 heures et que durant la période d'observation, cette fluctuation a été dépassée durant tout le mois, hormis décembre 2014, janvier et mars 2015.![]>![]> 3. L'assurée a formé opposition le 27 avril 2016. Elle a expliqué qu'elle avait étudié à la faculté des sciences de l'éducation d'octobre 2009 à fin février 2016, qu'elle était à la recherche d'un emploi fixe et que du fait que son travail sur appel n'était pas suffisamment régulier pour lui permettre de subvenir à son entretien, elle avait donné sa démission par courrier du 25 avril 2016.![]>![]> Elle considère ainsi qu'elle justifie d'une période de cotisations suffisante et pour la même période, d'un motif de libération visé à l'art. 14 al. 1 LACI. Elle a également joint à son opposition copie de l'exmatriculation de l'Université de Genève datée du 1^{er} avril 2016. 4. Sur demande de la caisse, l'assurée a versé à son dossier le 11 mai 2016 plusieurs documents, soit :![]>![]> - la copie de son diplôme ;![]>![]> - une attestation de domicile ;![]>![]> - un procès-verbal indiquant les sessions de juin 2013 à septembre 2013 et celles de février 2016 ;![]>![]> - une attestation établie le 9 mai 2016 par l'Université, selon laquelle elle avait été inscrite de septembre 2010 à février 2016 en sciences de l'éducation et avait obtenu avec succès son diplôme de baccalauréat en sciences de l'éducation en septembre 2012 et le diplôme de maîtrise universitaire en février 2016.![]>![]> 5. Interrogée par la caisse, l'Université a, par courriel du 17 mai 2016, indiqué que l'assurée avait obtenu tous ses crédits en février 2014 et avait ensuite travaillé pour son mémoire jusqu'en février 2016. Elle a précisé, par courriel du 23 mai 2016, qu'entre février 2014 et février 2016, l'assurée n'était pas tenue d'être présente à l'Université pour assister à des cours, que le travail de mémoire représentait en principe environ six mois d'études à plein temps, qu'elle avait toutefois mis quatre semestres pour l'effectuer.![]>![]> 6. Invitée à se déterminer, l'assurée a, par courrier du 29 mai 2016, expliqué qu'elle avait

consacré environ 4.5 heures par jour pendant quatre semestres à son travail de mémoire et qu'elle avait eu de nombreux et longs entretiens avec des enseignantes, avec sa directrice de mémoire, ainsi qu'avec un ancien professeur de l'Université. Elle a ajouté qu'en raison de problèmes de santé, deux prolongations d'études lui avaient été accordées par le doyen de la faculté. Le 29 juillet 2016, elle a transmis à la caisse une attestation établie par le docteur B_____, spécialiste FMH en urologie, le 26 juillet 2016, aux termes de laquelle l'assurée « souffre d'un syndrome urologique rare, source de symptômes gênants et de perturbations du sommeil. Pour ce phénomène, j'ai dû effectuer deux interventions chirurgicales en avril et mai 2015. De l'été 2014 à l'automne 2015, les consultations à mon cabinet ont été fréquentes. Je n'ai pas prescrit quant à moi d'arrêt de travail, mais les capacités de travail au vu de l'importance des problèmes de santé de la patiente ont été nettement amoindries. Cette pathologie a été à l'origine d'un rythme de travail ralenti ».

7. Par décision du 26 août 2016, la caisse a rejeté l'opposition. Elle rappelle en effet qu'à la date d'inscription de l'assurée au chômage, soit le 1^{er} mars 2016, les rapports de travail auprès de l'État de Genève n'avaient pas pris fin, de sorte qu'elle a fait application des chiffres B 95 et ss du Bulletin LACI, selon lesquels il convient de vérifier si l'activité sur appel a fait l'objet de fluctuations. Aussi a-t-elle examiné les fluctuations des heures travaillées par l'assurée sur les douze derniers mois, soit de mars 2015 à février 2016. Elle a ainsi constaté que l'activité de l'assurée comportait des fluctuations dépassant largement le seuil maximal de plus ou moins 20%. Les taux de fluctuations relevés l'ont conduite à conclure à l'absence d'une perte de travail pouvant être prise en considération. S'agissant des conditions relatives à la période de cotisations, la caisse a relevé que durant son délai-cadre de cotisations, soit du 1^{er} mars 2014 au 29 février 2016, l'assurée s'était consacrée à son travail de mémoire environ 4.5 heures par jour, ce qui représente les 56,25% d'une activité à plein temps. Elle est ainsi arrivée à la conclusion que les deux activités ne totalisaient que 67,25% (56,25% pour les études et 11% pour le travail à l'appel), de sorte qu'aucun motif de libération ne pouvait être reconnu, le taux d'occupation et le taux d'empêchement ne correspondant pas ensemble à une activité à plein temps. En outre, aucune période d'incapacité de travail ne peut être retenue, le médecin traitant ayant confirmé qu'il n'avait jamais prescrit d'arrêt de travail.

8. L'assurée a interjeté recours le 12 septembre 2016 contre ladite décision. Si elle admet n'avoir pas été mise au bénéfice d'arrêts de travail, elle souligne qu'elle a obtenu deux prolongations d'études pour des raisons médicales. Elle souligne le fait que de travailler sur appel pendant ses études n'était pas un choix de vie et relève que ce travail a certainement contribué à ce qu'elle obtienne un stage à plein temps auprès du foyer l'Escale du 15 août 2016 au 30 juin 2017. Elle précise enfin que dans le cadre de la préparation de son mémoire, aucun horaire ne lui était imposé, de sorte que le chiffre de 4.5 heures par jour est tout à fait théorique. Elle acceptait les mandats de l'État de Genève en fonction de l'avancement de son travail universitaire. Elle conclut à l'octroi d'indemnités de chômage dès le 1^{er} mars 2016, rappelant que « malgré mon état, j'ai poursuivi mes efforts en vue d'obtenir un diplôme tout en m'immergeant, irrégulièrement, en fonction des disponibilités que m'autorisait ma santé fragile et l'avancement de mon travail de diplôme, dans le domaine professionnel ».

9. Dans sa réponse du 27 septembre 2016, la caisse a conclu au rejet du

recours. 10. Sur ce, la cause a été gardée à juger. 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) en vigueur dès le 1^{er} 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.

2. Interjeté dans les forme et délai prévu par la loi, le présent recours est recevable (art. 56ss LPGA). Le recours a été interjeté en temps utile.

3. Le litige porte sur le droit de l'assurée à des indemnités de l'assurance-chômage à compter du 1^{er} mars 2016. Il s'agit plus particulièrement de déterminer si l'assurée a subi une perte de travail à prendre en considération.

4. 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. 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 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 304/05 du 20 janvier 2006 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 1^{er} 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 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. 5.

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 originairement 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).

6. 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).

7. En l'espèce, la caisse a nié le droit de l'assurée à l'indemnité de chômage, au motif qu'elle ne subissait aucune perte de travail à prendre en considération.

Lorsque l'assurée a déposé sa demande de prestations de chômage le 25 février 2016, elle travaillait sur appel depuis janvier 2014. Elle n'a résilié son contrat que le 25 avril 2016. C'est dès lors à juste titre, au vu de ce qui précède, que la caisse a examiné les fluctuations de l'activité exercée par l'assurée auprès du DIP sur la base des douze derniers mois, soit de mars 2015 à février 2016. Elle a ainsi relevé que le nombre d'heures mensuelles moyen était de 6.5 heures et que les fluctuations dépassaient le seuil maximum de plus ou moins 20% sur plusieurs mois de la période déterminante. Force est d'en conclure que l'assurée n'a pas subi une perte de travail pouvant être prise en considération au sens de l'art. 8 al. 1 let. b LACI. Faute de perte de travail, elle n'a pas droit à l'indemnité de chômage. 8.

Aux termes de l'art. 13 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. 9. Par activité soumise à cotisation, il faut entendre toute activité de l'assuré, destinée à l'obtention d'un revenu soumis à cotisations pendant la durée d'un rapport de travail (arrêt du Tribunal fédéral C 261/05 du 23 janvier 2007 consid. 3.1 et la référence). La condition de 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. 1 er de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité [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). Sont alors déterminantes les périodes pendant lesquelles l'assuré s'est trouvé pendant le délai de deux ans dans un ou plusieurs rapports de travail. Dans le cadre temporel de ces rapports juridiques, il y a lieu de retenir les jours ouvrables de la période concernée, indépendamment de l'exercice effectif d'une activité lucrative ces jours-là ; multipliés par le facteur 1.4, les jours ouvrables sont alors convertis en jours civils et réputés former un mois de cotisation lorsqu'ils atteignent le nombre de trente (ATF 122 V 249 consid. 2c et 5a ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 267/02 19 mai 2003, consid. 3.2). 9.

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). 10.

En l'espèce, le délai-cadre applicable à la période de cotisations court du 1 er mars 2014 au 29 février 2016. Durant cette période, l'assurée a préparé son travail de diplôme à raison de 56,25 % d'une activité à plein temps. Ayant exercé son activité lucrative sur appel à hauteur de 11%, elle n'a atteint que 67,25% au total. Elle n'a ainsi pas travaillé à hauteur de sa capacité de travail restante. 11.

L'art. 14 al. 1 er 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 LPGGA), accident (art. 4 LPGGA) ou maternité (art. 5 LPGGA), 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). Le motif empêchant l'assuré de remplir les conditions relatives à la période de cotisation au sens de l'art. 14 al. 1 LACI doit avoir duré pendant plus que 12 mois («12 mois au total»); à défaut, si la durée de l'empêchement est inférieure à 12 mois, l'assuré dispose d'assez de temps pendant le délai-cadre de cotisation pour exercer une activité suffisante soumise à cotisation (ATF 121 V 342 consid. 5b ; arrêts du Tribunal fédéral C 45/06 du 22 janvier 2007 consid. 3.2 ; C 25/07 du 22 novembre 2007 consid. 4.2). Il en découle que la libération des conditions relatives à la période de cotisation de l'art. 14 LACI est subsidiaire à la période de cotisation de l'art. 13 LACI (voir aussi SVR 1999 ALV n° 7 p. 19), la première de ces dispositions ne s'appliquant que lorsque les conditions de la seconde ne sont pas réunies (DTA 1995 p. 167 consid. 3b/aa et 170 consid. 4c). Il en ressort également qu'il n'y a pas de cumul possible entre les périodes de cotisation (et celles qui leur sont assimilées) et les périodes de libération (DTA 2004 n° 26 p. 269). Il n'est ainsi pas admissible de combler des périodes de cotisation manquantes par des périodes de libération des conditions relatives à la période de cotisation ou le contraire (NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Ulrich Meyer [édit.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 2e éd., ch. 254). Comme l'a précisé le Tribunal fédéral des assurances, ce système a pour conséquence qu'un assuré qui, dans les limites du délai-cadre, a été malade pendant 12,1 mois et a travaillé durant 11,9 mois remplit les conditions du droit à l'indemnité, tandis qu'il ne les remplit pas s'il a travaillé 11,9 mois et a été malade moins de douze mois (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 106/03 du 13 avril 2004 consid. 3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral C 25/07 du 22 novembre 2007 consid. 4.2 et les références). 12. Certes l'assurée a-t-elle connu des problèmes de santé qui ont justifié deux prolongations d'études accordées par le doyen de la faculté des sciences de l'éducation, elle n'a toutefois pas été en incapacité de travail (art. 3 LPGa). Aucun motif de libération ne peut dès lors être retenu. 13. Aussi le recours ne peut-il être que rejeté. 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.