

## **GE\_GERICHTE A/962/2011 vom 14. Juni 2011**

GE Cour de justice, 2011-06-14, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_962\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_962_2011)

FR: GE\_GERICHTE A/962/2011 du 14 juin 2011

IT: GE\_GERICHTE A/962/2011 del 14 giugno 2011

### **Erwägungen**

#### **E. 6**

ème Chambre En la cause Madame H\_\_\_\_\_, domiciliée à Onex recourante contre UNIA CAISSE DE CHOMAGE, Weltpoststrasse 20, case postale 272, 3000 Bern 15 intimée EN FAIT Mme H\_\_\_\_\_ (ci-après : l'assurée), née en 1977, a requis le 16 février 2009 des indemnités de l'assurance-chômage auprès de la CAISSE DE CHÔMAGE UNIA (ci-après : la caisse) à la suite de la fin d'une mission temporaire pour le 13 février 2009 auprès de X\_\_\_\_\_ SA en qualité d'ouvrière. Un délai cadre a été ouvert en sa faveur du 16 février 2009 au 15 février 2011 et l'indemnité de chômage versée depuis le 16 février 2009. Le 30 juin 2010, l'assurée a rempli le formulaire "indication de la personne assurée pour le mois de juin 2010" en mentionnant un emploi du 11 au 30 juin 2010 auprès de Y\_\_\_\_\_ SA. Dans le formulaire du 23 juillet 2010, elle a indiqué que cet emploi avait duré du 1 er juillet au 9 juillet 2010 et dans le formulaire du 27 août 2010 qu'il avait duré du 9 au 31 août 2010 et qu'elle avait pris des vacances du 12 juillet au 6 août 2010. Le 2 "juin" 2010 (sic), Y\_\_\_\_\_ SA a rempli une attestation de gain intermédiaire mentionnant un salaire de 2'345 fr. 70 en juin 2010 et indiquant que l'activité se poursuivra probablement jusqu'au 31 décembre 2010. Le 7 juillet 2010, l'entreprise a mentionné un salaire de 1'200 fr. 15 pour juillet 2010 et indiqué que le contrat se poursuivra probablement jusqu'au 31 décembre 2010. Le 30 août 2010, elle a indiqué un salaire de 2'769 fr. 60 pour août 2010. Le décompte de salaire de juillet 2010 mentionne un salaire de base de 3'415 fr. 85 et une prime de vacances de 184 fr. 65. Le 19 août 2010, l'assurée a requis de la caisse le versement de l'indemnité de chômage pour juillet 2010. Le 23 août 2010, l'assurée a signé un contrat de travail comme employée d'atelier avec Y\_\_\_\_\_ SA du 14 juin au 31 décembre 2010. le 1 er septembre 2010, le dossier de l'assurée a été annulé par l'Office cantonal de l'emploi (OCE), en raison de l'emploi trouvé par l'assurée par ses propres moyens. Le 15 septembre 2010, l'assurée a écrit à la caisse qu'elle avait travaillé sur appel depuis le 11 juin 2010 auprès de Y\_\_\_\_\_ SA et qu'elle avait pris quatre semaines de vacances du 12 juillet au 9 août 2010 avec l'accord de sa conseillère. Elle requérait des indemnités jusqu'au 9 août 2010 et demandait un rendez-vous avec un employé de la caisse et le motif du refus d'indemnisation. Le 21 septembre 2010, l'assurée s'est opposée au décompte d'août 2010 en relevant qu'il faisait état d'un gain intermédiaire de 4'333 fr. alors qu'en réalité il était de 2'769 fr. 60. Le décompte de la caisse d'août 2010 mentionne un gain intermédiaire de 4'331 fr. et aucun droit à l'indemnité journalière. Le 29 octobre 2010, la caisse a écrit à l'assurée que depuis le 14 juin 2010 il était tenu compte d'un salaire mensuel selon son contrat avec Y\_\_\_\_\_ SA de 4'000 fr. Il lui incombait de requérir de son employeur le paiement des vacances du 12 juillet au 9 août 2010. Par décision du 14 janvier 2011, la caisse a requis de l'assurée le remboursement de 2'073 fr. 95 (indemnités versées à tort en juin [117 fr. 80] et en juillet [1'956 fr. 15]) au motif que son droit à l'indemnité de chômage devait être nié depuis le 14 juin 2010, date de son engagement chez Y\_\_\_\_\_

SA. Le 21 janvier 2011, Y\_\_\_\_\_ SA a attesté que l'assurée avait commencé à travailler le 14 juin 2010 en temps d'essai rétribué au 9 juillet 2010, qu'elle avait été engagée en contrat CDD après les vacances soit au 9 août 2010 selon un contrat du 23 août 2010 et que c'était par simplification administrative que son engagement avait été daté au 14 juin 2010, celui-ci étant effectif au 9 août 2010. Le 14 février 2011, l'assurée s'est opposée à la décision précitée en relevant qu'elle avait travaillé à l'essai du 14 juin au 9 juillet 2010, que son engagement n'était effectif qu'au 9 août 2010 et que son salaire pour juin et juillet était inférieur à 4'333 fr. 33. Par décision du 1<sup>er</sup> mars 2011, la caisse a rejeté l'opposition de l'assurée en relevant que Y\_\_\_\_\_ SA avait indiqué dans les attestations de gain intermédiaire que l'activité se poursuivrait probablement jusqu'au 31 décembre 2010, que la convention collective de travail des industries horlogères et microtechniques suisses (CCT) prévoyait que les contrats à durée déterminée devaient correspondre à des besoins de l'entreprise clairement et d'emblée définis dans le temps, que les vacances de l'entreprise ne correspondaient pas à un tel besoin, qu'enfin l'assurée était sans contrat de travail à 100 % dès le 14 juin 2010 et que l'interruption du rapport de travail pour les vacances de l'entreprise était abusive. Le 4 avril 2011, l'assurée a recouru auprès de la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice à l'encontre de la décision précitée en concluant à son annulation. Elle avait reçu des indemnités de chômage en juin et juillet 2010 à la suite de son emploi en temps d'essai chez Y\_\_\_\_\_ SA et, d'entente avec sa conseillère de chômage, avait pris quatre semaines de vacances du 12 juillet au 9 août 2010. Satisfaite de son stage d'essai, l'entreprise l'avait engagé dès le 9 août 2010. Elle n'avait pas travaillé à 100 % en juin et juillet 2010 mais reçut un salaire brut de 2'215 fr. 70 en juin et 1'200 fr. 15 en juillet 2010. Elle avait donc droit à des indemnités compensatoires. Le 3 mai 2011, la caisse a conclu au rejet du recours en relevant que même si une information erronée avait été donnée à l'assurée, celle-ci aurait de toute façon dû accepter cet emploi convenable chez Y\_\_\_\_\_ SA de sorte qu'elle n'aurait pas pu agir différemment. Le 9 mai 2011, la Cour de céans a entendu les parties en audience de comparution personnelle. La recourante a déclaré : "Je suis actuellement toujours employée chez Y\_\_\_\_\_ SA. Je devais normalement être engagée par un contrat de durée indéterminée dès le 1<sup>er</sup> janvier 2011 mais cela ne s'est pas fait et l'entreprise m'a refait un contrat de durée déterminée jusqu'au 31 décembre 2011. En 2010 une ancienne collègue de Z\_\_\_\_\_ qui travaille elle-même chez Y\_\_\_\_\_ m'a parlé d'un poste et c'est comme ça que j'ai été engagée. J'ai eu un entretien le 10 juin 2010 chez Y\_\_\_\_\_ et j'ai effectué un jour d'essai le 11 juin et j'ai été engagée jusqu'au 7 juillet soit avant les vacances. Le responsable m'a expliqué que mon contrat pouvait être reconduit après les vacances en fonction du volume des commandes et que cette information me serait donnée début juillet 2010 ce qui a été fait. Il m'a aussi confirmé que je pourrais être engagée par un contrat de durée déterminée dès le 9 août jusqu'au 31 décembre 2010. Ils avaient en effet besoin d'une personne travaillant sur appel pour la période juin-juillet. En juin et juillet il me disait à la fin de la semaine si je pouvais revenir travailler la semaine suivante. Cependant il m'avait informé que vu le retard accumulé je travaillerais vraisemblablement jusqu'au 7 juillet, ce qui a été le cas. J'étais rémunérée à un tarif horaire de 23 fr. 08, sur une base d'un salaire brut de 4'000 fr. et j'étais payée selon les heures effectuées. Le salaire a été augmenté à 4'300 fr. brut dès le 1<sup>er</sup> septembre 2010. L'entreprise m'a informé que je n'étais plus sous contrat durant la période de juillet - début août et que je ne recevrais aucune indemnité de ce fait. Le 16 juin 2010 j'ai eu un entretien avec ma conseillère Mme J\_\_\_\_\_, laquelle m'a informé que j'avais droit à un gain intermédiaire depuis le début de mon contrat chez Y\_\_\_\_\_ y compris

pendant la période de vacances et que je pouvais prendre mes 25 jours de vacances qui me restaient pendant la période de vacances de l'entreprise. Je suis restée en Suisse sans travailler pendant la période de vacances de l'entreprise. Pour moi j'avais convenu avec ma conseillère que je maintenais mes vacances pendant les vacances de l'entreprise. J'avais antérieurement déjà fixé 20 jours de vacances en juillet et août 2010. J'ai voulu ensuite les annuler vu le contrat avec l'entreprise Y\_\_\_\_\_ débutant en juin mais j'ai finalement décidé de les maintenir étant donné que je ne savais pas si j'allais être réengagée par l'entreprise en août. Je souligne que j'ai tenté en vain malgré de multiples courriers et téléphones de joindre M. I\_\_\_\_\_ de la caisse. Ce silence m'a beaucoup perturbé et j'en subi encore les conséquences des décisions de la caisse de ne pas m'indemniser en juillet et la première semaine d'août alors que ma conseillère de l'OCE m'avait assuré du contraire. C'est seulement à la suite d'un contact téléphonique de mon employeur que M. I\_\_\_\_\_ a daigné répondre à mes demandes. J'ai encore essayé de le joindre en janvier - février 2011 mais en vain. Je m'attendais à ce que la caisse me soutienne dans mes démarches jusqu'à ce que je trouve un emploi à 100 % ce qui n'a pas du tout été le cas. Je remarque que si j'avais su que la caisse n'allait pas m'indemniser la première semaine d'août je n'aurais pas accepté le travail que l'on m'a proposé en juin 2010". Le représentant de la caisse a déclaré : "Le 23 août 2010 un contrat de travail a été signé débutant le 14 juin 2010. Pour nous Mme H\_\_\_\_\_ est sortie du chômage dès le premier jour sous contrat de travail de sorte que les vacances qui étaient dues par le chômage ne peuvent pas lui être payées tant qu'elle est sous contrat de travail. Pour nous il ne s'agit pas de gain intermédiaire mais bien un cas où l'assurée est sortie du chômage. Il n'y a en particulier pas eu de rupture de contrat ou résiliation depuis le 14 juin 2010. le complément d'information donné par l'employeur par la suite selon lequel le contrat aurait en fait débuté le 9 août n'est pas pertinent et ne permet pas de remettre en doute le début du contrat. S'agissant des informations données par Mme J\_\_\_\_\_ elles proviennent de l'OCE et non pas de la caisse, celle-ci étant seule compétente pour déterminer si le gain intermédiaire est convenable ou pas. A mon sens Mme H\_\_\_\_\_ pourrait faire une demande à son employeur pour le paiement des vacances. Je maintiens la décision de la caisse. La caisse a cessé son indemnisation dès le 14 juin 2010 considérant qu'un contrat de travail avait été signé dès cette date avec un salaire convenable". Sur quoi, la cause a été gardée à juger. EN DROIT Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ; RS 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 (LACI; RS 837.0). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie. Interjeté dans les forme et délai prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56ss LPGA). Le litige porte sur le droit de la recourante à l'indemnité de chômage du 14 juin au 8 août 2010 ainsi que sur le bien-fondé de la demande de restitution de la somme de 2'073 fr. 95 correspondant à l'indemnité journalière versée à l'assurée depuis le 14 juin 2010. a) Pour avoir droit à l'indemnité de chômage, l'assuré doit notamment être sans emploi ou partiellement sans emploi, et être apte au placement (art. 8 al. 1 let. a et f. LACI). Est réputé apte à être placé le chômeur qui est disposé à accepter un travail convenable et à participer à des mesures d'intégration et qui est en mesure et en droit de le faire (art. 15 al. 1 LACI). L'aptitude au placement comprend ainsi deux éléments : la capacité de travail, d'une part, c'est-à-dire la faculté de fournir un travail - plus précisément

d'exercer une activité lucrative salariée - sans que l'assuré en soit empêché pour des causes inhérentes à sa personne, et d'autre part la disposition à accepter un travail convenable, ce qui implique non seulement la volonté de prendre un tel travail s'il se présente, mais aussi la disponibilité suffisante quant au temps que l'assuré peut consacrer à un emploi et quant au nombre des employeurs potentiels (ATF 125 V 58 consid. 6a, 123 V 216 consid. 3 et la référence). Selon l'art. 24 al. 1 et 3 LACI, est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle. L'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain. Le taux d'indemnisation est déterminé selon l'art. 22. Le Conseil fédéral fixe le mode de calcul du gain retiré d'une activité indépendante (al. 1). Est réputée perte de gain la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux. Les gains accessoires ne sont pas pris en considération (art. 23, al. 3) (al. 3). Pour pouvoir bénéficier d'une compensation de sa perte de salaire en application de l'art. 24 LACI, l'assuré doit, cependant, être disposé à abandonner aussi rapidement que possible son activité actuelle au profit d'un emploi réputé convenable qui s'offrirait à lui ou qui lui serait assigné par l'administration; on tiendra toutefois compte du délai de résiliation des rapports de travail en cours ou, dans le cas d'un indépendant, d'une période de réaction ou de transition appropriée. En revanche, l'assuré qui entend, quelles que soient les circonstances, poursuivre une activité qu'il a prise durant une période de contrôle ne saurait être indemnisé par le biais des dispositions sur le gain intermédiaire, faute d'aptitude au placement (ATF du 17 janvier 2002 C 79/2002). La notion de travail convenable (art. 16 LACI) sert de critère de distinction entre une activité qui donne lieu à la prise en considération d'un gain intermédiaire (art. 24 LACI) et celle qui met purement et simplement fin au chômage (art. 10 LACI). b) En vertu de l'art. 95 al. 1er LACI, en relation avec l'art. 25 LPG, la caisse doit exiger la restitution de prestations indûment versées. La jurisprudence rappelle que cette demande de restitution ne peut se faire que pour autant que les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale soient réalisées (ATF 129 V 110 consid. 1.1). L'administration peut reconsidérer une décision formellement passée en force de chose jugée et sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée au fond, à condition qu'elle soit sans nul doute erronée et que sa rectification revête une importance notable (ATF du 12 mars 2001, C 402/00, consid. 1a; ATF 126 V 42, consid. 2b). Le non-respect d'une norme dans une situation de fait qui en commande clairement l'application relève bien d'une décision sans nul doute erronée (ATF du 7 décembre 2007, C 32/07, consid. 3.2). Quant à l'importance notable de la rectification, ce critère est réalisé dès que la rectification porte sur un montant qui dépasse plusieurs centaines de francs (Boris Rubin, Assurance-chômage, Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, Procédure, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich, Bâle, Genève 2006, p. 827). c) 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. 5b, 125 V 195 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 322 consid. 5a). a) Dans le cas présent, il convient de déterminer si le versement des prestations depuis le 14 juin 2010 était manifestement erroné, singulièrement si la recourante était au bénéfice d'un

contrat de travail et en conséquence inapte au placement dès cette date et, dans le cas contraire, d'établir son droit à l'indemnité de chômage du 14 juin au 8 août 2010. b) Il apparaît au vu des pièces du dossier et de l'instruction menée par la Cour de céans que l'assurée a été engagée par Y \_\_\_\_\_ SA dès le 14 juin 2010 en raison d'une surcharge de travail dans l'entreprise, que son engagement était dans les faits "sur appel" en ce sens que chaque fin de semaine il lui était confirmé si elle allait pouvoir travailler la semaine suivante même si elle avait été avertie qu'au vu du volume de travail tel serait vraisemblablement le cas jusqu'au 7 juillet 2010, qu'il lui avait été annoncé qu'un éventuel engagement sous forme d'un contrat à durée déterminée était possible en fonction du volume des commandes, après les vacances de l'entreprise, soit dès le 9 août 2010 jusqu'au 31 décembre 2010, que cette information lui serait donnée au début du mois de juillet 2010, que tel a été le cas dès lors que l'assurée a été informée début juillet 2010 du fait qu'un contrat à durée déterminée lui serait proposé du 9 août au 31 décembre 2010, que le contrat de travail a été signé le 23 août 2010, qu'il indique un engagement le 14 juin 2010 mais que Y \_\_\_\_\_ SA a précisé le 21 janvier 2011 que le contrat à durée déterminée avait débuté le 9 août 2010, une activité à l'essai ayant eu lieu du 14 juin au 9 juillet 2010. Au vu de ces faits, il convient de considérer, au degré de la vraisemblance prépondérante, que la recourante a été engagée sous contrat de durée déterminée le 9 août 2010 seulement, l'activité déployée depuis le 14 juin 2010 étant prévue au plus tard jusqu'au 9 juillet 2010; aucun contrat n'a d'ailleurs été signé par les parties avant le mois d'août 2010; par ailleurs, la mention sur les fiches d'attestation de gain intermédiaire des mois de juin et juillet 2010 selon laquelle l'activité se poursuivra probablement jusqu'au 31 décembre 2010 n'implique pas un engagement de l'assurée par l'employeur depuis le 14 juin 2010 puisqu'une telle possibilité est uniquement évoquée; en outre la signature de contrats à durée déterminée sont possibles à certaines conditions en application de la CCT (art. 7.4 CCT) et d'ailleurs renouvelables dans un cadre de douze mois (art. 7.4 al. 2 CCT); or, il n'est pas allégué en l'espèce que Y \_\_\_\_\_ SA ne remplissait pas les conditions pour établir de tels contrats à durée déterminée. Il convient ainsi d'admettre que la recourante a été engagée par Y \_\_\_\_\_ SA à 100 % par un contrat de durée déterminée depuis le 9 août 2010 seulement et que c'est dès cette date qu'elle peut être considérée comme étant sortie du chômage en ayant accepté un emploi convenable avec comme conséquence qu'elle n'était plus apte au placement, que l'activité déployée antérieurement, soit pendant la période du 14 juin au 9 juillet 2010 ne peut être qualifiée de travail convenable, que la recourante a d'ailleurs précisé lors de son audition qu'elle n'aurait pas accepté cette activité depuis le 14 juin 2010 si elle avait su que l'intimée ne l'indemniserait pas jusqu'en août 2010 et que, partant, le revenu en découlant, doit être traité comme gain intermédiaire réalisé par l'assurée. En particulier, le cas d'espèce diffère de celui jugé par le Tribunal fédéral (C 247/2002) dans lequel l'assuré avait été engagé à 100 % le 19 juin 2000 par un employeur et avait pris des vacances qu'il avait lui-même planifiées du 12 juillet au 4 août 2000, non rémunérées par l'employeur. L'activité convenue depuis le 19 juin 2000 avait ainsi été considérée comme étant de durée indéterminée et répondant aux critères d'un travail convenable, ce qui mettait fin au chômage de l'assuré. En effet, l'engagement par un contrat de durée déterminée a été proposé à l'assurée seulement à la fin de son "stage d'essai" début juillet 2010 et le contrat signé le 23 août 2010, attestant d'un engagement dès le 9 août 2010. Enfin, l'assurée doit pouvoir faire valoir son droit aux vacances et être indemnisée à ce titre, de sorte que la décision litigieuse sera annulée et la cause renvoyée à l'intimé afin qu'elle statue sur le droit à l'indemnité journalière de la recourante entre le 14

juin et le 9 août 2010, compte tenu, en particulier, du droit aux vacances de celle-ci. En conséquence, le recours sera partiellement admis, la décision litigieuse annulée et la cause renvoyée à l'intimée pour nouvelle décision au sens des considérants. **PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES** : Statuant A la forme : Déclare le recours recevable. Au fond : L'admet partiellement. Annule la décision litigieuse. Renvoie la cause à l'intimée pour nouvelle décision au sens des considérants. Dit que la procédure est gratuite. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi. La greffière Nancy BISIN La présidente Valérie MONTANI Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'au Secrétariat d'Etat à l'économie par le greffe le

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