RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1227/2019 **ATAS/33/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 21 janvier 2020

3ème Chambre

En la cause

Madame A_____, domiciliée _____, à COINTRIN, comparant avec élection de domicile en l'Étude de Maître B_____ recourante

contre

UNIA, CAISSE DE CHOMAGE, CDC-Centre de compétences romand, case postale 1496, 1001 LAUSANNE intimée

Siégeant : Karine STECK, Présidente; Claudiane CORTHAY et Michael BIOT, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Madame A_____ (ci-après : l'assurée), née en 1989, titulaire d'un baccalauréat en sciences, technique et gestion et d'un BTS en management des unités commerciales, obtenu en 2009, a d'abord exercé diverses activités dans son pays d'origine, la France (agente de location en 2009-2010, responsable adjointe d'une entreprise active dans le commerce de détail en 2010-2012, directrice de boutique en 2012-2015).

   Titulaire d'une autorisation de séjour (avec activité lucrative) de type B, elle a ensuite été engagée le 26 septembre 2015, en qualité de vendeuse à plein temps au sein d'une boutique de l'entreprise C_____ Suisse Sàrl, située à Chavannes-de-Bogis. Son revenu à plein temps s'est élevé à CHF 46'800.- en 2015, puis à CHF 47'760.- (3'980.- CHF/mois) en 2017 et 2018.

2. Le 15 juin 2018, C_____ Suisse Sàrl a adressé à l'assurée une lettre de congé-modification de son contrat de travail, précisant que si elle n'acceptait pas le nouveau contrat – prévoyant un taux de travail partiel et un revenu annuel de CHF 29'522.- brut et appelé à déployer ses effets le 1er septembre 2018 –, son contrat prendrait fin au terme du délai de congé, soit le 31 août 2018.

3. Le 15 août 2018, l'assurée s'est annoncée à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE) et un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur du 3 septembre 2018 au 2 septembre 2020, pour une activité à plein temps.

4. Interrogée par la caisse, l'assurée a expliqué qu'il ne lui avait pas été possible, pour des raisons financières, d'accepter de travailler seulement 26 h./sem.

5. Le 3 octobre 2018, la caisse lui a fait savoir qu'elle fixait son gain assuré à CHF 3'980.-, l'indemnité journalière à CHF 140.- bruts et l'indemnité mensuelle moyenne à CHF 3'038.- bruts.

6. Le 30 novembre 2018, l'assurée a informé la caisse qu'elle travaillait, depuis le début du mois, en tant qu'assistante administrative pour Maître B_____, avocat.

   Selon le contrat de travail de durée indéterminée annexé, signé le 1er novembre 2018, son taux d'activité était de 40% et correspondait à deux jours de travail par semaine (lundi et jeudi), à raison de 8h par jour.

   Le revenu convenu, de CHF 700.-, était versé douze fois l'an.

   Une attestation de gain intermédiaire complétée par Me B_____ mentionnait une durée hebdomadaire de travail de 16 h./sem. et précisait que l'assurée avait travaillé 8 h./jour les 1er, 5, 8, 12, 15, 19, 22, 26 et 29 novembre 2018, soit 72 h. en tout.

7. Par courriel du 3 décembre 2018 adressé à l'OCE, avec copie à la caisse, Me B_____ a indiqué que son souhait d'engager en qualité d'assistante

administrative l'assurée, sans expérience, ni formation, s'expliquait par le fait que cette dernière avait démontré des facultés d'adaptation, une volonté d'apprendre et de se former, ainsi qu'une abnégation qui l'avaient impressionné.

« Afin de ne pas commettre d'imprudence ou d'erreur », Me B_____ demandait au destinataire de son courriel de bien vouloir confirmer que l'engagement pouvait être conclu aux conditions prévues dans le contrat du 1er novembre 2018, précisant que les heures de travail étaient indicatives et devaient être comprises comme « pouvant aller jusqu'à 8 h. par jour au maximum », dans la mesure où les horaires étaient à convenir avec l'assurée. Son cabinet mettait volontiers à disposition de l'intéressée le matériel nécessaire à ses recherches d'emploi et lui réservait des plages horaires spécifiques à cette fin durant ses jours de présence au sein de l'Étude, voire au-delà, en fonction de ses besoins.

Enfin, Me B_____ demandait s'il y avait d'autres démarches à accomplir « auprès de vos administrations, ou auprès de tiers », notamment en vue de favoriser la reconversion de l'assurée et, cas échéant, une « future valorisation de ses acquis ».

8. Par décision du 4 décembre 2018, la caisse a informé l'assurée que, dans la mesure où le revenu réalisé auprès de Me B_____ était inférieur aux usages professionnels et locaux pour ce type d'activité, le gain intermédiaire devait être fixé à CHF 1'610.- (au lieu de CHF 700.-) pour le mois écoulé, au cours duquel elle avait travaillé à 40%. Une fois cette correction apportée, l'indemnité compensatoire due pour novembre 2018 se montait à CHF 1'848.- bruts.

9. Selon le décompte établi par la caisse au 5 décembre 2018, le mois de novembre comptait 22 jours contrôlés à 140.- CHF/jour. Cependant, en tenant compte d'un gain intermédiaire brut de CHF 1'610.-, il restait à indemniser 13.2 jours à CHF 140.-, de sorte que l'assurée avait droit à 13.2 indemnités journalières de CHF 140.- chacune, soit un total de CHF 1'848.- bruts.

10. Le 6 décembre 2018, l'assurée et Me B_____ ont conclu un nouveau contrat de travail censé annuler et remplacer celui du 1er novembre 2018, avec effet rétroactif à cette date.

    Sur le plan des prestations, les parties avaient prévu de maintenir le revenu mensuel à CHF 700.- brut, tout en réduisant le taux d'activité à 17.5%, soit deux jours par semaine (lundi et jeudi), à raison de 3.5 h./jour. Il était convenu que les heures supplémentaires effectuées durant le mois de novembre 2018 seraient compensées par des congés.

11. Par courriel du 10 décembre 2018, Madame D_____, collaboratrice de la caisse, a indiqué à Me B_____ qu'à la lecture du contrat du 6 décembre 2018, un salaire de CHF 700.- brut pour un taux de travail 17.5% était « convenable ». Elle a toutefois précisé qu'un avenant à un contrat de travail ne pouvait pas être rétroactif, de sorte qu'il convenait de le modifier en le faisant débuter le 1er décembre 2018.

12. Par courrier et courriel du 20 décembre 2018, l'assurée a demandé à la caisse de reconsidérer sa décision du 4 décembre 2018. Elle a également fait part de son désaccord avec le décompte du 5 décembre 2018 dans la mesure où ce dernier tenait compte d'un gain intermédiaire de CHF 1'610.-.

    Elle a allégué qu'à plusieurs reprises, son employeur avait interpellé la caisse par téléphone et courriel au sujet de l'attestation de gain de novembre 2018. Selon elle, celle-ci comportait des « erreurs involontaires » s'agissant des heures effectivement travaillées, dans la mesure où « la moitié du temps n'était pas consacrée à [son] employeur mais à [ses] recherches et autres démarches sur internet ».

13. Par courriel du 20 décembre 2018, la caisse a répondu à l'assurée qu'elle ne pouvait pas reconsidérer son dossier. Il lui incombait de former opposition à la décision du 4 décembre 2018.

14. Le 21 décembre 2018, Me B_____ a complété l'attestation de gain intermédiaire du mois de décembre courant en indiquant que l'assurée avait travaillé les 3, 6, 10, 13 et 17 décembre 2018, à raison de 3,5 h./jour les 3, 10 et 17 décembre et de 2 h./jour les 5 et 13 décembre, ce qui représentait un total de 14.5 h. sur l'ensemble du mois. Les dates des 20, 24, 27 et 31 décembre de l'attestation étaient annotées au moyen de la lettre « C », signifiant : « autres absences payées ».

15. Par courrier du même jour, Me B_____ a confirmé à la caisse avoir conclu, le 6 décembre 2018, un nouveau contrat de travail avec l'assurée, annulant et remplaçant le précédent avec effet rétroactif au 1er novembre 2018.

    Alléguant ne pas bien connaître les démarches à accomplir, il souhaitait apporter un rectificatif à l'attestation de gain intermédiaire de novembre 2018 car la quotité des heures travaillées était erronée, dans la mesure où elle ne tenait pas compte du fait que l'employeur avait mis à la disposition de l'assurée son infrastructure pour effectuer ses recherches d'emploi en fonction de ses besoins et disponibilités. Ces heures, qui représentaient en moyenne 8 h./semaine, avaient été comptabilisées par inadvertance dans l'attestation de gain intermédiaire précitée, alors même qu'elles auraient dû en être exclues. En conséquence, Me B_____ demandait à la caisse de bien vouloir lui indiquer s'il devait établir une attestation de gain corrective pour novembre 2018 ou si cette correction pouvait être apportée par la caisse sur la base des explications données.

16. Le 31 décembre 2018, la caisse a établi un décompte pour ce mois-là, qui comptait 21 jours contrôlés à 140.- CHF/jour. En tenant compte du gain intermédiaire brut de CHF 700.-, il restait à indemniser 17.2 jours à CHF 140.-. En conséquence, l'assurée avait droit à 17.2 indemnités journalières de CHF 140.- chacune, soit à la somme de CHF 2'408.- bruts.

17. Par courriel du 10 janvier 2019, la caisse a informé Me B_____ qu'elle ne pouvait pas modifier le paiement du mois de novembre 2018. En effet, le 1er novembre 2018, l'assurée et lui-même avaient convenus d'un salaire brut de CHF 700.- pour un taux d'activité de 40%, informations qui figuraient également dans l'attestation

de gain intermédiaire qu'il avait établie et signée le 30 novembre 2018. La caisse pratiquait le principe de survenance ; l'assurée avait un contrat au 1er novembre 2018, qu'elle avait honoré. D'un point de vue légal, ce contrat n'était pas convenable, le salaire étant beaucoup trop bas pour un taux d'activité de 40%, ce dont tenait compte la décision du 4 décembre 2018 contre laquelle il n'avait pas été formé opposition.

18. Le 21 janvier 2019, l'assurée a formé opposition à la décision du 4 décembre 2018 en contestant le non-respect du tarif usuel dans la profession et la localité.

    L'assurée soulignait que le contrat du 6 décembre 2018 avait annulé et remplacé celui du 1er novembre 2018.

    Selon elle, les 8 heures de travail prévues par ce dernier devaient être comprises en ce sens qu'il était possible d'aller jusqu'à 8 heures par jour selon accord des parties, à raison de deux jours par semaine, la moitié du temps étant mise à la disposition de l'assurée pour effectuer des recherches d'emploi en lui permettant de bénéficier de l'infrastructure des bureaux.

    En outre, s'agissant d'une personne sans aucune formation et sans la moindre connaissance « en la matière » (absence de certificat fédéral de capacité d'employée de commerce ou de diplôme d'assistante administrative), il était arbitraire de retenir un salaire usuel de 1'610.- CHF/mois, ce dernier correspondant à la rétribution due à une personne formée.

    L'assurée concluait à la prise en compte, en novembre 2018, d'un gain intermédiaire de CHF 700.-.

19. Par décision du 21 février 2019, la caisse a partiellement admis l'opposition du 21 janvier 2019.

    Les allégations de l'assurée quant au fait que le contrat signé le 6 décembre 2018 annulait avec effet rétroactif celui conclu le 1er novembre 2018 étant corroborées par son employeur (notamment pour ce qui avait trait au caractère excessif des heures mentionnées dans l'attestation de gain intermédiaire relative au mois de novembre 2018), la caisse ne pouvait mettre en doute le fait que le contrat de travail avait été initialement prévu pour un taux d'activité de 17.5%.

    Dans sa décision du 4 décembre 2018, la caisse avait retenu, pour novembre 2018, un salaire mensuel statistique de CHF 4'025.- (pour une activité à plein temps, exercée 40 h./sem.) sur la base du calculateur de salaire de l'Union syndicale suisse (USS), ce qui correspondait à CHF 1'610.- pour un taux d'occupation de 40%.

    Cependant, il ressortait de l'extrait du calculateur de salaire de l'USS que, s'agissant d'une personne au bénéfice d'un certificat de maturité, sans fonction de cadre, ni ancienneté, exerçant une activité de réception dans le canton de Genève, le seuil inférieur du salaire mensuel s'élevait à CHF 4'630.-. C'était ce montant qui devait être retenu à titre de salaire fictif pendant la durée du contrat de travail, soit CHF 810.25 en tenant compte d'un taux d'activité de 17.5% (4'630.- x 17.5 /100),

ce qui correspondait à un revenu journalier de CHF 37.33 (810.25 / 21.7). Puisque l'indemnité journalière s'élevait à CHF 140.- et qu'elle était donc supérieure au revenu journalier fictif réalisé en échange de l'activité exercée pour Me B_____, l'assurée pouvait faire valoir une perte de gain pour la période du 1er au 30 novembre 2018 et, par conséquent, prétendre des indemnités compensatoires nettes de CHF 2'009.05. L'opposition était admise en ce sens.

20. Le 28 février 2019, la caisse a établi pour novembre 2018 un nouveau décompte d'indemnités journalières remplaçant celui du 5 décembre 2018.

    Le mois comptait 22 jours contrôlés à CHF 140.-/jour. Cependant, en tenant compte d'un gain intermédiaire brut de CHF 810.25, il restait à indemniser 17.6 jours à CHF 140.-, de sorte que l'assurée avait droit à 17.6 indemnités journalières de CHF 140.- chacune, ce qui représentait un total de CHF 2'464.- bruts.

    Après déduction des charges sociales et de l'impôt fédéral à la source, l'indemnité compensatoire nette s'élevait à CHF 2'009.05. Compte tenu du paiement de CHF 1'488.- déjà effectué en exécution du décompte du 5 décembre 2018, l'assurée avait encore droit à CHF 521.10.

21. Par écriture du 25 mars 2019, l'assurée a interjeté recours contre la décision sur opposition du 21 février 2019, en concluant préalablement à sa comparution personnelle et à l'audition de témoins et, quant au fond, à ce qu'il soit dit qu'elle avait « droit à la totalité des indemnités de chômage depuis le 1er novembre 2018 ».

    La recourante conteste le « seuil inférieur » du salaire mensuel statistique de CHF 4'630.- retenu par la caisse. Elle répète qu'elle ne dispose d'aucune formation administrative, ni expérience en la matière, qu'elle n'a ni CFC d'employée de commerce, ni diplôme d'assistante administrative.

    Même si elle est titulaire d'un baccalauréat en sciences techniques et gestion et d'un BTS en management des unités commerciales, ses connaissances en informatique, qui remontent à 2008-2009, sont purement théoriques et dépourvues de toute mise à jour s'agissant des logiciels apparus depuis lors. Elle a travaillé uniquement dans le domaine de la vente et n'a jamais acquis les « éléments nécessaires » pour déployer une activité d'assistante administrative et/ou de secrétariat, de sorte que sa formation a débuté de zéro au sein de l'étude, car elle n'avait aucune expérience dans l'exécution des tâches requises (numérisation de documents, classement, réception téléphonique, accueil de clients, prise de notes, rédaction de lettres, de mémoires ou de bordereaux, tenue d'une comptabilité, facturation, etc.). Elle n'a par ailleurs aucune qualification dactylographique et est incapable de taper à l'aveugle.

    Quoi qu'il en soit, selon elle, aucun salaire minimal ne s'applique dans le secteur administratif.

22. Invitée à se déterminer, l'intimée, dans sa réponse du 12 avril 2019, a conclu au rejet du recours.

Elle relève que selon le curriculum vitae de l'assurée, celle-ci a dans le cadre de ses activités professionnelles antérieures, créé, élaboré et optimisé un échéancier, qu'elle s'est occupée de la gestion de la communication (création de flyers, suivi et pilotage d'annonces, gestion administrative, prospection et e-mailing), qu'elle a rendu des rapports mensuels, géré des stocks et des approvisionnements et, enfin, qu'elle a coordonné des visites et états des lieux de logements. Elle ne peut dès lors prétendre ne disposer d'aucune expérience dans le domaine du secrétariat.

La caisse ajoute que dans le calcul de salaire de l'USS, deux catégories sont mentionnées : employée de bureau et employée de réception. En se référant à la seconde, la caisse n'a pas pris en compte le fait que la recourante savait également tenir une comptabilité et s'occuper de la facturation, tâches qui correspondent davantage à celles d'une employée de bureau.

23. Par écriture du 13 mai 2019, la recourante a produit un nouveau contrat de travail daté du 1er mars 2019, prétendant modifier avec effet rétroactif au 1er novembre 2018 les contrats conclus précédemment.

24. Par écriture du 27 mai 2019, l'intimée a persisté dans ses conclusions en rejet du recours.

    Elle constate que ce troisième contrat de travail prévoit désormais un horaire de 4 h./sem. et prétend rétroagir au début des relations des parties et s'étonne de cette manière de faire, dont elle se demande si elle ne confine pas à l'abus de droit, dans la mesure où les modifications apportées les 6 décembre 2018 et 1er mars 2019 ont uniquement pour but de contourner la condition d'une rémunération conforme aux usages professionnels et locaux.

    L'intimée en tire la conclusion qu'en réalité, la recourante a été employée en novembre 2018 à un taux de 40% pour un salaire de CHF 700.- et conclut principalement à une reformatio in pejus de sa décision et à ce que l'indemnité soit ramenée à CHF 1'848.- pour novembre 2018, subsidiairement, au rejet du recours.

    L'intimée rappelle que la légalité des décisions attaquées s'apprécie d'après l'état de fait existant au moment où la décision litigieuse a été rendue. Appliqué au cas d'espèce, ce principe signifie qu'en tenant compte du contrat de travail du 6 décembre 2018, en vigueur au moment de la décision attaquée, la recourante était employée à un taux de 17.5% pour CHF 700.-.

25. Par écriture du 1er juillet 2019, la recourante a persisté dans ses conclusions en faisant valoir que si les termes de son engagement au sein de l'Étude ont été modifiés, ce n'est pas pour contourner la loi, mais pour se conformer aux exigences de l'intimée, raison pour laquelle les heures effectuées en trop ont été compensées par des congés. Elle maintient ses allégations quant à son absence de formation comme secrétaire ou assistante administrative.

Pour le surplus, la recourante conclut, sur mesures provisionnelles, à ce qu'il soit ordonné à la caisse de chômage de procéder avec effet immédiat au paiement total des indemnités dues depuis le 1er mars 2019, date de la dernière modification de son contrat de travail.

26. Par écriture du 12 juillet 2019, la caisse a rappelé que l'objet du litige se limite à la période de contrôle de novembre 2018.

    Pour le reste, elle précise avoir procédé au paiement complémentaire sur les périodes de contrôle de mars à juin 2019 conformément aux données figurant dans le contrat de travail du 1er mars 2019 et dans les formulaires « attestation de gain intermédiaire » y relatifs, en tenant compte d'un horaire de travail de 4h./sem.

27. Par arrêt incident du 31 juillet 2019 (ATAS/687/2019), la Cour de céans a déclaré irrecevable la demande de mesures provisionnelles du 1er juillet 2019, motif pris que la décision litigieuse avait pour seul objet le calcul de l'indemnité de chômage due pour novembre 2018 et que les mesures provisionnelles demandées excédaient l'objet du litige.

28. Par pli du 7 novembre 2019, Me B_____ a informé la Cour qu'il se constituait pour la défense des intérêts de la recourante.

29. Entendu le 7 novembre 2019, Me B_____ a allégué que si trois contrats de travail ont été établis successivement, c'est en raison des renseignements erronés donnés à sa mandante : il a fallu s'adapter aux reproches de dumping salarial qui n'avaient pas été formulés initialement.

    Le deuxième contrat a été établi sur la base des informations fournies par Mme D_____, le but étant « de ne surtout pas prétériter [la recourante] ».

    Cette dernière a effectivement travaillé à 40% le premier mois, mais par la suite, les heures surnuméraires ont été compensées par des congés pour correspondre au nombre d'heures prévues par les contrats suivants.

    Lors de son engagement, elle ne maitrisait ni la dactylo, ni Word, ni Excel. Cependant, par la suite, en septembre 2019, elle a pu être engagée dans une grande Étude en tant que réceptionniste à 60%, également chargée de quelques tâches administratives.

    L'intimée a pour sa part persisté dans ses conclusions en rappelant que la loi exige un gain intermédiaire conforme aux usages professionnels et locaux.

    À l'issue de l'audience, 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), 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. La LPGA, entrée en vigueur au 1er janvier 2003, s'applique au cas d'espèce, à moins d'une dérogation expresse (art. 1 al. 1 LACI).

3. Interjeté dans les formes et le délai prescrits, le recours est recevable (art. 56 à 61 et 38 al. 3 LPGA).

4. L'objet du litige se limite au montant de l'indemnité compensatoire (au sens de l'art. 24 al. 1 LACI) due à la recourante pour novembre 2018 dans le cadre de son activité de réceptionniste réalisée sous le régime du gain intermédiaire.

   L'aptitude au placement à 100% dès le 1er septembre 2018 n'est pas contestée, pas plus que le gain assuré (CHF 3'980.-), le gain journalier assuré (CHF 183.41 [3'980.- / 21.7]) ou encore l'indemnité journalière (CHF 140.-).

5. Aux termes de l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage 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), 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 (let. d), s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (let. e), s'il est apte au placement (let. f) et s'il satisfait aux exigences du contrôle (let. g). Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 2018 consid. 2).

   L'art. 11 LACI dispose qu'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).

6. 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. 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). L'art. 41a al. 1 de l'ordonnance sur l'assurance chômage du 31 août 1983 (OACI – RS 837.02) précise que lorsque l'assuré réalise un revenu inférieur à son indemnité de

chômage, il a droit à des indemnités compensatoires pendant le délai-cadre d'indemnisation.

Les revenus de plusieurs activités exercées à temps partiel sont cumulés pour l'examen de la prétention à la compensation de la perte de gain. Une prétention aux indemnités compensatoires n'existe que si le revenu global de la personne assurée demeure inférieur à l'indemnité de chômage à laquelle elle pourrait prétendre (ATF 127 V 479).

Le but de l'art. 24 al. 3 LACI est d'empêcher le « dumping salarial », c'est-à-dire d'éviter que des travaux représentant une certaine valeur économique et financière puissent être entrepris ou exécutés aux frais de l'assurance sociale alors qu'ils devraient normalement être rémunérés (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 107/05 du 18 juillet 2006 consid. 4.1; Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, n. 33 ad art. 24 LACI).

La réglementation sur la compensation de la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire (art. 24 LACI) est une norme de calcul des indemnités de chômage au sens des art. 8ss LACI (ATF 121 V 336, consid. 2b et 2c). Un assuré ne perd pas son droit à l'indemnité du seul fait qu'un salaire, annoncé comme gain intermédiaire, est inférieur aux usages professionnels et locaux. Dans cette hypothèse, il a droit à la compensation de la différence entre le gain assuré et le salaire correspondant aux usages professionnels et locaux (ATF 129 V 102 ; ATF 120 V 233 consid. 4b ; ATF 120 V 502 consid. 8e ; ATF 120 V 515 consid. 2b). Un salaire fictif, conforme à ces usages, remplace le salaire réellement perçu par l'assuré, pour le calcul de sa perte de gain. Les indemnités compensatoires seront calculées sur la base du salaire conforme aux usages professionnels et locaux même si l'assuré ne réalise aucun gain ou seulement un gain minime (arrêt du Tribunal fédéral 8C_774/2008 du 3 avril 2009 consid. 2 et les références).

7. a. En l'espèce, il est constant que, quel que soit le contrat de travail pris en considération, la recourante réalise, depuis le 1er novembre 2018, sous le régime du gain intermédiaire, un revenu mensuel de CHF 700.-, inférieur au gain assuré de CHF 3'980.-, et qu'elle subit ainsi une perte de gain ouvrant droit, en principe, à une indemnité compensatoire au sens de l'art. 24 al. 1 LACI.

Le montant exact de cette dernière, pour la période de contrôle en cause (novembre 2018), étant fonction de la différence entre le gain assuré et un gain intermédiaire conforme aux usages professionnels et locaux, il est nécessaire, dans un premier temps, de déterminer sur la base de quel contrat cet examen de conformité doit avoir lieu.

Dès lors qu'il n'est plus contesté par les parties à la procédure, au stade de la décision entreprise, que le contrat du 1er novembre 2018 – prévoyant un revenu de CHF 700.- pour un taux d'activité de 40% – ne correspondait pas à la réelle et commune intention de la recourante et de son employeur au 1er novembre 2018, se

pose uniquement la question de savoir s'il y a lieu de prendre en considération le contrat de travail du 6 décembre 2018 ou celui du 1er mars 2019, étant relevé que les cocontractants ont prévu, dans les deux cas, que la réduction du taux d'activité (17.5% dans le premier, 10% dans le second) rétroagissait au 1er novembre 2018.

Selon une jurisprudence constante, le juge des assurances sociales apprécie la légalité des décisions attaquées, en règle générale, d'après l'état de fait existant au moment où la décision litigieuse a été rendue. Les faits survenus postérieurement, et qui ont modifié cette situation, doivent normalement faire l'objet d'une nouvelle décision administrative (ATF 121 V 366 consid. 1b et les références). Les faits survenus postérieurement doivent cependant être pris en considération dans la mesure où ils sont étroitement liés à l'objet du litige et de nature à influencer l'appréciation au moment où la décision attaquée a été rendue (ATF 99 V 102 et les arrêts cités ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances I 321/04 du 18 juillet 2005 consid. 5).

Le contrat du 1er mars 2019 étant, en l'occurrence, postérieur à la décision litigieuse, c'est à la lumière de celui du 6 décembre 2018 qu'il y a lieu d'examiner si le gain intermédiaire de novembre 2018 est conforme aux usages professionnels et locaux. Cette solution se justifie à plus forte raison que la mise en œuvre de jours de congé, destinée à compenser le passage rétroactif d'un taux de 17.5% à 10% n'a effectivement déployé ses effets qu'à partir de mars 2019, ce qui démontre que la recourante percevait bel et bien CHF 700.- pour un taux d'activité de 17.5% à la date de la décision entreprise.

b. Il convient à présent de déterminer si un revenu de CHF 700.- correspondant à un salaire de 4'000.- CHF/mois pour une occupation à plein temps (17.5x/100 = 700/x ; 17.5x = 70'000 ; x = 70'000/17.5 ; x = 4'000), peut être qualifié de conforme aux usages professionnels et locaux.

La caisse examine si le salaire est conforme aux usages professionnels et locaux en se fondant sur les prescriptions légales, la statistique des salaires, l'échelle des salaires usuels dans l'entreprise ou de la branche, les contrats-types ou les conventions collectives de travail. Elle peut, cas échéant, se procurer les directives émises par les associations professionnelles (cf. Bulletin LACI-IC du Secrétariat d'État à l'économie [SECO], janvier 2013, ch. C134). En l'absence de tels indicateurs, comme c'est le cas en l'espèce, il convient de se baser sur tout autre élément susceptible de définir la pratique salariale en matière d'emplois similaires, le salaire usuellement versé pour l'activité considérée, selon sa nature particulière (cf. arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud ACH 191/15 du 28 juillet 2016 consid. 5a).

En l'occurrence, l'intimée s'est basée sur les salaires d'usage tels que ressortant du calculateur de l'USS, instrument qui, en plus du salaire médian usuel, donne « une fourchette de salaires qui, à qualifications égales, exclut 25% des salarié-e-s les moins bien payés, respectivement les mieux payés. Sous la barre des 25%, on ne

peut plus parler de salaire usuel : on fait face ici à un risque de sous-enchère salariale abusive » (cf. https://www.salaire-uss.ch/articles/details/8).

c. Dans un arrêt du 25 juin 2013, la Cour de céans a déjà considéré que l'utilisation du calculateur de l'USS ou de celui de l'Observatoire genevois du marché du travail (OGMT) ne prêtait pas le flanc à la critique dès lors qu'il se fondait sur les dernières données disponibles de l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS), soit une enquête d'envergure nationale conduite par l'Office fédéral de la statistique tous les deux ans, l'ESS étant d'ailleurs une source fiable et reconnue par la jurisprudence du Tribunal fédéral, notamment pour le calcul d'un degré d'invalidité (ATF 126 V 75, consid. 3b/aa et bb ; ATAS/643/2013 du 25 juin 2013 consid. 6c).

La jurisprudence du Tribunal cantonal vaudois, qui intègre également les données du calculateur individuel de salaire « Salarium » de l'office fédéral de la statistique (OFS) partage ce même point de vue et précise qu'il convient de se fonder sur le seuil de 25% des travailleurs les moins bien payés (cf. notamment l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud ACH 153/16 du 8 novembre 2016 consid. 5b et l'arrêt ACH 191/15 précité).

d. En l'occurrence, on relève que selon la décision litigieuse (point 24), la version du calculateur de l'USS utilisée se fonde sur l'ESS 2014. L'intimée précise qu'il ressort de l'extrait du calculateur de salaire (non versé au dossier) « que le seuil inférieur du salaire mensuel pour un profil actif, dans des activités d'employé de réception, dans le canton de Genève, au bénéfice d'une maturité, sans fonction de cadre, pour un horaire hebdomadaire de 40 heures et sans aucune ancienneté, s'élève à CHF 4'630.- pour le calculateur de l'USS ». Ce montant s'abaisse à CHF 4'025.- lorsque – toutes choses égales par ailleurs –, la personne n'est pas titulaire d'une maturité, mais a simplement achevé sa scolarité obligatoire, hypothèse sur laquelle reposait la décision du 4 décembre 2018 en méconnaissance du CV de l'intéressée.

On peut relever qu'en sélectionnant, dans le calculateur de l'USS, l'activité d'employée de réception et non celle d'employée de bureau (cf. réponse au recours, p. 2), qui se situe dans une fourchette de rémunération un peu plus élevée, l'intimée a fait un choix favorable à la recourante, qui reste cependant dans les limites du pouvoir d'appréciation qui est le sien (ATF 137 V 71 consid. 5.1 ; ATF 123 V 150 consid. 2 et les références). Aussi la Cour de céans ne voit-elle pas de motif pertinent de substituer sa propre appréciation à celle de l'intimée. Pour les mêmes raisons, le choix d'assimiler le baccalauréat (dont la recourante est titulaire) à une maturité ne souffre pas non plus la critique.

Au moment de la rédaction du présent arrêt, le calculateur de l'USS se fonde sur l'ESS 2016. Cela étant précisé, il s'avère qu'en sélectionnant l'activité de réceptionniste, la branche « activités juridiques et comptables », l'âge de la recourante en novembre 2018 (29 ans), sa formation (maturité), l'absence d'années

d'ancienneté et de fonction de cadre, le canton de Genève comme lieu de travail et une durée de travail de 40 heures hebdomadaires, le calculateur de l'USS ne fournit de résultats ni pour l'arc lémanique en général, ni pour Genève en particulier, car « il y a moins de 10 entreprises et/ou moins de 150 observations dans la branche sélectionnée au niveau géographique respectif, ou l'estimation est trop imprécise en raison des données à disposition ». En revanche, il indique un salaire médian de CHF 4'630.- (chiffre qui se recoupe avec celui retenu par l'intimée) ainsi qu'une limite des 25% inférieurs à CHF 4'020.- ; ces chiffres concernent toutefois la moyenne nationale.

À titre de comparaison, le calculateur de l'OGMT (qui renvoie au calculateur national de salaires du Secrétariat d'État à l'économie [SECO]), mentionne que dans la branche économique 69-71 (activités juridiques, comptables, de gestion, d'architecture, d'ingénierie), une personne âgée de 29 ans, sans années de service, titulaire d'une maturité, qui n'assume pas de fonction de cadre et exerce la profession de la ligne 42 (employés de réception, guichetiers et assimilés) réalise, sur la base de l'ESS 2016, un salaire médian de CHF 4'580.- dans la région lémanique (VD, VS, GE), alors que la limite des 25% inférieurs se situe à CHF 4'070.-. À l'examen, il s'avère que ces chiffres se recoupent en partie avec les résultats donnés par ce même calculateur pour l'ensemble de la Suisse (salaire médian de CHF 4'580.- et limite du premier quartile [25%] à CHF 4'010.-).

En se livrant au même exercice au moyen du calculateur « Salarium » de l'OFS, lequel se fonde sur les résultats de l'ESS 2018, il apparaît que, malgré la légère progression du salaire médian des emplois de la ligne 42 (employé(e)s de réception, guichetiers et assimilés) entre 2016 et 2018, passant (pour une femme dont l'âge est inférieur ou égal à 29 ans dans la région lémanique) de CHF 4'324.- à CHF 4'371.- (cf. les tableaux T17 de l'ESS 2016 et 2018 ; salaire mensuel brut [valeur centrale] selon les groupes de professions, l'âge et le sexe – secteur privé et secteur public [Confédération, cantons, districts, communes, corporations], région lémanique [VD, VS, GE]), ledit calculateur, dont le champ d'analyse est plus précis, indique qu'une personne présentant le profil de la recourante réalise, dans la limite du premier quartile, un salaire de CHF 3'895.- et un salaire médian de CHF 4'492.- en tenant compte des paramètres suivants - correspondant à la recourante : 29 ans, permis B, certificat de maturité, branche économique 69 (activité juridiques et comptables), activité de la ligne 42 (employé(e)s de réception, guichetiers et assimilés), sans fonction de cadre, région lémanique (VS, VD, GE), entreprise comptant moins de vingt employés, rétribuant ses collaborateurs douze fois l'an sans « paiements spéciaux ».

Sachant qu'il existe – les résultats du calculateur du SECO le démontrent –, une relative similitude entre les valeurs nationales et celles de la région lémanique, que d'autre part, entre 2014 (année à laquelle se réfère le calculateur de l'USS selon la décision litigieuse) et 2016, le salaire médian a même augmenté pour les activités de la branche économique 69-71 (activités juridiques, comptables, de gestion,

d'architecture, d'ingénierie), passant, pour une femme sans fonction de cadre, de CHF 6'208.- à CHF 6'331.- (cf. les tableaux T1_b_tirage_branches économiques de l'ESS 2014 et 2016 ; salaire mensuel brut [valeur centrale] selon les branches économiques, la position professionnelle et le sexe – secteur privé et secteur public [Confédération, cantons, districts, communes, corporations] ensemble), tout en restant quasiment stable pour les emplois de la ligne 42 (employé(e)s de réception, guichetiers et assimilés), passant, pour une femme dont l'âge est inférieur ou égal à 29 ans dans la région lémanique, de CHF 4'332.- à CHF 4'324.- (cf. les tableaux T17 de l'ESS 2014 et 2016 ; salaire mensuel brut [valeur centrale] selon les groupes de professions, l'âge et le sexe – secteur privé et secteur public [Confédération, cantons, districts, communes, corporations], région lémanique [VD, VS, GE]), il n'est guère concevable, nonobstant ce qu'indique la décision litigieuse, que selon les résultats donnés par le calculateur de l'USS sur la base de l'ESS 2014 (non transmis par l'intimée), le « seul inférieur du salaire mensuel » (sic) s'élève, dans le canton de Genève, à CHF 4'630.- pour une employée de réception au bénéfice d'une maturité, sans fonction de cadre, ni ancienneté.

e. Compte tenu des développements qui précèdent, la Cour de céans ne saurait faire sien le montant de CHF 4'630.- (CHF 810.25 pour le taux d'activité de 17.5% en cause) que l'intimée a retenu à titre de gain intermédiaire conforme aux usages professionnels et locaux.

En l'absence de données fournies par le calculateur de l'USS pour l'arc lémanique, il convient plutôt de se référer aux résultats, valables pour cette région, donnés par les calculateurs « Salarium » et du SECO, dont il ressort que, pour une personne présentant le profil de la recourante mais travaillant 40 h./sem., le premier quartile (25%) du salaire usuel se situe dans une fourchette de CHF 3'895.- (« Salarium ») à CHF 4'070.- (calculateur du SECO).

Il s'ensuit qu'en convenant d'un salaire de CHF 700.- pour un taux d'activité de 17.5% (correspondant à CHF 4'000.- pour une activité à plein temps exercée 40 h./sem.), les parties au contrat du 6 décembre 2018 ne sont pas tombées en dessous d'un seuil qui aurait nécessité la prise en compte d'un revenu fictif par l'intimée.

8. a. En conséquence, la recourante a droit à la compensation de la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire effectif (CHF 700.-).

Il convient d'en tenir compte comme suit : en multipliant le gain intermédiaire de CHF 700.- par le taux que l'intimée a appliqué au gain journalier assuré (CHF 183.41) pour fixer le montant – non contesté – des indemnités journalières à CHF 140.- (76.33% ; cf. art. 22 al. 2 let. b LACI), il en résulte un montant de CHF 534.31. En divisant ce dernier par le montant de l'indemnité journalière (CHF 140.-), on obtient 3.8 indemnités journalières que l'intimée est dispensée de payer à la recourante pour le mois de novembre 2018 (cf. DTA 2005, p. 290 consid. 2.3.4 pour cette méthode de calcul). Étant donné que cette période comptait 22 jours contrôlés, la recourante a donc droit à 18.2 indemnités journalières à

CHF 140.-, ce qui correspond à une perte de gain indemnisable de CHF 2'548.- bruts (et non CHF 2'464.- comme indiqué dans le décompte du 28 février 2019, remplaçant celui du 5 décembre 2018), venant s'ajouter au gain intermédiaire de CHF 700.- versé par l'employeur.

b. Sans développer d'argumentation pertinente en rapport avec l'art. 24 LACI, la recourante conclut à ce que la Cour dise que « toutes réductions de [ses] droits aux indemnités de chômage sont contraires au droit ». Ce faisant, la recourante oublie qu'elle a seulement droit à la compensation de la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire dans la mesure fixée ci-dessus (consid. 7a). En outre, si elle n'avait pas réalisé de gain intermédiaire en novembre 2018, elle n'aurait pas droit à CHF 3'248.- (CHF 2'548.- + CHF 700.-) mais à CHF 3'080.- bruts (soit 140.- x 22 jours contrôlés).

9. Compte tenu de ce qui précède, le recours est partiellement admis et la décision sur opposition du 21 février 2019 réformée en ce sens que l'indemnité compensatoire due à la recourante pour novembre 2018 se monte à CHF 2'548.- bruts.

   Pour le surplus, la cause est renvoyée à l'intimée pour qu'elle opère les déductions nécessaires sur ce montant (charges sociales et, cas échéant, impôt fédéral à la source) puis procède au versement du solde dû à la recourante après imputation des prestations déjà versées.

10. Représentée par un mandataire durant une petite partie de la procédure et obtenant partiellement gain de cause, la recourante a droit à une indemnité à titre de participation à ses frais et dépens, dont le montant est arrêté à CHF 500.- (art. 61 let. g LPGA ; art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en matière administrative, du 30 juillet 1986 [RFPA – E 5 10.03]).

    Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

*****

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement au sens des considérants.
3. Réforme la décision sur opposition du 21 février 2019 en ce sens que l'indemnité compensatoire due à la recourante pour novembre 2018 est fixée à CHF 2'548.- bruts.
4. Renvoie la cause à l'intimée pour qu'elle opère les déductions nécessaires sur ce montant puis procède au versement du solde dû à la recourante après imputation des prestations déjà versées.
5. Alloue à la recourante une indemnité de procédure de CHF 500.-, à la charge de l'intimée.
6. Dit que la procédure est gratuite.
7. 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	La Présidente
Marie-Catherine SÉCHAUD	Karine STECK

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'au Secrétariat d'État à l'économie par le greffe le