RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3766/2020 **ATAS/423/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 4 mai 2021

15ème Chambre

En la cause

Madame A_____, domiciliée _____, à GENÈVE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Audrey PION	recourante

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHÔMAGE, sise rue de Montbrillant 40, GENÈVE	intimée

Siégeant : Marine WYSSENBACH, Présidente; Andres PEREZ et Maria Esther SPEDALIERO, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Madame A_____ (ci-après : l'intéressée ou la recourante), de nationalité française, est domiciliée à Genève. Elle a été engagé dès le 1er juin 2019 par B_____ SA. Elle a rempli un formulaire de demande d'indemnité de chômage le 15 mai 2020 et s'est inscrite à cette même date auprès de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE). Sur son inscription, elle a indiqué à la main avoir démissionné avec effet immédiat le 20 mars 2020 « (premièrement licenciement économique au 30.06.2020 mais salaires impayés par l'employeur) Prud'hommes en cours ». Dans le formulaire annexé à son inscription, elle a indiqué que son employeur avait résilié son contrat le 27 février 2020, avec effet au 31 mai 2020, pour des motifs économiques, ce qu'elle contestait puisqu'il s'agissait selon elle d'un licenciement abusif et punitif. Son dernier jour de travail avait été le 27 février 2020. Elle avait été malade du 2 au 31 mars 2020.

2. Dans une décision du 6 juillet 2020, la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse de chômage) a retenu que l'intéressée s'était inscrite au chômage le 15 mai 2020, de sorte que le délai-cadre de cotisations s'étendait du 15 mai 2018 au 14 mai 2020. Durant cette période, l'intéressée n'avait justifié avoir travaillé que 9 mois et 21 jours, ainsi qu'une incapacité de travail de 9 jours du 21 au 31 mars 2020. Elle ne remplissait ainsi pas les conditions légales pour pouvoir prétendre au chômage. La caisse de chômage a refusé de l'indemniser pour sa perte d'emploi.

3. L'intéressée a fait opposition à cette décision le 18 août 2020.

4. Le 20 août 2020, la caisse de chômage a suspendu la procédure jusqu'à droit jugé dans la cause pendante devant la juridiction des prud'hommes.

5. Le 7 septembre 2020, l'intéressée a sollicité de connaître les voies de droit contre la décision précitée.

6. Par courrier du 15 septembre 2020, la caisse de chômage a indiqué avoir fondé sa décision de suspension sur l'art. 14 al. 1 LPA. La voie du recours à la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : CJCAS) était ouverte.

7. L'intéressée s'est adressée à la caisse de chômage, le 15 octobre 2020 puis à nouveau le 5 novembre 2020, pour que celle-ci lui donne droit aux indemnités de chômage selon l'art. 29 LACI et reprenne l'instruction de la cause.

8. Ce courrier a été transmis par la caisse de chômage à la chambre de céans comme objet de sa compétence le 19 novembre 2020, considérant ce courrier comme un recours contre la décision du 20 août 2020 dont les voies de droit avaient été communiquées le 15 septembre 2020.

9. Par acte du 15 décembre 2020, la caisse de chômage a conclu au rejet du recours.

10. Le 28 décembre 2020, la recourante a répliqué.

11. L'intimée a dupliqué le 21 janvier 2021.

12. Le 15 février 2021, la recourante a adressé des observations à la chambre de céans quant à la duplique de l'intimée.

13. L'intimée a persisté dans ses conclusions par pli du 9 mars 2021.

14. 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. Selon l'art. 52 al. 1 LPGA, les décisions peuvent être attaquées dans les trente jours par voie d'opposition auprès de l'assureur qui les a rendues, à l'exception des décisions d'ordonnancement de la procédure. Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours (art. 56 al. 1 LPGA).

3. Il en va donc ainsi des décisions d'ordonnancement de la procédure au sens de l'art. 52 al. 1 in fine LPGA. Il s'agit de décisions incidentes que le législateur a soustraites à la procédure d'opposition, afin d'éviter des retards excessifs dans le déroulement de la procédure (Ueli KIESER, ATSG-Kommentar : Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000, Zurich 2003, n. 18 ad art. 52 ; FF 1999 4261 ; ATF 131 V 42 consid. 2.1). Font partie des décisions d'ordonnancement de la procédure les décisions incidentes, donc celles qui ne mettent pas fin à la procédure entre les parties devant l'autorité qui les a rendues (Circulaire de l'OFAS sur le contentieux dans l'AVS, l'AI, les APG et les PC, valable dès le 1er octobre 2005, état le 1er avril 2013, no 2003). Les décisions d'ordonnancement de la procédure sont notifiées préalablement à la décision finale et portent par exemple sur une demande de récusation, sur l'admission ou la fourniture de preuves ou sur la consultation du dossier. Sont également incluses dans cette définition les décisions relatives à la compétence (art. 35 al. 2 et 3 LPGA). À titre d'exemple de décisions d'ordonnancement de la procédure, la doctrine mentionne encore les décisions relatives à la suspension de la procédure (KIESER, op. cit., n. 18 ad art. 52).

4. Le délai de recours est de trente jours (art. 56 LPGA ; art. 62 al. 1 LPA).

5. En l'occurrence, le recours porte sur la décision de suspension de la procédure, soit une décision d'ordonnancement de la procédure, laquelle peut être attaquée directement par-devant la chambre de céans.

Adressé à une autorité incompétente, le courrier du conseil de la recourante à l'intimée le 15 octobre 2020 pour solliciter de cette dernière qu'elle reprenne l'instruction et verse des indemnités de chômage selon l'art. 29 LACI (considéré par l'intimée comme un recours contre la décision du 20 août 2020 dont les voies de recours avaient été communiquées le 15 septembre 2020) a été transmis à la chambre de céans.

Dans la mesure où il est possible de comprendre les conclusions de la recourante dans le courrier du 15 octobre 2020 et dès lors que ce courrier a été adressé dans le délai légal de trente jours à une autorité incompétente qui l'a transmis à bon droit à la chambre de céans, ce courrier sera traité comme un acte de recours recevable à la forme.

Ce faisant, la chambre de céans doit se garder de statuer sur le fond du litige (Benoît BOVAY, Procédure administrative, 2ème éd., 2015, p. 478), autrement dit de statuer sur le droit de la recourante à l'indemnité de chômage (question n'ayant pas fait l'objet d'une décision sur opposition).

6. Au fond, la recourante s'oppose à la suspension de la procédure d'opposition et invoque à cet égard l'art. 29 LACI.

7. Selon l'art. 14 al. 1 LPA, lorsque le sort d'une procédure administrative dépend de la solution d'une question de nature civile, pénale ou administrative relevant de la compétence d'une autre autorité et faisant l'objet d'une procédure pendante devant ladite autorité, la suspension de la procédure administrative peut, le cas échéant, être prononcée jusqu'à droit connu sur ces questions.

8. En l'espèce, le délai-cadre a été fixé par l'intimée sur la base de la demande d'indemnités de chômage et l'inscription de la recourante auprès de l'OCE du 15 mai 2018 au 14 mai 2020. Dans ledit délai, il n'est pas contesté que la recourante n'a pas travaillé les douze mois requis pour ouvrir un droit à des indemnités de chômage. Compte tenu toutefois du fait qu'elle a fait valoir un droit à un salaire jusqu'au 30 juin 2020 en saisissant la juridiction des prud'hommes, l'intimée a décidé de suspendre la procédure jusqu'à droit jugé sur ladite procédure, ce dont la recourante se plaint.

9. Les conditions d'octroi de l'indemnité de chômage sont énumérées à l'art. 8 LACI. L'assuré doit, pour bénéficier de cette prestation prévue par l'art. 7 al. 2 let. a LACI, être sans emploi ou partiellement sans emploi, avoir subi une perte de travail à prendre en considération, être domicilié en Suisse, avoir achevé sa scolarité obligatoire et n'avoir pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne pas toucher de rente de vieillesse de l'AVS, remplir les conditions relatives à la période de cotisation ou en être libéré, être apte au placement et satisfaire aux exigences de contrôle (art. 8 al. 1 LACI). Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 215 consid. 2). Elles sont précisées par plusieurs dispositions de la LACI.

10. Le premier jour où toutes les conditions d'octroi d'une indemnité de chômage sont remplies, la caisse de chômage ouvre deux types de délais-cadres, en principe tous deux de deux ans, tournés l'un vers l'avenir, s'appliquant à la période d'indemnisation, et l'autre vers le passé, s'appliquant à la période de cotisation. On les appelle respectivement délai-cadre d'indemnisation et délai-cadre de cotisation (art. 9 LACI). C'est durant le délai-cadre d'indemnisation que l'assuré exerce son droit à l'indemnité, auprès d'une caisse de son choix (art. 20 al. 1 LACI), et peut ainsi obtenir un nombre maximal d'indemnités journalières calculé en fonction de son âge et de la période durant laquelle il a cotisé ou était libéré de cette condition (art. 27 al. 1 LACI). À l'échéance du délai-cadre d'indemnisation, un nouveau délai cadre d'indemnisation peut être ouvert si toutes les conditions légales sont réunies (art. 9 al. 4 LACI). Le délai-cadre de cotisation est la période de référence durant laquelle l'assuré doit en règle générale avoir exercé une activité soumise à cotisation durant un temps minimal, qui est de douze mois (art. 13 al. 1 LACI).

11. Le but de l'art. 13 LACI, relatif à la période de cotisation, est de n'accorder le droit à l'indemnité de chômage en principe qu'à des personnes qui ont travaillé et ainsi contribué au financement de l'assurance (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 2 ad art. 13). Il est dérogé à ce principe en faveur d'une part de personnes s'étant trouvées, durant le délai-cadre de cotisation, dans une situation que la loi assimile à une période de cotisation (art. 13 al. 2 LACI), et d'autre part de personnes libérées des conditions relatives à la période de cotisation (art. 14 LACI).

12. Pour remplir les conditions relatives à la période de cotisation, l'assuré doit avoir eu le statut de travailleur et démontrer avoir exercé une activité soumise à cotisation pendant douze mois au moins durant le délai-cadre de cotisation.

13. Est un travailleur celui qui est assuré en vertu de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS - RS 831.10) et qui doit payer des cotisations sur le revenu d'une activité salariée en vertu de cette loi (art. 2 al. 1 let. a LACI). Constitue une activité soumise à cotisation toute activité de l'assuré destinée à l'obtention d'un revenu soumis à cotisation pendant la durée d'un rapport de travail ; cela suppose l'exercice effectif d'une activité suffisamment contrôlable et le fait que l'activité en question soit destinée à l'obtention d'un revenu (ATF 133 V 515 consid. 2.4 ; Thomas NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in Ulrich Meyer [éd.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, 2ème éd., n. 207 p. 2239). Il a été jugé, à ce dernier sujet, qu'il ne faut pas tenir compte d'une activité exercée en cas de renonciation au versement d'un salaire pour sauver l'entreprise (arrêt du Tribunal fédéral 8C_267/2007 du 17 septembre 2007 ; Boris RUBIN, op. cit., n. 17 ad art. 13), renonciation qui doit cependant être dûment établie (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 267/05 du 19 décembre 2006 consid. 2.2.2 et 3.2). S'il n'est certes pas exigé que l'employeur ait réellement versé le salaire et, en tant qu'organe de prélèvement, qu'il ait effectué le versement des cotisations de

l'employé à la caisse de compensation, la preuve qu'un salaire a été payé représente un indice important de l'exercice d'une activité salariée effectivement exercée (ATF 131 V 444 consid. 3 ; 113 V 352 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 267/05 précité consid. 2.2.1 et 3.2 ; dans ses directives visant à assurer une application uniforme du droit, édictées en vertu de l'art. 110 LACI, le Secrétariat d'État à l'économie [ci-après : SECO] indique que l'assuré doit avoir exercé une activité soumise à cotisations et que le salaire convenu doit lui avoir été effectivement versé, tout en précisant que si la perception effective d'un salaire ne constitue pas en soi une condition du droit à l'indemnité, elle n'en est pas moins déterminante pour reconnaître l'existence d'une activité soumise à cotisations [Bulletin LACI IC B144 § 1]). Si l'assuré n'a pas perçu son salaire pour cause d'insolvabilité de son employeur selon l'art. 51 al. 1 LACI, la période couvrant les créances de salaire en cause compte comme période de cotisation (Bulletin LACI IC B144 § 2).

14. En l'occurrence, sans le soutenir expressément, la recourante voudrait faire déplacer le délai-cadre du 30 juin 2018 au 30 juin 2020, date à laquelle son contrat de travail aurait dû prendre fin, sans tenir compte de la date à laquelle elle a démissionné avec effet immédiat.

    Le déplacement du délai-cadre est une question de fond dont la chambre de céans ne peut se saisir sur la base d'un recours contre une décision d'ordonnancement de la procédure.

    En conséquence et dans la mesure où la recourante a démissionné le 20 mars 2020, l'on doit retenir que dans le délai-cadre pertinent du 15 mai 2018 au 14 mai 2020, la recourante n'a pas travaillé les douze mois requis pour prétendre à des indemnités de chômage.

    Ainsi, l'intimée aurait pu rejeter la demande de la recourante au motif qu'elle ne remplissait pas les conditions d'indemnisation. Elle a cependant décidé de suspendre la procédure jusqu'à droit jugé aux prud'hommes.

    Cette suspension est manifestement dans l'intérêt de la recourante.

15. Quant à l'art. 29 LACI, il prévoit que si la caisse a de sérieux doutes que l'assuré ait droit, pour la durée de la perte de travail, au versement par son ancien employeur d'un salaire ou d'une indemnité ou que ces prétentions soient satisfaites, elle verse l'indemnité de chômage. En opérant le versement, la caisse se subroge à l'assuré dans tous ses droits, y compris le privilège légal, jusqu'à concurrence de l'indemnité journalière versée par elle. La question de savoir s'il existe des doutes sérieux constitue dès lors ici le critère décisif. Ces doutes existent notamment en cas de licenciement immédiat.

16. L'application de l'art. 29 LACI quant au versement des indemnités suppose cependant que les conditions d'octroi d'indemnités de chômage soient remplies.

17. L'assuré a le choix entre demander des prestations en vertu de l'art. 29 al. 1 LACI ou faire valoir lui-même ses droits contractuels et demander l'indemnité de chômage ensuite seulement, s'il se trouve au chômage (bulletin LACI IC, janvier 2014, N B47).

18. En l'espèce, les conditions relatives à la période de cotisation n'étaient pas remplies lors de l'inscription de la recourante au chômage, puisqu'elle justifiait uniquement, dans le délai-cadre fixé, de neuf mois de travail dans les deux ans du délai-cadre de cotisation.

    En conséquence, dans le cas particulier c'est l'ouverture même du droit au chômage - et non pas uniquement le droit à des salaires ou d'indemnités dus pour la durée de la perte d'emploi - qui dépend de la procédure prud'homale.

    L'intimée ne pouvait dès lors pas verser des indemnités en se fondant sur l'art. 29 LACI, malgré les prétentions dont la recourante se prévaut dans la procédure devant les prud'hommes.

    Par ailleurs, en choisissant d'entamer une procédure par-devant la juridiction des prud'hommes pour faire valoir ses droits envers son ex-employeur, la recourante prétendait à un salaire jusqu'au 30 juin 2020. Ce n'est dès lors au mieux après cette date qu'elle pourrait prétendre au chômage en justifiant une période de cotisation de douze mois. Elle ne peut en tous les cas pas simultanément prétendre à l'indemnité de chômage fondée sur l'art. 29 LACI et à ses prétentions salariales, quoi qu'il en soit du bien-fondé de ces dernières.

    C'est dès lors à raison que l'intimée n'a pas mis la recourante au bénéfice d'une indemnité en attendant le résultat de la procédure prud'homale.

19. Eu égard aux considérations qui précèdent, le recours sera rejeté.

20. La procédure est gratuite.

* * * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. 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 NIERMARÉCHAL	Marine WYSSENBACH

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