

GE_GERICHTE ATAS/1191/2014 vom 18. November 2014

GE Cour de justice, 2014-11-18, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1191_2014

FR: GE_GERICHTE ATAS/1191/2014 du 18 novembre 2014

IT: GE_GERICHTE ATAS/1191/2014 del 18 novembre 2014

Regeste

Résumé: En examinant quels avaient été les revenus réalisés par l'assuré travaillant sur appel au cours des douze derniers mois d'activité, la Caisse a constaté que les variations de revenu pour les mois litigieux sont supérieures à 20%. Par conséquent, elle dépassent la limite de variabilité qui aurait permis de reconnaître un horaire normal usuel et, partant, une perte d'emploi, au regard de la jurisprudence (ATF107 V 59; ATF C 8/06). Aussi, ces taux - importants - de fluctuations obligent à conclure à l'absence d'une perte de travail pouvant être prise en considération. En définitive, par l'écoulement du temps depuis la conclusion de son contrat de travail sur appel en 2010, la situation professionnelle de l'assuré s'est inscrite dans la normalité, ce qui exclut tout droit à l'indemnité de chômage.

Erwägungen

E. 1

Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05) en vigueur dès le 1er janvier 2011, la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982 (loi sur l'assurance-chômage, LACI - RS 837.0). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

A/1874/2014 - 4/8 -

E. 2

Interjeté dans les formes et délais légaux, le recours est recevable (art. 1 LACI, 38, 56 et 60 LPGA).

E. 3

Le litige porte sur le droit du recourant à l'indemnité de chômage, singulièrement sur la question de savoir s'il remplit la condition de la perte de travail à prendre en considération. Un assuré a droit à l'indemnité de chômage si, entre autres conditions, il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 8 al. 1 let. a LACI) ; est réputé sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et qui cherche à exercer une activité à plein temps (art. 10 al. 1 LACI), et partiellement sans emploi celui qui, notamment, occupe un emploi à temps partiel et cherche à le remplacer par une activité à plein temps ou à le compléter par une autre activité à temps partiel (art. 10 al. 2 let. b LACI). L'assuré doit également subir une perte de travail à prendre en considération (art. 8 al. 1 let. b LACI). Selon l'art. 13 al. 1 LACI, celui qui, dans les limites du délai-cadre, a exercé durant douze mois au moins une

activité soumise à cotisation remplit les conditions relatives à la période de cotisation. Le délai-cadre applicable à la période de cotisation commence à courir deux ans avant le premier jour où l'assuré remplit toutes les conditions dont dépend le droit à l'indemnité (art. 9 al. 2 et 3 LACI). L'art. 13 LACI se rapporte à l'obligation de cotiser et implique donc par principe l'exercice d'une activité soumise à cotisation en Suisse (ATF 128 V 186 consid. 3b). 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). À cet égard, l'art. 4 al. 1 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 31 août 1983 (Ordonnance sur l'assurance-chômage, OACI ; RS 837.02) précise qu'est réputé jour entier de travail, au sens de l'art. 11 al. 1 LACI, la cinquième partie de la durée hebdomadaire du travail que l'assuré a normalement accomplie durant son dernier rapport de travail. 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).

E. 4

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 (cf. Bulletin LACI Indemnité Chômage de janvier 2014 [ci-après : 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

A/1874/2014 - 5/8 - 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 ; ATFA non publié du 20 janvier 2006, C 304/05, consid. 2.1). Selon le chiffre B97 du Bulletin IC, 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. Selon les chiffres B97a et B97b du Bulletin IC, octobre 2012, 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. A 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. Les directives de l'administration, si elles visent à assurer l'application uniforme de certaines dispositions légales, n'ont pas force de loi et ne lient ni les administrés, ni les tribunaux. Elles ne peuvent sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elles

A/1874/2014 - 6/8 - sont censées concrétiser. En d'autres termes, elles ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (cf. ATF 131 V 42 consid. 2.3, 128 I 171 consid. 4.3 ; MOOR, Droit administratif, vol. I, 2e édition, Berne 1994, p. 264 ss ; SPIRA, Le contrôle juridictionnel des ordonnances administratives en droit fédéral des assurances sociales, in Mélanges GRISEL, Neuchâtel 1983, p. 803 ss). Ainsi, dans un arrêt G. du 12 mai 2006 (C 9/06, publié en partie au SVR 2006 AHV n°29 p. 99, voir aussi ATF non publié du 1er février 2007, C 8/06), le Tribunal fédéral des assurances (ci-après le TFA) a retenu que l'avis du SECO selon lequel il y a lieu de se fonder sur une période d'observation des douze derniers mois est inapplicable aux contrats de longue durée. Le TFA a confirmé que pour établir le temps de travail normal dans le cadre de contrats de durée assez longue, il y a lieu de se fonder sur le nombre d'heures de travail accomplies par année et d'examiner dans quelle mesure celui-ci s'écarte du nombre moyen des heures accomplies annuellement. Aussi a-t-il considéré que, dans la mesure où l'assuré travaillait sur appel depuis douze ans, rien ne s'opposait à ce que la période d'observation porte sur les cinq dernières années. Dans un autre arrêt du 20 janvier 2006 (C 304/05, consid. 2.3), 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. 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 (ATF non publié du 1er février 2007, C 8/06, consid. 4.3 ; ATAS/159/2014).

E. 5

Il n'est pas contesté que l'assuré exerce un emploi sur appel. En l'espèce, la Caisse a examiné quels avaient été les revenus réalisés par l'assuré au cours des douze derniers mois d'activité de mars 2013 à février 2014, et retenu un revenu mensuel moyen de CHF 4'731.-. Force est sur cette base, de constater que les variations pour les mois de mars (CHF 3'169.50), avril (CHF 5'988.-), juillet (CHF 5'917.50), août (CHF 5'988.-), septembre (CHF 6'577.50), novembre 2013 (CHF 2'239.50) et janvier 2014 (CHF 2'610.-), sont supérieures à 20%, soit dépassant la limite de variabilité qui aurait permis de reconnaître un horaire normal usuel et, partant, une perte d'emploi. Au regard de la jurisprudence (ATF 107 V 59 ; ATF C 8/06), ces taux - importants - de fluctuations obligent à conclure à l'absence d'une perte de travail pouvant être prise en considération.

E. 6

Il convient encore de préciser que le fait que le travail sur appel de l'assuré soit poursuivi par ce dernier pour diminuer son dommage est sans pertinence quant à

A/1874/2014 - 7/8 - l'issue du présent litige. En effet, de par l'écoulement du temps depuis la conclusion de son contrat de travail sur appel en 2010, sa situation professionnelle s'est inscrite dans la normalité, ce qui exclut tout droit à l'indemnité de chômage (cf. Bulletin IC, chiffre B97b). Compte tenu de ces éléments, c'est à juste titre que la Caisse a refusé à l'assuré le droit à des indemnités de chômage.

E. 7

L'assuré allègue enfin que « lors de son inscription en mars 2012, il avait travaillé de la même manière durant les deux années qui précédaient et que cela avait tout de même permis l'ouverture d'un délai-cadre d'indemnisation ». Il résulte toutefois de ce qui précède que c'est à tort que la Caisse avait ouvert ce délai-cadre, puisqu'elle n'avait pas tenu compte du principe de la variabilité s'agissant d'un emploi sur appel. Or, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, l'autorité compétente devra toujours se souvenir que le principe de l'égalité de traitement interdit de faire des distinctions qu'aucun fait important ne justifie, ou de soumettre à un régime identique des situations de fait qui présentent entre elles des différences importantes et de nature à rendre nécessaire un traitement différent (ATF 135 II 78). Selon la jurisprudence constante, le fait que l'autorité ait violé la loi dans un cas d'espèce ne donne pas un droit aux administrés se trouvant dans une situation semblable à un traitement identique et tout aussi illégal : il n'y a pas d'égalité dans l'illégalité, car le principe de la légalité prime normalement celui de l'égalité de traitement (ATF 131 V 9 ; 126 V 390 ; 123 II 248 ; 122 II 446 ; SJ 2001 I 529 ; RDAF 2007 II 531). Une exception à cette règle doit néanmoins intervenir si l'autorité s'écarte de la loi par une pratique établie et n'entend pas revenir à une pratique légale : l'administré qui se trouve dans une situation identique à celle de ceux qui ont bénéficié du traitement illégal a alors le droit au même traitement, sauf si des intérêts publics ou privés prépondérants exigent que la loi soit appliquée strictement en l'espèce (ATF 136 I 65 ; 127 I 1 ; T. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, n° 597-598- 599). Il apparaît en l'espèce que la Caisse avait ouvert - à tort - un délai-cadre d'indemnisation en faveur de l'assuré. Celui-ci ne saurait s'en prévaloir, dans la mesure où le fait que la Caisse ait violé la loi précédemment ne lui donne pas un droit à ce qu'elle rende à nouveau une décision non conforme à la loi et à la jurisprudence. Aussi le recours doit-il être rejeté.

A/1874/2014 - 8/8 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme :

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