

# **GE\_GERICHTE ATAS/159/2014 vom 5. Februar 2014**

GE Cour de justice, 2014-02-05, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_159\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_159_2014)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/159/2014 du 5 février 2014

IT: GE\_GERICHTE ATAS/159/2014 del 5 febbraio 2014

## **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 ; RS 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.

### **E. 2**

La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003 entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 230 consid. 1.1, 335 consid. 1.2, 129 V 4 consid. 1.2, 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références). En l'espèce, le recours concerne le droit à des prestations postérieures à l'entrée en vigueur de la LPGA. En conséquence, sur le plan matériel, cette dernière s'applique au présent litige. Quant aux règles de procédure, elles sont applicables, sauf dispositions transitoires contraires, à tous les cas en cours dès l'entrée en vigueur de la LPGA (ATF 131 V 314 consid. 3.3, 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b).

### **E. 3**

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

### **E. 4**

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.

A/2042/2013 - 9/13 -

### **E. 5**

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. 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. 6**

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 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

A/2042/2013 - 10/13 - 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. 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 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. Ainsi, 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 par ailleurs 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). Selon les chiffres B97a et B97b du Bulletin IC, aussi bien lors de l'ouverture d'un premier délai-cadre que d'un délai-cadre consécutif, il convient de déterminer

A/2042/2013 - 11/13 - 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.

## **E. 7**

En l'espèce, il n'est pas contesté, ni contestable, que l'activité exercée par le recourant pour le compte de X\_\_\_\_\_ est un travail sur appel. Il n'est pas contestable non plus que ce contrat de travail dure depuis plus de trois ans, soit dès octobre 2009. Au regard de la jurisprudence précitée, il convient donc de se fonder sur une période d'observation des douze derniers mois pour déterminer le temps de travail normal du recourant. En effet, une période d'un peu plus de trois ans n'est pas suffisante pour pouvoir appliquer la jurisprudence relative aux contrats sur appel de longue durée. Il ressort des attestations de

gain intermédiaire que d'octobre 2011 à septembre 2012, le recourant a perçu les revenus suivants pour son activité de remplaçant sur appel : Octobre 2011 - Novembre 2011 831 fr. 15 Décembre 2011 831 fr. 15 Janvier 2012 1'316 fr. 05 Février 2012 1'062 fr. 05 Mars 2012 1'454 fr. 50 Avril 2012 1'015 fr. 85 Mai 2012 1'223 fr. 75

A/2042/2013 - 12/13 - Juin 2012 2'724 fr. 70 Juillet 2012 - Août 2012 - Septembre 2012 564 fr. 30 Total = 11'023 fr. 50 Il en résulte que pendant la période de contrôle, le recourant a réalisé un salaire mensuel moyen de 918 fr. 65 (11'023 fr. 50/ 12) en sa qualité d'enseignant remplaçant. Par rapport à ce salaire moyen, les variations mensuelles vont de moins 100% (en octobre 2011) à plus 296% en juin 2012. Ces taux de fluctuations sont importants et très largement supérieurs au taux de 20% évoqué précédemment. Il convient également de relever que quelle que soit la période de référence sélectionnée et qu'il soit tenu compte ou non des mois de juillet et août (période des grandes vacances d'été), les taux de fluctuations vont très régulièrement au-delà des 20% admis par la jurisprudence. Il s'ensuit que durant la période de contrôle, le recourant n'a pas été appelé suffisamment régulièrement pour qu'une perte de travail ou de gain puisse être prise en compte par l'intimée. En dernier lieu, il convient encore de préciser que le fait que le travail sur appel du recourant soit poursuivi par ce dernier pour diminuer son dommage est sans pertinence quant à l'issue du présent litige. En effet, de par l'écoulement du temps depuis la conclusion de son contrat de travail sur appel en août 2009, la situation professionnelle de ce dernier 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 l'intimée a refusé au recourant le droit à des indemnités de chômage.

#### **E. 8**

Mal fondé, le recours doit être rejeté.

#### **E. 9**

La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA et 89H al. 1 LPA).

A/2042/2013 - 13/13 - 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.