

# **GE\_GERICHTE ATAS/276/2013 vom 18. März 2013**

GE Cour de justice, 2013-03-18, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_276\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_276_2013)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/276/2013 du 18 mars 2013

IT: GE\_GERICHTE ATAS/276/2013 del 18 marzo 2013

## **Regeste**

Résumé: 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. En l'espèce, l'assurée est partie à un contrat de travail sur appel de plus de dix ans, de sorte que la période d'observation pour établir le temps de travail normal correspond aux cinq ans précédant la baisse de travail. Au vu du salaire moyen obtenu durant cette période, le taux de fluctuation de 17% est suffisamment faible pour conclure que la recourante a été appelée de manière constante pendant une période prolongée. Par conséquent, son temps de travail doit être considéré comme normal et, c'est à tort, que l'intimée n'a pas pris en considération la perte de travail et la perte de gain subies par la recourante dès 2012.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (LOJ ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA ; RS 830.1) qui sont 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**

Interjeté dans les forme et délai prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA).

### **E. 3**

Le litige porte sur le droit de la recourante à l'indemnité de chômage, singulièrement sur la question de savoir si elle remplit la condition de la perte de travail à prendre en considération.

### **E. 4**

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).

A/3621/2012 - 6/9 - 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. 1er). À cet égard, l'art. 4 al. 1er 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. 5**

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. circulaire du SECO relative à l'indemnité de chômage de janvier 2007 [ci-après : IC 2007], 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 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 de la circulaire IC 2007, 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

A/3621/2012 - 7/9 - 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).

## **E. 6**

En l'occurrence, il n'est pas contesté, ni contestable, que l'activité exercée par la recourante pour le compte de son employeur est un travail sur appel. Il n'est pas contestable non plus qu'il s'agit d'un contrat de longue durée, dès lors que la recourante a travaillé pour cet employeur depuis novembre 2001 jusqu'à juin 2012, soit pendant plus de dix ans.

A/3621/2012 - 8/9 - Au regard de la jurisprudence précitée, on ne saurait dès lors se fonder sur une période d'observation des douze derniers mois pour déterminer le temps de travail normal de la recourante. Il y a lieu plutôt de se fonder sur le nombre d'heures de travail accomplies par année pendant les cinq années précédant la baisse de travail, soit de 2007 à 2011 (à cet égard cf. ATAS/1319/2010 du 21 décembre 2010). X\_\_\_\_\_ SA a indiqué les salaires mensuels bruts suivants : 2007 : 53'600 fr. 80; 2008 : 54'884 fr. 80; 2009 : 46'146 fr. 20; 2010 : 51'394 fr. 60 et 2011 : 50'851 fr. 10. Il en résulte que pendant la période allant de 2007 à 2011, la recourante a réalisé dans son activité sur appel un salaire annuel moyen de 51'375 fr. 50 (soit 256'877 fr. 50 / 5 ans). Par rapport à ce salaire annuel moyen, les variations annuelles vont de moins 10 % (en 2009) à plus 7 % (en 2008). Or, il y a lieu de considérer que ces taux de fluctuations - qui ne dépassent quoi qu'il en soit pas le plafond de 20 % fixé par le SECO - sont suffisamment faibles pour permettre de conclure que la recourante a été appelée de manière constante pendant une période prolongée, de sorte que son temps de travail doit être considéré comme normal. Il s'ensuit que la perte de travail et la perte de gain subies par la recourante dès 2012 doivent être prises en considération par l'intimée. La décision litigieuse, très sommairement motivée, qui retient à

tort que la recourante ne peut pas faire valoir ni de perte de travail, ni de perte de gain, au motif que les rapports de travail ont perdurés, doit par conséquent être annulée. La Cour de céans ne peut cependant pas, en l'état, statuer sur le droit de la recourante à une indemnité de chômage étant donné que l'intimée ne s'est pas prononcée sur les autres conditions nécessaires à l'octroi d'un tel droit (art. 8 et ss LACI).

#### **E. 7**

Compte tenu de ce qui précède, le recours est partiellement admis, la cause étant renvoyée à l'intimée, à charge pour elle d'examiner si la recourante remplit les autres conditions à l'octroi des indemnités de chômage (art. 8 et ss LACI) et de rendre une nouvelle décision. Vu l'issue du litige et l'annulation de la décision litigieuse, il n'est pas nécessaire d'examiner le grief de la violation du droit d'être entendu, soulevé par la recourante. Enfin, une indemnité de 2'000 fr. sera allouée à la recourante à charge de l'intimée.

**A/3621/2012 - 9/9 - 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.