GE_GERICHTE ATAS/558/2010 vom 25. Mai 2010

GE Cour de justice, 2010-05-25, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_558_2010

FR: GE_GERICHTE ATAS/558/2010 du 25 mai 2010

IT: GE_GERICHTE ATAS/558/2010 del 25 maggio 2010

Regeste

Résumé: En principe, selon la jurisprudence, le travailleur sur appel ne subit pas de perte de travail, respectivement pas de perte de gain à prendre en considération lorsqu'il n'est pas appelé (cas d'un vacataire HES).

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

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,

A/4469/2009 - 5/10 - 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

Pour les mêmes motifs, les dispositions de la novelle du 22 mars 2002 modifiant la LACI (3ème révision), entrée en vigueur le 1er juillet 2003 (RO 2003 1728), ainsi que les dispositions de l'OACI modifiées le 28 mai 2003, entrées en vigueur le 1er juillet 2003 également (RO 2003 1828), ayant entraîné un certain nombre de modifications en matière d'indemnisation en cas d'insolvabilité (voir art. 52 al. 1, 55 al. 2 et 58 LACI) sont applicables.

E. 4

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

E. 5

Le litige porte sur le droit du recourant à des indemnités de l'assurance-chômage.

E. 6

L'assuré a droit à l'indemnité de chômage notamment s'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). Selon l'art. 10 al. 2 LACI, est réputé partiellement sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et cherche à n'exercer qu'une activité à temps partiel (let. a) ou 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 (let. b) (ATF 121 V 355 consid. 2). L'art. 31 al. 3 let. c LACI exclut du droit à l'indemnité, en cas de réduction de l'horaire de travail, les personnes qui fixent les décisions que prend l'employeur – ou peuvent les influencer considérablement – en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore d'un détenteur d'une participation financière à l'entreprise, de même que les conjoints de ces personnes qui sont occupées dans l'entreprise (arrêt du 29 août 2005 dans la cause C 163/04). Bien que cette disposition soit conçue pour l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, elle a également un impact sur l'indemnité de chômage. Tant que ces personnes occupent une position comparable à celle d'un employeur dans l'entreprise, elles n'ont pas droit à l'indemnité de chômage car elles continuent à influencer de manière déterminante les décisions de l'employeur ou sont à même de réactiver à tout moment l'entreprise momentanément en veilleuse. Que ces personnes aient le statut de salariés selon la législation sur l'AVS et puissent justifier d'une période de cotisations suffisante n'y change rien. Ainsi, ces personnes ne sont pas considérées comme étant au chômage ni aptes au placement.

A/4469/2009 - 6/10 - On parlera de détournement des dispositions en matière de réduction de l'horaire de travail lorsque l'entreprise continue d'exister au-delà de la fin des rapports de travail et que l'assuré conserve une position comparable à celle d'un employeur. Ces personnes n'ont par conséquent pas droit à l'indemnité de chômage, qu'elles fassent valoir un chômage complet ou partiel. Toute autre interprétation reviendrait à éluder cette disposition conçue pour prévenir les abus en matière d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (ATF 123 V 238 consid. 7; 120 V 525 consid. 3). Le but de l'art. 31 al. 3 LACI est de prévenir les abus tels qu'auto-délivrance des attestations nécessaires à l'indemnisation de la réduction de l'horaire de travail, certificats de complaisance, caractère incontrôlable de la perte de travail réelle, notamment co-décision ou co-responsabilité dans la marche des affaires en particulier chez les travailleurs ayant une participation dans la société ou toute autre participation financière dans une fonction dirigeante (cf. ATF 123 V 234 consid. 7b/bb, ATF 120 V 521; bulletin MT/AC 2003/4 fiche 4/1). Si des indices permettent à la caisse de supposer que l'assuré occupe une position comparable à celle d'un employeur, elle doit notamment exiger un extrait du RC et examinera dans quelle mesure l'assuré est habilité à prendre des décisions de même que sa participation financière à l'entreprise. Les membres du conseil d'administration d'une société anonyme de même que les associés gérants ou les tiers gérants d'une société à responsabilité limitée ont, de par leur fonction, une position comparable à celle d'un employeur. Tant qu'ils la conservent, ils sont

exclus d’emblée du cercle des ayants droit à l’indemnité (voir par exemple DTA 2004 no 24 p. 259, 2000 no 15 p. 72). Ce n'est pas l'abus avéré comme tel que la loi et la jurisprudence entendent sanctionner ici, mais le risque d'abus que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur (ATFA non publié du 14 avril 2003, C 92/02, consid. 4). La situation est en revanche différente quand le salarié, se trouvant dans une position assimilable à celle d'un employeur, quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci; en pareil cas, on ne saurait parler d'un comportement visant à éluder la loi. Il en va de même quand l'entreprise continue d'exister mais que le salarié, par suite de la résiliation de son contrat, rompt définitivement tout lien avec la société. Dans un cas comme dans l'autre, l'intéressé peut en principe prétendre à des indemnités de chômage (ATF 123 V 238 consid. 7b/bb; SVR 2001 ALV n° 14 pp. 41-42 consid. 2a; DTA 2003 n° 22 p. 241 consid. 2).

E. 7

En l’occurrence, durant les deux ans précédant sa demande d’indemnités de chômage, soit du 3 août 2007 au 2 août 2009, le recourant allègue avoir travaillé auprès de la société à 100% jusqu’au 31 décembre 2007, puis à 20%. Il sollicite dès

 lors l’octroi d’indemnités de chômage pour la perte de travail correspondant au 80%. Le Tribunal de céans relèvera que la société, créée par le recourant le 15 juillet 2003, n’a pas cessé d’exister. De plus, le recourant en est toujours l’associé-gérant unique, avec signature individuelle. Cette circonstance permet déjà, à elle seule, d'exclure le droit du recourant aux indemnités de chômage. En effet, l'inscription de l'assuré au Registre du commerce (comme organe de la société) constitue un critère aisément vérifiable et important pour déterminer si une personne ayant une position assimilable à celle d'un employeur a droit à l'indemnité de chômage (ATFA non publié du 20 janvier 2006, C 207/04, consid. 3.3). Qui plus est, le recourant a, à plusieurs reprises, rappelé que son but est de relancer les affaires de la société dès que possible. De par sa position particulière et ses intentions, le recourant peut dès lors exercer une influence sur la perte de travail qu'il subit, ce qui rend justement son chômage difficilement contrôlable. Le fait que le recourant se dise obligé de garder la société car celle-ci lui doit 108'000 fr. ne saurait, quoi qu’il en soit, justifier que l’on s’écarte de la jurisprudence rigoureuse en la matière. Force est dès lors de constater qu'il y a donc bien un risque d'abus, lequel suffit à nier le droit à l’indemnité de chômage.

E. 8

Quand bien même le recourant ne l’invoque pas, il y a lieu de déterminer s’il subit une perte de travail en raison de son activité auprès de l’Etat de Genève exercée dès le 5 novembre 2008. 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 réputée 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). On détermine en règle générale s'il y a perte de travail à prendre en

considération selon le critère de l'horaire habituel dans l'activité concernée et le cas particulier. Cela étant, en cas de convention particulière, c'est cet horaire de travail qui est déterminant. 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. 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 période est de six mois seulement. Si la période d'observation est inférieure à douze mois, mais supérieure à six, le taux plafond des fluctuations admises sera proportionnellement ajusté; pour une période d'observation de huit mois par exemple, ce plafond est de 13 % (20 % : 12 x 8). 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. Enfin, en dessous de six mois d'occupation, il paraît très difficile de déterminer de manière probante ce que représente le temps de travail normal (RUBIN, Assurance-chômage, Perte de travail à prendre en considération, in Swisslex ; cf. chiffre B96 IC 2007 : « En dessous de six mois d'occupation, il est impossible de déterminer le temps de travail normal »).

E. 9

En l'espèce, il ressort de l'attestation établie le 28 août 2009 par l'Office du personnel de l'Etat de Genève que le recourant est employé sur appel en qualité de vacataire HES depuis le 5 novembre 2008. En ce qui concerne le temps de travail

 fourni, il apparaît qu'au moment de l'inscription au chômage, le 3 août 2009, les rapports de travail avaient duré 9 mois, ce qui correspond à un taux plafond des fluctuations admises de 15% (20% / 12 x 9). Or, les variations mensuelles de salaire par

rapport au salaire moyen de la période précédant l’annonce au chômage, s’avèrent supérieures à 15%. En effet, les décomptes de salaires établis par l’employeur laissent apparaître les montants suivants : 8'482 fr. 50 en février 2009, 2'743 fr. 25 en mars 2009, 806 fr. 70 en mai 2009 et 2'222 fr. 20 en août 2009 (pièce 14 intimée). Il s’ensuit qu’aucune perte de travail ne peut être prise en compte s’agissant de l’activité déployée par le recourant auprès de l’Etat de Genève.

E. 10

Eu égard aux considérations qui précèdent, le recours doit être rejeté.

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