

GE_GERICHTE ATAS/609/2015 vom 19. August 2015

GE Cour de justice, 2015-08-19, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_609_2015

FR: GE_GERICHTE ATAS/609/2015 du 19 août 2015

IT: GE_GERICHTE ATAS/609/2015 del 19 agosto 2015

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.

E. 2

A teneur de l'art. 1 al. 1 LACI, les dispositions de la LPGA, entrées en vigueur le 1er janvier 2003, s'appliquent à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité, à moins que la loi n'y déroge expressément.

E. 3

Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA).
A/108/2015 - 7/15 -

E. 4

Le litige porte sur le droit du recourant à l'indemnité de chômage à partir du 1er février 2013, singulièrement sur la question de savoir s'il remplit la condition de la perte de travail à prendre en considération.

E. 5

a. En vertu de l'art. 8 al. 1er LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage notamment s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a) et s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (let. b). 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'al. 2, 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). N'est pas réputé partiellement sans emploi celui qui, en raison d'une réduction passagère de l'horaire de travail, n'est pas occupé normalement (al. 2bis). Celui qui cherche du travail n'est réputé sans emploi ou partiellement sans emploi que s'il s'est annoncé à l'office du travail de son lieu de domicile aux fins d'être placé (al. 3). Selon l'art. 11 al 1 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. À cet égard, l'art. 4 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 au sens de l'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). b. Selon la jurisprudence, la perte de travail est calculée en règle générale en fonction de l'horaire de travail habituel dans la profession ou le domaine d'activité concernés ou, le cas échéant, en fonction de l'horaire de travail prévu par une convention particulière. Le contrat de travail sur appel est caractérisé par le fait que le travailleur s'y oblige à exercer l'activité exigée chaque fois que l'employeur requiert ses services. Si, au contraire, le travailleur n'est pas obligé d'accepter les missions proposées, le rapport obligationnel n'est pas durable et on parle alors de rapports de travail auxiliaire ou occasionnel. Au demeurant, de tels rapports sont soumis aux mêmes règles que le travail sur appel lorsqu'il s'agit d'examiner une perte de travail éventuelle au sens de la LACI (arrêt du Tribunal fédéral 8C_379/2010 du 28 février 2011 consid. 2.3 et les références). 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.

A/108/2015 - 8/15 - 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 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C.304/05 du 20 janvier 2006 consid. 2.1). Selon le ch. B95 du Bulletin LACI Indemnité Chômage de janvier 2015 (ci-après: Bulletin IC), dans un contrat de travail sur appel, les parties conviennent que le temps de travail dépend du volume de 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 perte de travail à prendre en considération que si un temps de travail hebdomadaire normal a été convenu entre l'employeur et le travailleur. 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. La jurisprudence admet une dérogation à ce principe si le temps de travail fourni sur appel avant l'interruption de l'occupation présente un caractère régulier, sans fluctuations marquantes, sur une période assez longue. Pour établir le temps de travail normal, on prend en principe pour période de référence les 12 derniers mois ou toute la durée du rapport de travail s'il a duré moins de 12 mois. En dessous de six mois d'occupation, il est impossible de déterminer un temps de travail normal (Bulletin IC, ch. B96). 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 8 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 (Bulletin IC, ch. B97). c. 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

A/108/2015 - 9/15 - 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 (Bulletin IC, ch. B97b).

E. 6

Destinées à assurer l'application uniforme des prescriptions légales, les directives de l'administration n'ont pas force de loi et, par voie de conséquence, ne lient ni les administrés ni les tribunaux; elles ne constituent pas des normes de droit fédéral au sens de l'art. 95 let. a LTF et n'ont pas à être suivies par le juge. Elles servent tout au plus à créer une pratique administrative uniforme et présentent à ce titre une certaine utilité; elles ne peuvent en revanche sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elles sont censées concrétiser. En d'autres termes, à défaut de lacune, les directives ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 132 V 121 consid. 4.4 et les références; ATF 131 V 42 consid. 2.3 et les références; arrêt du Tribunal fédéral 9C_283/2010 du 17 décembre 2010 consid. 4.1).

E. 7

Le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 139 V 176 consid. 5.3 et les références). Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b, ATF 125 V 195 consid. 2 et les références ; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5a).

E. 8

En l'espèce, il ressort des pièces du dossier que le recourant a travaillé sur appel pour « Le B_____ » du 1er février 2010 au 31 décembre 2012 (avec interruptions) sur la base de contrats de travail distincts, en tant que secrétaire de rédaction/rédacteur. A la question du

motif de la résiliation, le formulaire d'attestation de l'employeur du 3 mai 2013 spécifiait « collaborations ponctuelles, remplacements »; le salaire avait été versé jusqu'au 31 décembre 2012. En outre, il ressort des écritures des parties que le recourant a totalisé vingt missions en 2011 et treize en 2012 auprès du journal « Le B _____ », dont le détail fait notamment l'objet de la décision du 16 décembre 2014, sans qu'il soit possible à la chambre de céans d'en vérifier la teneur au vu de l'imprécision des pièces sur ce point. Cela est

A/108/2015 - 10/15 - toutefois sans incidence, puisqu'elles ne sont pas contestées par les parties. En effet, le recourant indique dans son recours que le détail des missions effectuées auprès du journal « Le B _____ » a été dûment répertorié dans la décision suscitée. Selon l'attestation de gain intermédiaire du mois de février 2013, le recourant a en outre travaillé les 30 janvier et 27 février 2013 pour « Le B _____ ». Selon le certificat pour l'année 2012, le recourant a par ailleurs obtenu un salaire net de CHF 5'661.-, auprès de cet employeur. S'agissant du DIP, il ressort de l'attestation de l'employeur du 26 février 2013 que le recourant a travaillé dans le cadre d'emplois à durée déterminée du 1er avril au 1er juillet 2011 à 100%, du 16 au 29 janvier 2012 à 50%, du 30 janvier au 26 février 2012 à 100% et du 27 février au 29 juin 2012 à 50%. Le recourant a également effectué des missions sur appel, en tant qu'enseignant remplaçant, en date des 23 et 30 janvier 2012, 20 et 26 mars 2012, 14, 21 et 31 mai 2012, 4, 11 et 14 juin 2012, 1er, 13, 15, 26, 27, 29 et 30 novembre 2012, 3, 4, 6, 7, 17, 18, 20 et 21 décembre 2012 ainsi que le 22 janvier 2013. L'employeur a en outre indiqué que la durée des rapports de travail était « en cours » au 26 février 2013, que le salaire avait été versé jusqu'au 22 janvier 2013 et que le contrat à durée déterminée avait pris fin le 29 juin 2012 mais que l'activité sur appel restait ouverte. Dans un courrier du 3 décembre 2013, le DIP a attesté que le recourant avait été inscrit au DIP en qualité de remplaçant durant l'année scolaire 2000-2001 et du 15 janvier 2004 au 30 juin 2013. Selon le certificat pour l'année 2012, le recourant a obtenu un salaire net de CHF 22'652.90 auprès de cet employeur. S'agissant, enfin, des éditions « C _____ », selon l'attestation de l'employeur du 30 septembre 2013, le recourant a travaillé sur appel du 21 janvier 2013 au 31 mai 2013, en qualité de journaliste/pigiste. A la question du motif de la résiliation, le formulaire d'attestation de l'employeur indiquait « emploi sur appel », le dernier jour de travail effectué avait été le 31 mai 2013 et le salaire versé jusqu'à cette date. En outre, le formulaire d'indications de la personne assurée confirme des mandats à domicile effectués au mois de février 2013.

E. 9

Le recourant allègue que son dernier emploi au DIP remonte à décembre 2012 et celui auprès du journal « Le B _____ » à septembre 2012. Cela est erroné, puisqu'il ressort des pièces du dossier que les dernières missions sur appel effectuées auprès des employeurs précités remontent aux 30 janvier et 27 février 2013 (« Le B _____ ») et au 22 janvier 2013 (DIP). De plus, il est établi que l'activité sur appel auprès du DIP était « ouverte » en tout cas jusqu'au 26 février 2013. A cet égard, c'est donc à juste titre que l'intimée a considéré que le recourant poursuivait une activité à la date de son inscription au chômage, le 1er février 2013, de sorte que c'est à bon droit qu'elle a examiné la perte de travail au regard des rapports de travail en cours.

A/108/2015 - 11/15 -

E. 10

Le recourant allègue qu'il a accepté les missions auprès du journal « Le B _____ » ainsi qu'aux éditions « C _____ » afin de réduire la perte financière engendrée par la fin du contrat avec le DIP. Il convient de préciser que le fait que le travail sur appel de l'assuré ait été poursuivi par ce dernier pour diminuer son dommage est sans pertinence quant à l'issue du présent litige. En effet, le recourant a notamment effectué des missions pour « Le B _____ » le 12 juillet 2011, le 27 septembre 2012 et le 30 janvier 2013, de sorte qu'après la fin de chacun des rapports de travail à durée déterminée auprès du DIP – soit après le 1er juillet 2011, le 29 juin 2012 ou le 21 décembre 2012 – le recourant a continué à effectuer des missions pour « Le B _____ », comme il le faisait déjà auparavant en parallèle. Dès lors, c'est à juste titre que l'intimée a retenu que l'activité exercée sur appel auprès du journal « Le B _____ » ne pouvait en tout cas pas être considérée comme ayant été prise pour diminuer le dommage résultant de la fin des rapports de travail à durée déterminée avec le DIP (cf. Bulletin IC, chiffre B97b).

E. 11

Le recourant fait valoir que sa source de revenu principale pendant l'année qui a précédé son inscription au chômage, que ce soit en heures, ancienneté ou salaire, est celle exercée auprès du DIP, eu égard notamment au fait qu'il y a travaillé du 1er novembre au 21 décembre 2012. Selon l'intimée, le recourant a travaillé pour le DIP sur la base de contrats à durée déterminée du 1er avril au 1er juillet 2011 et du 16 janvier au 29 juin 2012, soit une durée totale de huit mois et demi, de sorte que le 1er février 2013, date de son inscription au chômage, le dernier contrat avait pris fin depuis sept mois. L'historique des traitements du DIP, qui remonte au 1er janvier 2006, indique en effet que le recourant a été rémunéré pour la période du 1er avril au 1er juillet 2011, du 16 au 29 janvier 2012, du 30 janvier au 26 février 2012 et du 27 février au 29 juin 2012. L'attestation de l'employeur du 26 février 2013 précise que le recourant a travaillé « du 1er novembre au 21 décembre 2012 », ce par quoi il faut comprendre des missions effectuées sur appel, puisqu'il est précisé que le contrat de durée déterminée a pris fin le 29 juin 2012, mais que l'emploi reste ouvert sur appel. Précisément, il s'agit des missions effectuées en date des 1er, 13, 15, 26, 27, 29 et 30 novembre 2012, 3, 4, 6, 7, 17, 18, 20 et 21 décembre 2012. Dans un premier temps (décision du 16 décembre 2014), l'intimée a fait valoir que l'activité principale du recourant au moment de son inscription au chômage était celle effectuée auprès du journal « Le B _____ », sur la base d'un contrat d'auxiliaire, notamment du fait de sa durée et régularité depuis 2010. En effet, après avoir exercé différents postes au sein du journal « Le B _____ », il avait ensuite été employé comme secrétaire de rédaction remplaçant d'octobre 2011 à février 2013. Cette activité avait été maintenue après la fin du contrat de durée déterminée auprès du DIP, en juin 2012. Or, à cette époque, le recourant avait continué d'accepter des missions pour « Le B _____ » sans s'inscrire au chômage. L'activité exercée auprès du journal « Le B _____ » depuis 2010 ne pouvait donc pas être considérée comme

A/108/2015 - 12/15 - ayant été entreprise pour diminuer son dommage résultant de sa perte de travail auprès du DIP. Au contraire, elle devait être considérée comme ayant duré dans le temps et perduré au-delà de l'inscription au chômage le 1er février 2013. Dès lors, il s'agissait de déterminer si, dans le cadre de cette activité sur appel, le recourant avait subi en février 2013 une perte de travail à prendre en considération. Compte tenu de la durée des rapports de travail auprès du journal « Le B _____ », il se justifiait de prendre en considération à titre de période de référence, ou les trois années civiles 2010, 2011 et 2012, ou les trois années de février 2010 à janvier 2011, février 2011 à janvier 2012 et février

2012 à janvier 2013. Si le calcul était fait selon les années civiles, on observait une fluctuation de + 53,96% en 2010, + 2,26% en 2011 et – 56.20% en 2012. Le calcul selon les années calendaires aboutissait à une fluctuation de – 65,00% de janvier 2013 à février 2012, de + 12,27% de janvier 2012 à février 2011 et de + 52.76% de janvier 2011 à février 2010. Ainsi, quelle que soit la période de référence choisie, l'intimée a conclu, calculs à l'appui, que l'activité comportait des fluctuations dépassant largement le seuil maximal de +/- 20%, de sorte qu'il n'y avait pas de perte de travail à prendre en considération. Dans un second temps (cf. réponse du 9 mars 2015), l'intimée a modifié son argumentation et a admis qu'au moment de son inscription au chômage, la perte de travail du recourant devait être examinée tant au regard des rapports de travail sur appel auprès du DIP que ceux d'auxiliaire auprès du journal « Le B_____ ». En date du 1er février 2013, le dernier contrat fixe du recourant auprès du DIP avait pris fin depuis sept mois; les rapports de travail auprès du DIP (appel) et du journal « Le B_____ » (auxiliaire) étaient toujours en cours et eu égard à leur durée de plusieurs années, ils ne pouvaient pas être considérés comme ayant été conclus pour diminuer le dommage. Pour apprécier le droit du recourant à l'indemnité de chômage, il appartenait à l'intimée d'examiner si le travail fourni par le recourant dans le cadre des rapports de travail suscités présentaient un caractère régulier, sans fluctuations marquantes. Or, l'activité auprès du journal « Le B_____ » avait connu des fluctuations marquantes ne permettant pas de considérer qu'il s'agissait d'un emploi régulier, comme cela ressortait de la décision du 16 décembre 2014. L'intimé a toutefois ajouté que de la même manière, il ressortait clairement des jours travaillés auprès du DIP des années 2011 à 2013 ainsi que de l'historique des traitements perçus depuis 2006 que son activité sur appel auprès du DIP ne présentait pas non plus un caractère régulier, plusieurs mois ne comptant aucune heure de travail entre 2011 et 2013 et le recourant n'ayant pas non plus perçu de traitement entre le 1er janvier 2006 et le 31 mars 2011. Compte tenu des fluctuations importantes de l'activité, il y avait donc lieu de confirmer l'absence de perte de travail à prendre en considération. La chambre de céans relève qu'il n'est pas déterminant de savoir si les missions effectuées auprès du DIP, respectivement du journal « Le B_____ » l'ont été sur la base d'un contrat de travail sur appel ou auxiliaire, compte tenu du fait que ces

A/108/2015 - 13/15 - rapports sont soumis aux mêmes règles lorsqu'il s'agit d'examiner une perte de travail au sens de la LACI. Il sied également de relever, eu égard aux considérants qui précèdent, que c'est à juste titre que l'intimée a examiné la situation du recourant, au 1er février 2013, en fonction des rapports de travail en cours auprès du journal « Le B_____ » et du DIP. C'est également à juste titre qu'elle a admis qu'en raison de leur durée de plusieurs années, ils ne pouvaient pas être considérés comme ayant été conclus pour diminuer le dommage du recourant résultant de la fin d'un contrat à durée déterminée avec le DIP. Enfin, c'est de manière convaincante qu'elle a établi que les fluctuations des missions effectuées auprès du journal « Le B_____ » dans les périodes de références dépassaient largement le seuil des fluctuations de +/- 20%. En revanche, s'agissant de l'activité auprès du DIP, l'intimée s'est contentée de dire qu'il ressortait des jours travaillés du recourant auprès du DIP des années 2011 à 2013 ainsi que de l'historique des traitements perçus depuis 2006 que l'activité ne présentait pas non plus un caractère régulier, plusieurs mois ne comptant aucune heure de travail entre 2011 et 2013 et le recourant n'ayant pas non plus perçu de traitement entre le 1er janvier 2006 et le 31 mars 2011. A cet égard, la chambre de céans relève qu'il se justifie de prendre en considération une durée de douze mois à titre de période de référence, et non pas de trois, comme retenu à tort par l'intimée. En effet, compte tenu précisément du fait qu'aucun traitement n'a été perçu en 2010 et

aucune mission effectuée en 2011 auprès du DIP, il sied de prendre en compte soit l'année civile 2012, soit les douze derniers mois précédant sa demande (à savoir février 2012 à janvier 2013). Par ailleurs, si les dates des missions effectuées par le recourant auprès du DIP en 2012 et en janvier 2013 ressortent des pièces du dossier, tel n'est toutefois pas le cas du montant net afférent aux missions, par mois. En effet, les montants qui ressortent de l'attestation de l'employeur ne correspondent pas, en tout ou en partie, à l'historique des traitements du DIP, et ces montants ne permettent pas de différencier le salaire touché par le recourant en vertu des contrats à durée déterminée de ceux sur appel. A cet égard, contrairement à ce que soutient l'intimée, il n'est pas possible, en l'état actuel du dossier, d'établir avec précision les fluctuations de l'activité sur appel auprès du DIP. Au vu de ce qui précède, il convient de renvoyer la cause à l'intimée, afin qu'elle établisse les fluctuations de l'activité sur appel auprès du DIP pour la période de l'année civile 2012 et les douze derniers mois précédant sa demande (soit février 2012 à janvier 2013) et détermine si elles dépassent le seuil de +/- 20%, au besoin après avoir requis le récapitulatif des salaires perçus au titre de cette activité et, cela fait, rende une nouvelle décision.

E. 12

Eu égard à ce qui précède, le recours sera partiellement admis et la cause renvoyée à l'intimée pour nouvelle décision au sens des considérants.

A/108/2015 - 14/15 -

E. 13

Au surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA; art. 89H al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA-GE – E 5 10]).

A/108/2015 - 15/15 - 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.