

## **GE\_GERICHTE A/3621/2012 vom 18. März 2013**

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

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_3621\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_3621_2012)

FR: GE\_GERICHTE A/3621/2012 du 18 mars 2013

IT: GE\_GERICHTE A/3621/2012 del 18 marzo 2013

### **Regeste**

; LOI SUR L'ASSURANCE CHÔMAGE ; TRAVAIL SUR APPEL ; ORDONNANCE ADMINISTRATIVE ; ACTIVITÉ ; MODIFICATION(EN GÉNÉRAL) | 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. | LACI 8; LACI 10

### **Erwägungen**

#### **E. 6**

ème Chambre En la cause Madame D\_\_\_\_\_, domiciliée à BERNEX, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître UDRY Patrick recourante contre SYNA CAISSE DE CHOMAGE, administration Suisse Romande, route du Petit-Moncor 1, VILLARS-SUR-GLÂNE intimée EN FAIT 1. Depuis le 12 novembre 2001, Mme D\_\_\_\_\_ (ci-après : l'assurée), née en 1951, a été engagée par X\_\_\_\_\_ SA comme aide soignante/infirmière assistante. 2. Le 10 février 2012, l'assurée et X\_\_\_\_\_ SA ont signé un nouveau contrat-cadre lequel prévoit à son article 1 qu'il entre en vigueur lors de l'acceptation de chaque mission. 3. Le 14 mars 2012, l'assurée s'est inscrite à l'Office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE) comme demanderesse d'emploi à plein temps. 4. Le 15 mars 2012, X\_\_\_\_\_ SA a rempli une attestation de l'employeur en mentionnant un travail temporaire exercé depuis le "12 janvier 2001", une assurée toujours sous contrat, pour un horaire de travail contractuel de 40 heures par semaine, un salaire versé pour la dernière fois le 9 février 2012 et un dernier salaire mensuel de 1'738 fr. 30 sur la base d'un salaire horaire de 30 fr. 50. 5. Le 20 mars 2012, l'assurée a requis de la caisse de chômage SYNA (ci-après : la caisse) une indemnité journalière dès le 1 er mars 2012. Elle déclarait être disponible pour travailler à plein temps et être encore occupée comme aide-soignante/infirmière assistante par X\_\_\_\_\_ SA; comme dernier emploi, elle signalait un travail à 90 % sur appel depuis le 12 novembre 2001 pour X\_\_\_\_\_ SA. Le contrat intérimaire était encore en vigueur mais il n'y avait plus de

revenu régulier. 6. L'assurée a remis des attestations de gain intermédiaire pour les mois de mars à juin 2012 pour des heures de travail effectuées pour X\_\_\_\_\_ SA. Elle a réalisé les salaires bruts mensuels suivants : Février 2012 1'738 fr. 30 Mars 2012 1'372 fr. 50 Avril 2012 3'573 fr. 15 Mai 2012 3'296 fr. 50 Juin 2012 640 fr. 95 7. L'assurée a été en incapacité de travail totale depuis le 5 juin 2012. 8. Par décision du 5 juillet 2012, la caisse a rejeté le droit à l'indemnité de l'assurée dès le 14 mars 2012 en raison du maintien des rapports de travail. L'assurée travaillait sur appel depuis 2001 et était encore au bénéfice de rapports de travail. 9. Le 24 juillet 2012, X\_\_\_\_\_ SA a attesté du fait que depuis février 2012 elle n'avait plus suffisamment d'heures à planifier à l'assurée pour lui assurer un revenu mensuel confortable et avait donc conseillé à celle-ci de demander un gain intermédiaire. 10. Le 3 septembre 2012, l'assurée a fait opposition à la décision du 5 juillet 2012 en faisant valoir qu'elle avait travaillé régulièrement à plein temps pour X\_\_\_\_\_ SA depuis novembre 2001, que celle-ci n'était toutefois plus en mesure depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012 de lui garantir une activité à plein temps, qu'en conséquence elle était partiellement sans emploi et avait droit à l'indemnité de chômage. 11. Le 15 octobre 2012, X\_\_\_\_\_ SA a rempli l'attestation de l'employeur en mentionnant un travail temporaire depuis le 12 janvier 2001 comme aide-soignante à raison de 24 heures par semaine (horaire normal de 40 heures par semaine). Le contrat de travail avait été résilié le 16 février 2012 oralement et le dernier jour de travail effectué était le 12 février 2012. Le dernier salaire mensuel était de 1'738 fr. pour un salaire horaire de 30 fr. 50. Elle a transmis un tableau des missions effectuées par l'assurée de février 2011 à mai 2012. 12. Par décision du 31 octobre 2012, la caisse a rejeté l'opposition de l'assurée au motif que celle-ci était toujours au bénéfice de rapports de travail. 13. Le 21 novembre 2012, X\_\_\_\_\_ SA a résilié le contrat de travail de l'assurée pour le 31 décembre 2012. 14. Le 3 décembre 2012, l'assurée a recouru auprès de la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice à l'encontre de la décision précitée en concluant à son annulation et à la reconnaissance de son droit à l'indemnité de chômage dès le 1<sup>er</sup> février 2012. Elle relève qu'elle avait réalisé un salaire mensuel brut moyen en 2010 de 4'249 fr. 15 et en 2011 de 4'407 fr. 25; de février à mai 2012 son salaire mensuel brut moyen était de 2'495 fr. 10, soit une perte importante de gain, de près de 50 %, entraînant l'ouverture de son droit à l'indemnité de chômage. La caisse n'avait procédé à aucune instruction pour examiner si le travail sur appel pouvait entraîner une perte de travail de sorte que son droit d'être entendu avait été violé. 15. Le 21 décembre 2012, la caisse a conclu au rejet du recours au motif que la recourante travaillait avec un taux d'activité variable depuis dix ans et ne subissait pas de perte de gain, que vu la résiliation du contrat de travail au 31 décembre 2012, un droit à l'indemnisation pouvait être examiné dès le 1<sup>er</sup> janvier 2013. 16. Le 28 janvier 2013, l'assurée a répliqué que son revenu brut mensuel moyen durant les douze derniers mois de travail, soit de février 2011 à janvier 2012, était de 4'490 fr. et que les variations mensuelles ne dépassaient pas 16,89 %, soit un chiffre inférieur aux 20 % retenu par le SECO dans ses directives, qu'en conséquence son temps de travail devait être considéré comme normal et donner lieu à indemnisation. 17. Le 30 janvier 2013, la caisse a dupliqué en maintenant sa conclusion en rejet du recours et en relevant que vu l'inscription de l'assurée le 14 mars 2012 une indemnisation dès le 1<sup>er</sup> février 2012 n'était pas soutenable. 18. Le 25 février 2013, la Cour de céans a entendu les parties en audience de comparution personnelle. La recourante a déclaré : "J'ai été engagée par X\_\_\_\_\_ depuis 2001. A chaque nouvelle mission auprès d'un nouveau patient, je signais un contrat de mission. Il arrivait que je signe plusieurs contrats en une semaine. Ces contrats étaient également signés par l'employeur.

Une autre feuille était signée par moi-même et le patient. J'étais engagée par X \_\_\_\_\_ à 100 % comme intérimaire, c'est-à-dire que j'étais disponible pour travailler à plein temps. Lorsqu'il y avait suffisamment de patients, X \_\_\_\_\_ s'était engagé à me faire travailler à plein temps. Je n'avais pas l'assurance de travailler à plein temps car j'étais intérimaire. En général, depuis 2001, j'ai travaillé à 100 %. Début 2012, il y a eu une nette baisse de travail car il y avait moins de patients et X \_\_\_\_\_ m'a conseillé de m'inscrire au chômage. J'ai attendu un peu avant de le faire. J'ai continué à travailler jusqu'en juin 2012, moment où, dans le cadre de mon travail, j'ai fait un malaise et j'ai été en incapacité totale de travail depuis lors. Je reçois des indemnités journalières de l'assurance-maladie depuis janvier 2013. J'avais un salaire, durant toutes ces années, d'environ 4'000 fr. par mois. Il fluctuait, mais légèrement. Je reçois des indemnités journalières de HELSANA. Je reçois environ 2'200 fr. brut par mois. Cette indemnité correspond au 80 % de mon dernier salaire de juin 2012, à ma connaissance". Les représentants de l'intimée ont déclaré : "Le contrat de la recourante a toujours été un contrat sur appel, ce qui exclut toute indemnisation. Nous avons calculé la situation du revenu de la recourante sur les douze derniers mois et conclu à une variation de plus de 20 %, ce qui exclut la nature régulière du contrat sur appel. Nous n'avons pas examiné la régularité des revenus de la recourante depuis 2001, année de son engagement". 19. A la demande de la Cour de céans, X \_\_\_\_\_ SA a transmis le 1 er mars 2013 les salaires versés à l'assurée depuis 2006, en mentionnant que les salaires 2001 et 2002 n'étaient plus disponibles et que ceux de 2003 à 2005 étaient au siège à Zürich. Il ressort de ces documents les salaires annuels bruts suivants : 2006 50'704 fr. 65 2007 53'600 fr. 80 2008 54'884 fr. 80 2009 46'146 fr. 30 2010 51'394 fr. 80 2011 50'851 fr. 10 2012 30'775 fr. 35 20. Sur quoi, la cause a été gardée à juger. EN DROIT 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. 2. Interjeté dans les forme et délai prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA). 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. 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). 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. 1 er 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). 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 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, 2<sup>e</sup> 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 1<sup>er</sup> 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 1<sup>er</sup> février 2007, C 8/06, consid. 4.3).

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. 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 perduré, 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).

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.

**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.