

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2243/2014

ATAS/186/2015

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 11 mars 2015

4^{ème} Chambre

En la cause

Madame A_____, domiciliée à VANDOEUVRES

recourante

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHÔMAGE, sis Rue de
Montbrillant 40, GENÈVE

intimé

**Siégeant : Juliana BALDÉ, Présidente; Christine LUZZATTO et Dana DORDEA,
Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Madame A_____ (ci-après l'assurée ou la recourante) était employée en qualité d'infirmière par les B_____ (ci-après B_____), sur la base d'un contrat sur appel.
2. Le 3 février 2014, l'assurée a sollicité des indemnités de chômage auprès de la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la caisse ou l'intimée).
3. Par décision du 23 mai 2014, la caisse a informé l'assurée qu'aucune suite ne pouvait être donnée à sa demande, au motif que ses revenus résiduels auprès des B_____ se poursuivaient avec des revenus supérieurs à l'indemnité à laquelle elle aurait eu droit avec un gain assuré de CHF 2'678.-.
4. Le 10 juin 2014, l'assurée a formé opposition à cette décision, contestant le calcul effectué par la caisse. Elle a demandé à ce que des indemnités de chômage lui soient versées immédiatement et rétroactivement à partir du 1^{er} octobre 2013.
5. Par décision du 1^{er} juillet 2014, la caisse a rejeté l'opposition de l'assurée. Elle expose que dans sa circulaire relative à l'indemnité de chômage, le secrétariat d'état à l'économie (SECO) a précisé qu'en cas de gain intermédiaire, la durée minimum de la perte de travail ne constitue pas une condition du droit à la compensation de la perte de gain. Il n'est par ailleurs pas déterminant qu'il s'agisse d'un emploi à plein temps ou à temps partiel. De même, la durée de la perte de travail ne constitue pas une condition du droit à la compensation de la différence par l'ordonnance sur l'assurance-chômage. En effet, la perte de gain est une condition essentielle du droit à la compensation de la perte de gain comme aussi à la compensation de la différence. Or, il y a perte de gain ouvrant droit à l'indemnité si le revenu réalisé est inférieur au montant de l'indemnité de chômage à laquelle a droit l'assuré. Il s'ensuit qu'une perte de gain ne dépassant pas 20 ou 30% du gain assuré n'ouvre pas droit à l'indemnité puisqu'elle reste dans les normes du travail convenable au sens de la loi.
6. Le 25 juillet 2014, l'assurée a interjeté recours contre cette décision. Elle a conclu principalement à l'annulation de la décision et au renvoi de la cause à la caisse pour nouvelle décision. Elle a expliqué que son taux d'activité auprès des B_____ avait pris une importance suffisante pour représenter depuis 2009 un taux d'activité d'environ 50% en moyenne annuelle pour un salaire mensuel moyen de CHF 4'000.- environ. Depuis le 1^{er} octobre 2013, son employeur avait quasiment cessé de l'occuper, son contrat de travail n'ayant toutefois pas été résilié. Elle a précisé que du 21 février 2014 au 30 mars 2014 elle avait été en incapacité de travail suite à un accident. Le 3 avril 2014, la SUVA lui avait écrit pour lui annoncer le versement d'un droit suite à sa perte de salaire journalière à hauteur de CHF 241.65, soit CHF 5'074.65 par mois, ce qui démontrait à l'évidence une perte de gain substantielle. Le 8 juillet 2014, la SUVA lui avait versé un montant de CHF 2'525.25. Par courrier du 30 avril 2014, les B_____ lui avaient indiqué avoir besoin de ses services à raison d'une demi-journée en mai et d'une demi-journée en juin et vouloir réduire son activité professionnelle. L'intimée refusait de l'indemniser au

motif que le type de contrat de travail qu'elle avait choisi constituait « son choix de vie ». Par ailleurs, elle contestait le calcul du montant de l'indemnité étant donné qu'il prenait en compte les mois d'octobre, novembre, décembre 2013 et janvier 2014 avec un salaire nul ou réduit à quelques centaines de francs, ce qui réduisait la moyenne des salaires dans le délai-cadre de vingt-quatre mois. De plus, sa police de prévoyance professionnelle avait été résiliée au 31 décembre 2013, ce qui démontrait bien la volonté délibérée de son employeur de réduire son activité en tous cas au-dessous du minimum LPP.

7. Dans sa réponse du 26 septembre 2014, la caisse a conclu au rejet du recours. Elle a relevé que 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 la loi, 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. 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, il faut prendre en principe pour période de référence les douze derniers mois ou toute la durée du rapport de travail s'il a duré plus de douze mois. En dessous de six mois d'occupation, il est impossible de déterminer un temps de travail normal. 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. 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. Dans le cas de la recourante, pour la période de référence pertinente courant du mois de février 2013 au mois de janvier 2014 (douze mois), le salaire mensuel moyen s'est élevé à CHF 2'677.85. La limite de variabilité de 20% préconisée par le SECO a été dépassée pour les mois de juillet, octobre, novembre et décembre 2013 ainsi que janvier 2014. C'est pour cette raison que le droit à l'indemnité de chômage de la recourante a été nié. La caisse a ajouté que si le contrat de travail liant les B_____ à la recourante est effectivement résilié au 31 octobre 2014, elle pourrait prétendre à l'indemnité de chômage à compter du 1^{er} novembre 2014 puisque dans ce cas la notion de variabilité ne s'appliquerait plus, sous réserve qu'elle remplisse toutes les autres conditions posées par la loi.

8. La chambre de céans a entendu les parties en audience de comparution personnelle le 5 novembre 2014. La recourante a déclaré que de septembre 2008 à septembre 2013, la moyenne des heures effectuées était de soixante par mois. Elle travaillait au bénéfice d'un contrat sur appel et l'activité s'était arrêtée à fin 2013. Elle s'était inscrite au chômage en février 2014 parce qu'il y avait une promesse orale de l'entreprise de continuer à faire appel à ses services. Il y avait eu des restructurations dans l'entreprise à fin 2012. Ce n'était qu'en avril 2014 que l'entreprise l'avait convoquée, sept mois après la diminution significative de son activité. Le salaire moyen tel que calculé par la caisse, en tenant compte des mois sans salaire, lui paraissait correct, de même que la variabilité de 20% qui a été déplacée pour les mois de juillet 2013 et d'octobre 2013 à janvier 2014. Elle a précisé ne plus avoir reçu de salaire à partir de fin septembre 2013. Sur question de la chambre de céans, elle a expliqué ne pas s'être inscrite au chômage immédiatement parce que son employeur lui avait toujours fait des promesses orales de faire appel à ses services. En mai 2014, elle avait pris contact avec les ressources humaines des B_____ pour demander une annulation de son contrat de travail - après 19 ans de travail - qui devenait en quelque sorte fictif. Son contrat avait été résilié à une date dont elle ne se souvenait pas et elle avait perçu trois mois d'indemnités.

Le représentant de la caisse a demandé à la recourante de produire sa résiliation de contrat ainsi que le décompte de ce qu'elle avait finalement perçu par les B_____ jusqu'au 31 octobre 2014. Il a indiqué que la caisse allait refaire le calcul. Les deux parties ont persisté dans leurs conclusions.

9. A l'issue de l'audience, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

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 1^{er} 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.

2. Interjeté dans le délai et la forme prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA ; art. 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA-GE - E 5 10).
3. L'objet du litige porte sur le droit de la recourante à des indemnités de chômage, plus particulièrement sur le montant du revenu de l'activité résiduelle.

-
4. L'assuré a droit à l'indemnité de chômage notamment s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi et s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (art. 8 al 1 let. a et b 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 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 (cf. art. 10 al. 2 let. a e b LACI).

En outre, le droit à l'indemnité suppose que l'assuré ait subi une perte de travail à prendre en considération (art. 8 al. 1 let. b LACI). 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.

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. En cas de travail sur appel, le travailleur 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 (cf. circulaire relative à l'indemnité de chômage, du seco, IC, chiffre 95). 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 (ATF 107 V 59 consid. 1 p. 61; SVR 2006 AIV no 29 p. 99, C 9/06 consid. 1.2 et 1.3; DTA 1998 no 20 p. 98, C 281/97 consid. 2a et les références).

Selon le ch. B96 de la circulaire IC, pour établir le temps de travail normal, on prendra en principe pour période de référence les douze derniers mois ou toute la durée du rapport de travail s'il a duré moins de douze mois; en dessous de six mois d'occupation, il est impossible de déterminer un temps de travail normal. 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 (ch. B97).

5. En l'espèce, il n'est pas contesté que la recourante est au bénéfice d'un contrat sur appel et que l'employeur ne garantit aucune durée de travail (cf. art. 4 du contrat de travail du 16 décembre 2004). Il n'est pas contesté non plus que durant les douze mois précédant son inscription au chômage, soit de février 2013 à janvier 2014, la recourante a perçu un salaire de CHF 32'134.26, soit salaire mensuel moyen de CHF 2'677.85.

La recourante conteste la période de douze mois retenue par l'intimée. Or, la jurisprudence considère que la période d'observation de douze mois fixée par le seco pour déterminer le temps de travail normal est conforme à la loi. Pour les rapports de travail de plusieurs années, il est possible de se baser sur les heures travaillées par année et l'écart par rapport à la moyenne annuelle.

In casu, force est de constater que durant plusieurs mois, à savoir les mois de juillet, octobre, novembre, décembre 2013 et janvier 2014, la limite de variabilité de 20% a été dépassée. Dès lors que les fluctuations ont dépassé à six reprises 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.

Pour le surplus, les argument soulevés par la recourante concernant l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail sont en l'espèce irrelevantes.

6. Mal fondé, le recours est rejeté.
7. La procédure est gratuite (art. 61 let. g LPGA).

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Isabelle CASTILLO

Juliana BALDÉ

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'au Secrétariat d'Etat à l'économie par le greffe le