

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2596/2009

ATAS/1312/2009

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 5

du 28 octobre 2009

En la cause

Monsieur M_____, domicilié à ONEX

recourant

contre

SYNA CAISSE DE CHOMAGE, sise route du Petit-Moncor 1,
VILLARS-SUR-GLANE

intimée

**Siégeant : Maya CRAMER, Présidente; Teresa SOARES et Monique STOLLER
FÜLLEMANN, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur M_____ (ci-après : l'assuré), né en 1977, s'est annoncé le 22 décembre 2008 à l'Office régional de placement (ci-après : ORP) en tant que demandeur d'emploi, tout en étant encore employé par l'entreprise X_____ SARL (ci-après : l'employeur).
2. Le 12 janvier 2009, l'employeur a attesté que l'assuré avait été engagé le 1er août 2008 pour une durée indéterminée en tant qu'agent de sécurité auxiliaire. Il s'agissait d'un travail sur appel sans minimum assuré. Selon le contrat d'engagement daté du 27 octobre 2008, l'assuré était en effet rétribué sur la base d'un salaire horaire et il n'existait pas de droit à une occupation ou à un taux d'occupation déterminé. L'assuré avait réalisé un salaire de 4'457 fr. 40 en août 2008, de 4'678 fr. 20 en septembre, de 3'545 fr. 45 en octobre, de 1'274 fr. 20 en novembre et de 1'018 fr. 90 en décembre. En janvier 2009, il avait obtenu un salaire de 1'121 fr. 25.
3. Par décision du 13 janvier 2009, l'ORP a prononcé à l'encontre de l'assuré une suspension de douze jours, à compter du 22 décembre 2008, dans l'exercice de son droit à l'indemnité, au motif que ses recherches personnelles d'emploi avaient été nulles durant la période précédant l'inscription à l'Office cantonal de l'emploi (ci-après: OCE).
4. Saisi d'une opposition de l'assuré, l'OCE a confirmé, en date du 20 février 2009, la décision de suspension du 13 janvier 2009. Dans la mesure où l'assuré n'avait pas poursuivi ses recherches d'emploi parallèlement à son rapport de travail avec X_____ Sàrl, qui ne lui fournissait pas une occupation fixe et entière, il s'était exposé à une sanction, l'ORP ayant appliqué la limite inférieure du barème prévu par le SECO pour un manquement de ce type.
5. Le 5 mars 2009, la caisse de chômage SYNA (ci-après : la caisse), a nié le droit de l'assuré à l'indemnité de chômage à partir du 22 décembre 2008, faute de perte de travail à prendre en considération. En effet, d'une part, les rapports de travail avec X_____ Sàrl n'avaient pas été résiliés ; d'autre part, les fluctuations mensuelles du salaire réalisé par l'assuré auprès de cet employeur dépassaient largement 10% du salaire moyen pendant la période d'observation. La caisse rappelait à cet égard que si les rapports de travail étaient résiliés, la perte de travail pouvait être prise en considération déjà pendant le délai de congé, à la condition que l'employeur confirme que, durant ce délai, l'employé ne serait plus appelé.
6. En date du 19 mars 2009, l'assuré a interjeté recours contre la décision de suspension de l'OCE devant le Tribunal de céans et une procédure a été ouverte sous le n° A/967/09.

7. Le 31 mars 2009, l'assuré a formé opposition à la décision de la caisse du 5 mars 2009 niant le droit à l'indemnité de chômage. Il se plaignait du fait que son dossier n'avait été examiné que par rapport à son activité professionnelle chez X_____ SARL, sans tenir compte de ses anciens emplois. Or, il avait travaillé du 7 mai au 31 décembre 2007 au sein de l'entreprise de constructions tessinoise LGV. Il s'était ensuite déplacé à Genève et avait trouvé un emploi temporaire auprès de Y_____, du 3 mars au 11 juin 2008. Il avait par la suite été engagé par X_____ SARL, à compter du 1^{er} août 2008, pour une durée indéterminée. Au jour du 10 décembre 2008, son employeur l'avait informé qu'il ne pouvait plus lui proposer de nouvelles missions. Sachant qu'il n'avait pas de travail entre le 13 et le 20 décembre 2008, il avait pris une semaine de vacances. De retour à Genève, son employeur lui avait confirmé qu'il ne pouvait pas lui garantir un revenu stable et qu'il ne lui confierait à l'avenir que des missions de dernière minute. C'est la raison pour laquelle il s'était inscrit au chômage. Il avait tout fait pour diminuer le chômage.
8. Le 16 juin 2009, le Tribunal de céans a prononcé la suspension de l'instruction de la procédure A/967/09 jusqu'à droit connu dans la procédure de contestation de la décision de la caisse de chômage du 5 mars 2009.
9. Par décision sur opposition datée du 25 juin 2009, la caisse a confirmé la décision de nier à l'assuré le droit à l'indemnité de chômage. Il n'était pas contesté que l'assuré remplissait la condition de la période de cotisation, dès lors qu'il avait travaillé 7,587 mois auprès de l'entreprise LGV au Tessin, 3,353 mois auprès de Y_____ et 4,17 mois au 21 décembre 2008 auprès d'X_____ SARL, soit en tout 15,64 mois. Toutefois, l'assuré était toujours sous contrat chez son dernier employeur et ne remplissait donc pas les conditions légales. S'agissant d'un contrat sur appel, il y avait lieu de rappeler que si les rapports de travail venaient à être résiliés, la perte de travail, et donc le manque à gagner, pouvait être pris en considération déjà pendant le délai de congé, dans la mesure où l'employeur était prêt à confirmer que pendant ce délai l'assuré ne serait plus appelé au travail.
10. Par acte daté du 1^{er} juillet 2009, mis à la poste le lendemain et complété le 6 août 2009, l'assuré a interjeté recours contre cette décision devant le Tribunal de céans. Il reprenait pour l'essentiel les arguments déjà présentés dans l'opposition, tout en rajoutant que son employeur l'avait licencié en date du 30 mars 2009 pour le 30 avril 2009, licenciement qui avait ensuite été annulé en date du 29 avril 2009. En tout état de cause, il n'avait plus été appelé depuis l'annonce de licenciement et il avait retrouvé un nouveau travail à partir du 1^{er} mai 2009. Il avait tout fait pour éviter le chômage et pour réduire le dommage, et c'est la raison pour laquelle il ne s'était pas fait licencier de son emploi chez X_____ SARL.
11. Invitée à répondre, la caisse a fait savoir, en date du 16 septembre 2009, qu'elle se référerait intégralement aux arguments exposés dans la décision entreprise qu'il y

avait lieu de confirmer. L'assuré étant encore lié au rapport de travail avec X_____ SARL au 30 avril 2009 et ayant retrouvé un travail à partir du 1^{er} mai 2009, les conditions de l'art. 8 al. 1 let. b LACI n'étaient pas réunies.

12. Sur ce, 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 du recourant à l'indemnité de chômage, singulièrement sur la question de savoir s'il 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 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).

5. 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 »).

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^{er} février 2007, C 8/06, consid. 4.3).

6. Dans certaines circonstances bien précises, le Tribunal fédéral des assurances tempère cette pratique en considérant que celui qui, après la perte d'une activité à plein temps, se tient à disposition dans le cadre d'un travail sur appel, afin de faire face à une situation difficile et de surmonter financièrement le chômage, subit une perte de travail à prendre en considération. Dans ce cas de figure, l'activité à plein temps exercée en dernier lieu constitue le dernier rapport de travail déterminant au sens de l'art. 4 al.1 OACI (cf. arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 10 juin 1996, publié in SVR 1996, ALV n° 74, p. 227). Il a été jugé ainsi dans une affaire concernant un assuré ayant travaillé en tant que directeur d'un centre sportif pendant plusieurs années et qui, suite à son licenciement, avait accepté un travail sur appel pour des travaux de montage. Quelques mois plus tard, il s'était annoncé à l'assurance-chômage, tout en étant encore lié par le contrat de travail sur appel. Selon le Tribunal fédéral des assurances, la dernière activité n'avait pas été choisie de plein gré, mais pour faire face à une situation difficile et afin de surmonter le chômage. Ce faisant, l'assuré avait contribué à diminuer le dommage. Par ailleurs, il convenait dans ce cas particulier de prendre aussi en considération que l'assuré avait toujours essayé de retrouver un travail dans le domaine du sport et des loisirs et qu'il n'avait ainsi aucun intérêt à garder un emploi de monteur. Cette dernière activité n'était qu'un emploi de transition (« Überbrückungstätigkeit »).

Cette solution a aussi été retenue dans le cas d'une salariée qui, après de nombreuses années de travail avait été licenciée et ensuite réengagée par le même employeur sur la base d'un contrat de travail sur appel, et qui ne s'était annoncée au chômage qu'une année plus tard, en raison d'une diminution de travail. Selon le Tribunal fédéral des assurances, il était évident que l'assurée avait accepté le travail sur appel pour surmonter des difficultés économiques et ce choix, qui contribuait à la diminution du dommage, n'avait pas à se répercuter négativement sur son droit aux prestations auxquelles elle aurait pu avoir droit au terme de son dernier contrat de travail fixe (ATF non publié du 26 juillet 2007, C 266/06, consid. 3.2).

7. En l'espèce, il est constant – et n'est pas contesté – que l'activité d'agent de sécurité exercée par le recourant à partir du 1^{er} août 2008 pour le compte d'X_____ SARL répond à la définition de travail sur appel. En effet, le

contrat de travail stipule clairement qu'il n'existe pas de droit à une occupation ou à un taux d'occupation déterminé. Par ailleurs, le contrat ne prévoit pas non plus l'obligation pour le salarié d'accepter les missions proposées ; il est en effet stipulé que si le collaborateur ne peut pas répondre à une convocation, il se doit d'en informer immédiatement l'employeur (§ 4 du contrat d'engagement); le collaborateur n'est tenu de remplir le service qu'une fois la requête acceptée (§ 2 du contrat d'engagement).

En ce qui concerne le temps de travail fourni, il apparaît qu'au moment de l'inscription au chômage, le 22 décembre 2008, les rapports de travail avec X_____ SARL avaient une durée inférieure à six mois, ce qui, selon la circulaire du Seco, rendrait impossible de déterminer le temps de travail normal (cf. B96 circulaire IC 2007). Cette question peut toutefois demeurer indécise, dès lors qu'en tout état de cause, les variations mensuelles de salaire par rapport au salaire moyen de la période précédant l'annonce au chômage, s'avèrent supérieures à 20%. En effet, les décomptes de salaires laissent apparaître les montants suivants : 4'457 fr. 40 en août 2008 ; 4'678 fr. 20 en septembre 2008 ; 3'545 fr. 45 en octobre 2008 ; 1'274 fr. 20 en novembre 2008 ; 1'018 fr. 90 en décembre 2008. Les variations demeurent tout aussi importantes même en prenant en considération les mois de janvier et février 2009 (879 fr. 75 en janvier 2009 ; 115 fr. 50 en février 2009).

Enfin, l'argument du recourant selon lequel, en retardant son annonce au chômage, il aurait contribué à diminuer le dommage n'est pas pertinent. En effet, contrairement aux deux affaires jugées par le Tribunal fédéral et évoquées ci-dessus (cf. supra § 6 en droit), au moment où il a débuté le travail d'agent de sécurité sur appel au mois d'août 2008, le recourant n'avait pas encore totalisé douze mois de cotisations et le droit à l'assurance-chômage ne lui était pas encore ouvert. En acceptant le travail sur appel, il n'a ainsi pas porté préjudice à son droit aux prestations. Par ailleurs, avant d'être engagé en tant qu'agent de sécurité, le recourant avait travaillé à titre temporaire comme manœuvre dans le bâtiment pour la société Y_____ (du 3 mars au 11 juin 2008), et réalisé à ce titre des salaires mensuels oscillant entre 2'158 fr. 40 et 7'838 fr. 80. Dans ces conditions, sa situation n'est pas comparable à celle de celui qui, après avoir perdu un travail fixe à plein temps, lui permettant de s'annoncer à l'assurance-chômage et de bénéficier de l'indemnité journalière, décide d'accepter un travail sur appel de transition.

8. Au bénéfice des explications qui précèdent, le recours s'avère mal fondé et sera rejeté.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL 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

Claire CHAVANNES

Maya CRAMER

La secrétaire-juriste :

Verena PEDRAZZINI-
RIZZI

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