

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2872/2010

ATAS/1319/2010

**ARRET**

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES  
ASSURANCES SOCIALES**

**Chambre 2**

**du 21 décembre 2010**

En la cause

Madame P \_\_\_\_\_, domiciliée à Vernier

recourante

contre

CAISSE DE CHOMAGE UNIA, sise rue Necker 17, 1203 Genève

intimée

**Siégeant : Sabina MASCOTTO, Présidente; Christine BULLIARD MANGILI et  
Patrick MONNEY, Juges assesseurs**

---

### EN FAIT

1. Madame à P\_\_\_\_\_ (ci-après l'assurée), née en 1950, travaille sur appel depuis le 1<sup>er</sup> octobre 1986 en tant qu'ouvrière horlogère à domicile pour X\_\_\_\_\_ S.A. (ci-après l'employeur).
2. Le 14 octobre 2009, l'assurée s'est inscrite auprès de la caisse de chômage UNIA (ci-après la caisse). Elle a notamment indiqué que sa demande était basée sur une baisse importante de son salaire due à la baisse de productivité au sein de l'entreprise.
3. Par décision du 10 novembre 2009, la caisse a nié le droit à une indemnité de chômage. Il ressortait du contrat de travail, lequel était toujours en vigueur, qu'aucun temps d'occupation n'avait été convenu contractuellement, de sorte que cette forme de travail sur appel ne garantissait au travailleur ni un certain volume d'occupation, ni un certain revenu. Par conséquent, dans les périodes où elle n'était pas appelée, l'assurée ne subissait ni perte de travail, ni perte de gain. L'assurée ne pouvait donc pas faire valoir une perte de gain liée aux fluctuations de son temps de travail.
4. Le 26 novembre 2009, l'assurée s'est opposée à la décision. Elle était effectivement toujours sous contrat et bien que son employeur ne lui ait jamais assuré un volume de travail, l'entreprise avait cependant pu lui garantir depuis 24 ans, une régularité tant dans le volume de travail qu'au niveau du salaire. En outre, elle s'était engagée au départ, oralement, à travailler au moins 7 heures par jour pour son employeur. En outre, le contrat de travail stipulait qu'elle était obligée d'accepter les missions proposées par l'entreprise. La baisse de productivité qui touchait l'entreprise n'était due à rien d'autre qu'à la crise. L'assurée a expliqué par ailleurs qu'une autre employée à domicile, qui travaillait pour le même employeur, avait effectué la même demande cinq ans auparavant et avait obtenu l'indemnité de chômage. Quoiqu'il en soit, tout chômage technique est basé sur une réduction du temps de travail et non sur un licenciement. Enfin, elle indique que la moyenne annuelle de son salaire brut sur les dix dernières années (de 1999 à 2008) s'élève à 21'416 fr. 30 (soit 20'540 fr. 30 en 1999, 24'626 fr. 85 en 2000, 20'161 fr. 60 en 2001, 22'208 fr. 85 en 2002, 19'154 fr. 50 en 2003, 26'794 fr. 90 en 2003, 31'277 fr. 85 en 2005, 26'015 fr. 35 en 2006, 23'355 fr. 05 en 2007 et 27'420 fr. 55 en 2008). Or, pour l'année 2009, le cumul des salaires mensuels de janvier à octobre ne dépassait pas les 13'000 fr. Sa perte était donc considérable.
5. Par décision sur opposition du 18 juin 2010, la caisse a confirmé sa décision de refus. Elle explique notamment que dans le cas du travail sur appel, le travailleur n'a, en principe, pas droit à l'indemnité de chômage pour le temps où il n'est pas appelé à travailler. Une dérogation est admise 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, selon la Circulaire relative à l'assurance-chômage établie par le SECO (chiffre B96 CIC), 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. Pour qu'un temps de travail puisse être présumé normal, il faut que les 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% pendant une période de six mois. En l'occurrence, il convenait de tenir compte d'une période d'observation de douze mois, soit la période d'octobre 2008 à septembre 2009, considérée par l'assurée comme étant régulière. La caisse constatait une fluctuation de salaire de plus de 20% pour les mois d'octobre et novembre 2008, ainsi que pour les mois d'avril et mai 2009. Par conséquent, le temps de travail effectué par l'assurée ne pouvait pas être présumé normal. Ainsi, on ne pouvait lui reconnaître ni une perte de travail, ni une perte de gain. Il était regrettable que l'employeur n'ait pas fait valoir la baisse de productivité auprès de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après l'OCE), auquel cas il aurait bénéficié d'une indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (ci-après RHT).

6. Par acte du 10 juillet 2010, l'assurée a interjeté recours contre la décision, concluant à son annulation et à l'octroi d'une indemnité pour les mois d'octobre 2009 à juin 2010. Elle rappelle la situation de sa collègue qui avait bénéficié d'une indemnité alors que le secteur de l'horlogerie ne connaissait pas une baisse de productivité aussi forte. Par ailleurs, contrairement à ce qu'avait indiqué la caisse, elle n'avait pas considéré la période d'octobre 2008 à septembre 2009 comme étant régulière. Elle ajoute qu'alors que ses collègues, travaillant dans l'entreprise, avaient touché le chômage technique, elle avait été obligée de subir la crise.
7. Par réponse du 6 septembre 2010, l'intimée a conclu au rejet du recours.
8. Le 28 septembre 2010, les parties ont été entendues par le Tribunal de céans. La recourante a expliqué faire du montage et de l'assemblage de pièces pour les couronnes de montres et être payée à la pièce. Le contrat prévoit qu'elle doit accepter tout le travail qui lui est donné. Lors de son engagement, l'entreprise lui avait dit que si elle n'avait pas l'intention d'y consacrer au moins 7 heures par jour, ce n'était pas la peine de l'engager. La recourante a indiqué que la fluctuation du salaire annuel s'expliquait peut-être par le type de pièces confiées ou par une quantité de travail plus ou moins importante. Elle avait constaté que son revenu mensuel avait beaucoup baissé depuis septembre 2009. Alors qu'il était encore d'environ 2'100 fr. en juillet et août, il avait chuté à 238 fr. en septembre. L'entreprise avait été fermée en décembre 2009 et les vendredis durant plusieurs mois. Les salariés avaient cependant continué à toucher leur salaire grâce au chômage technique. Selon elle, il était injuste que les salariés soient indemnisés pour cette perte et pas elle. Elle regrettait à cet égard que l'intimée ne lui ait pas indiqué, dès son inscription, qu'elle devait s'adresser à son employeur pour obtenir

une indemnité RHT. Elle avait suivi toutes les instructions données par l'intimée, elle avait même cherché du travail alors qu'elle était âgée de 60 ans et qu'elle avait déjà un employeur, mais qui avait peu de travail à lui donner. L'intimée a expliqué que si l'entreprise a effectivement obtenu pour les salariés une indemnité RHT, elle aurait dû y intégrer la recourante, qui est également salariée de l'entreprise, malgré le contrat sur appel.

9. Le 5 octobre 2010, la recourante a produit les fiches de salaires mensuels pour les mois de mai 2009 à septembre 2010.
10. A la demande du Tribunal de céans, la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la CCGC) a expliqué que la collègue de la recourante avait effectivement bénéficié d'indemnités de chômage. Cela étant, après réexamen du dossier, le droit aux indemnités avait été ouvert à tort.
11. Par pli du 9 novembre 2010, la recourante fait notamment valoir que depuis 24 ans, elle perçoit un 13<sup>ème</sup> salaire au mois de décembre et un supplément relatif à l'indemnité des vacances au mois d'août. En outre, elle ne reçoit aucun salaire le mois où elle prend quatre semaines de vacances. Partant, il est évident que certains mois, son salaire dépasse la limite des 20%. Son taux d'occupation était cependant régulier depuis 24 ans.
12. Sur ce, la cause a été gardée à juger par le Tribunal de céans.

### **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<sup>er</sup> 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 travaille pour cet employeur depuis 1986, soit depuis 23 ans (au moment déterminant du dépôt de sa demande d'indemnités de chômage, le 14 octobre 2009).

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 2004 à 2008.

La recourante a indiqué que son salaire annuel brut s'élevait à 26'794 fr. 90 en 2004, à 31'277 fr. 85 en 2005, à 26'015 fr. 35 en 2006, à 23'355 fr. 05 en 2007 et à 27'420 fr. 55 en 2008. Les montants fournis par la recourante n'ont certes pas tous été confirmés par pièces. Cela étant, dans la mesure où le salaire des années 2007 et 2008 correspond exactement à celui mentionné par l'employeur dans son attestation du 20 octobre 2009 (chargé intimée), il y a lieu de considérer que les salaires des années 2004 à 2006, qui ne sont au demeurant pas contestés par l'intimée, sont également corrects.

Il en résulte que pendant la période allant de 2004 à 2008, la recourante a réalisé dans son activité sur appel un salaire annuel moyen de 26'972 fr. 75 (134'863 fr. 70 / 5 ans). Par rapport à ce salaire annuel moyen, les variations annuelles vont de moins 13% (en 2007) à plus 16% (en 2005). 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 en 2009 (son salaire annuel brut s'élevant cette année-là à seulement 15'300 fr., ce qui correspond à une baisse de 43% par rapport à son salaire annuel moyen) et en 2010 (son salaire brut pour les mois de janvier à septembre s'élevant à 7'495 fr. 65), doivent être prises en considération par l'intimée.

La décision litigieuse, 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 son temps de travail ne peut pas être considéré comme normal, doit par conséquent être annulée.

Le Tribunal 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).

On relèvera encore que s'agissant de l'indemnité RHT qu'aurait obtenue l'employeur pour ses salariés (art. 31 à 41 LACI), se pose effectivement la question de savoir pour quelle raison l'employeur n'a pas fait valoir une telle indemnité pour la recourante (art. 38 al. 1 LACI). Cela étant, le Tribunal de céans ne saurait examiner plus avant cette question dans la mesure où la décision litigieuse ne porte pas sur ce point (ATF 131 V 164 consid. 2.1, 125 V 414 consid. 1a, 119 Ib 36 consid. 1b et les références citées).

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.

**PAR CES MOTIFS,  
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

**Statuant**

**A la forme :**

1. Déclare le recours recevable.

**Au fond :**

2. L'admet partiellement.
3. Annule la décision de l'intimée du 10 novembre 2009 et la décision sur opposition du 18 juin 2010.
4. Renvoie la cause à l'intimée pour nouvelle décision au sens des considérants.
5. Dit que la procédure est gratuite.
6. 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

Florence SCHMUTZ

Sabina MASCOTTO

La secrétaire-juriste : Amélia PASTOR

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