RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/489/2005 **ATAS/828/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 1

du 27 septembre 2005

En la cause

Monsieur C_____, représenté par la CAP Protection juridique, Madame R_____, dans les bureaux de laquelle il élit domicile	recourant
contre	
CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, sise rue de Montbrillant 40 - Genève	intimée

---

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mmes Juliana BALDE et Maya CRAMER, Juges

EN FAIT

1. Monsieur C_____ travaille en qualité d'enseignant auprès du Département de l'instruction publique (ci-après DIP) depuis le 1er septembre 1996, à raison de quatorze heures par semaine pour l'année scolaire 2003 – 2004 et de treize heures cinquante pour l'année scolaire 2004 – 2005. Il effectue au surplus des heures dites de remplacement – emploi sur appel. Le salaire mensuel pour son activité à temps partiel s'élève à 5'282 fr. 45 (cf. attestation d'employeur du 26 juillet 2004) et varie, quant à l'emploi sur appel, de 655 fr. en juin 2003 à 2'533 fr. en février 2004 (cf. calendrier du DIP jours travaillés/salaires versés).

   L'intéressé a par ailleurs travaillé du 5 janvier au 26 mars 2004 en qualité de metteur en scène à temps partiel, pour un salaire total de 3'000 fr. (cf. attestation établie par l'association du théâtre du Léman le 23 juillet 2004).

   Il s'est inscrit à l'Office cantonal de l'emploi (ci-après OCE) et a sollicité le versement d'indemnités de chômage dès le 1er juillet 2004.

2. Par décision du 30 septembre 2004, la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la caisse) a rejeté sa demande d'indemnités. La caisse a considéré d'une part, que le contrat conclu avec le DIP de quatorze heures d'enseignement par semaine ainsi que l'emploi sur appel étaient toujours en cours, et d'autre part, que les variations mensuelles de revenu dépassaient à dix reprises la limite admise (in casu 16,7%), de sorte que l'activité sur appel ne présentait pas un caractère régulier. La caisse a par ailleurs relevé que la précédente demande d'indemnité déposée le 1er juillet 2002 avait donné lieu, à tort, à des indemnités compensatoires pour juillet et août 2002. Elle se réservait dès lors de soumettre la décision d'octroi à une révision.

3. L'intéressé, représenté par la CAP Compagnie d'assurance de protection juridique, a formé réclamation le 26 octobre 2004 contre ladite décision.

   Dans des écritures complémentaires du 24 novembre 2004, il explique qu'il exerce la profession de comédien depuis environ vingt ans. Il conteste la qualification de travail sur appel pour toute l'activité déployée en plus du contrat fixe d'enseignement. Il allègue qu'en réalité les heures supplémentaires consistent en la préparation d'un spectacle avec les élèves dans le cadre d'un cours de théâtre, qu'il est également amené à remplacer des collègues malades ou absents et que ce n'est que pour cette dernière activité que son travail pourrait être considéré comme étant sur appel. Il affirme avoir subi une perte de travail à compter du mois de juillet 2004, dans la mesure où il ne pouvait plus accomplir les cinq heures hebdomadaires liées à la préparation du spectacle de l'école ni celles relatives au remplacement de collègues malades ou absents et ne bénéficiait pas non plus d'un contrat de travail de durée déterminée auprès d'un théâtre.

Il relève que la décision litigieuse a été prise sur la base d'une directive du Secrétariat d'état à l'économie (SECO) et fait valoir qu'une telle directive n'a pas force de loi et que, partant, elle ne lie ni l'administration ni le juge. Il rappelle qu'auparavant il avait obtenu le versement d'indemnités de chômage, et considère que lui refuser aujourd'hui le droit à ces indemnités revient à un changement de pratique administrative.

Il ressort de deux attestations produites par l'intéressé qu'il a réalisé un salaire mensuel de 5'282 fr. 45 s'agissant de son emploi fixe pour les mois de septembre et octobre 2004, de 74 fr. 50 pour septembre 2004 et de 223 fr. 50 pour le mois d'octobre 2004, s'agissant de son emploi sur appel.

4. Par décision sur opposition du 28 janvier 2005, la caisse a rejeté la réclamation, se référant à la circulaire du SECO B47. Elle a en effet constaté que l'intéressé avait durant la période de référence allant du 9 juin 2003 au 8 juin 2004 obtenu une moyenne de salaire de 1'799 fr. 65 sur 10,02 mois, moyenne qu'elle a comparée avec le salaire réalisé chaque mois afin de déterminer dans quelle proportion il y a eu des fluctuations. Elle a établi un tableau de ces fluctuations, duquel il résulte que le taux plafond des fluctuations admises est dans le cas particulier de 16,7% (20% x 10,02 mois : 12). Elle a ainsi constaté que l'activité déployée sur appel ne présentait pas un caractère régulier, puisque les variations mensuelles dépassaient le plafond de 16,7% en plus ou en moins admis (excepté en octobre 2003). Elle en conclut que l'intéressé n'a subi aucune perte de travail à prendre en considération au sens de l'art. 11 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI).

5. L'intéressé a interjeté recours le 2 mars 2005 contre ladite décision. Il admet qu'il ne remplit pas la condition prévue par la directive du SECO selon laquelle les fluctuations mensuelles ne doivent pas dépasser 20% du nombre moyen des heures de travail fournies mensuellement pendant la période d'observation pour qu'un temps de travail puisse être présumé normal. Il soutient cependant que cette directive n'a pas à être retenue. Il rappelle au surplus que lui refuser aujourd'hui le droit à l'indemnité de chômage constitue un changement de pratique administrative, laquelle ne saurait intervenir dans le cas d'espèce, sa situation étant identique depuis 1996 en tout cas et la loi et la jurisprudence n'ayant pas évolué depuis la dernière décision positive. Il conclut préalablement à l'audition du directeur du collège et d'un collaborateur de la caisse, et principalement à l'annulation de la décision sur opposition du 28 janvier 2005.

6. Dans son préavis du 20 mai 2005, la caisse a confirmé le bien-fondé de sa décision sur opposition.

7. Le courrier de la caisse a été transmis à l'intéressé et la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 8 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 LPGA qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI). Sa compétence pour juger le cas d'espèce est ainsi établie.

3. Ratione temporis, les dispositions de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales, sont applicables.

4. Le recours, interjeté en temps utile, est recevable (articles 56 et 60 LPGA).

5. Le recourant sollicite l'audition du directeur du collège et d'un collaborateur de la caisse.

   L'autorité peut renoncer à l'administration des preuves requises dont le résultat présumé n'apporterait pas d'éléments nouveaux ou déterminants (ATF 120 Ib 224, consid. 2b).

   En l'espèce, les témoins que voudraient faire entendre le recourant ne pourraient qu'apporter des précisions quant à l'activité exercée au sein du DIP. Or, le Tribunal de céans s'estime suffisamment informé à cet égard.

6. L'objet du litige porte sur l'octroi d'indemnités de chômage durant les mois de juillet et août 2004.

7. Pour pouvoir bénéficier des indemnités de chômage, un assuré doit notamment avoir subi une perte de travail à prendre en considération (art. 8 al. 1 let. b LACI). Aux termes de 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.

8. Dans son opposition, l'intéressé contestait que soit qualifiée de travail sur appel toute l'activité déployée en plus du contrat fixe d'enseignement. Il considérait que seules les heures de remplacement de collègues malades ou absents pouvaient l'être. Dans son recours en revanche, il ne s'oppose plus à cette qualification. Le fait qu'il y ait travail sur appel n'est ainsi plus contesté.

9. Le travail dit sur appel est une forme d'activité irrégulière comme le travail auxiliaire, mais le travailleur prend l'engagement d'exercer l'activité requise chaque fois que l'employeur fait appel à lui. Il n'est pas libre de refuser l'engagement et doit se tenir à disposition de l'employeur. Comme le droit suisse ne prévoit pas de salaire minimum, il est possible de prévoir expressément par contrat que le salaire pour l'activité principale inclut l'indemnisation pour le temps de disponibilité à l'extérieur. Cela étant, l'art. 324 CO n'autorise pas l'employeur à déterminer unilatéralement, en fonction de ses propres besoins, la durée du travail et la rétribution du travailleur. Un tel accord n'est dès lors valable que si l'employeur fournit au travailleur suffisamment de travail de manière à ce que ce dernier puisse réaliser une rémunération convenable pour les services fournis. Comme en matière de travail auxiliaire régulier, si l'employeur cesse momentanément de faire appel au travailleur, il est en demeure de fournir le travail dans la mesure de la moyenne précédente et il doit payer le salaire équivalant à cette moyenne (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, Commentaire du contrat de travail 2004, p. 409).

   Quiconque s'engage à fournir un travail sur appel durant une durée indéterminée est partie à un rapport de travail fondé sur une occupation à temps partiel. L'horaire de travail convenu spécialement est alors considéré comme normal, de sorte que l'intéressé ne subit aucune perte de travail, respectivement aucune perte de gain, lorsqu'il n'est pas appelé (DTA – droit du travail et assurance chômage 1991, p. 80).

   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 61, consid. 1 ; DTA 1995, p. 48 consid. 2a ; DTA 1998, p. 98).

   Si les appels ont été réguliers, 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. Il

convient de tenir compte du fait que le travail sur appel a été fourni pendant une période prolongée et plus ou moins constamment (DTA 1995, p. 45).

Selon la circulaire relative à l'indemnité de chômage publiée par le SECO, B46, janvier 2003, 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 le travailleur et l'employeur.

Si comme le prévoit le contrat, le salarié ne travaille que sur appel de l'employeur mais n'a pas l'obligation d'accepter de travailler, le temps de travail résultant de cet accord spécial doit être considéré comme normal et le travailleur n'a, partant, pas droit 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 prendra en principe pour période d'observation les douze derniers mois de rapport de travail ou, si ce rapport a duré moins de douze mois, toute sa durée. 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 ; 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 (circulaire relative à l'indemnité de chômage publiée par le SECO, B46 ; B47 ; B48).

10. En l'espèce, force est de constater qu'il n'a pas été mis fin à l'activité sur appel exercée par le recourant et que cette activité ne présente pas un caractère régulier au sens de la directive précitée, les variations mensuelles sur la période observée

dépassant le plafond de 16,7% (20% x10,02 mois : 12) en plus ou en moins prévu, à l'exception d'un seul mois. Le recourant ne conteste du reste pas que la condition exigée par la directive du SECO ne soit pas réalisée. Il fait cependant valoir que cette directive ne lie ni l'administration, ni le juge.

11. Le SECO en tant qu'autorité de surveillance chargée d'assurer l'application uniforme du droit peut donner des instructions aux organes d'exécution, dans le cadre d'ordonnances administratives dites interprétatives. Bien que de telles ordonnances exercent par leur fonction une influence indirecte sur les droits et les obligations des administrés, elles n'en ont en effet pas pour autant force de loi. En particulier, elles ne lient ni les administrés, ni le juge, ni même l'administration dans la mesure où elles ne dispensent pas cette dernière de l'examen de chaque situation individuelle. Par ailleurs, elles ne peuvent créer de nouvelles règles de droit ni contraindre les administrés à adopter un certain comportement actif ou passif. En bref, elles ne peuvent sortir du cadre de l'application de la loi et prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 127 V 61, consid. 3a et ATFA. non publié C 340/00 du 8 avril 2004).

    L'exigence contenue à l'art. 11 al. 1 LACI visant à ce qu'il y ait un manque à gagner et à ce que la perte de travail dure au moins deux journées de travail consécutives implique une certaine latitude de jugement conférée à l'administration. Cette disposition légale ne prévoit pas expressément le cas du travail sur appel. Elle doit être interprétée conformément à son but.

    Le TFA a eu maintes fois l'occasion de préciser à cet égard que 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 (ATF 107 V 61).

    Le Tribunal de céans constate dès lors qu'en édictant les directives B46 – 47 – 48, et en fixant des critères objectifs et précis sur la base de la jurisprudence du TFA, le SECO n'a pas outrepassé son pouvoir d'appréciation.

    Quoi qu'il en soit, il ne pouvait à l'évidence être prévu qu'en juillet et août, période de vacances scolaires, l'intéressé soit amené à préparer le spectacle de l'école, ou à remplacer des collègues malades.

12. Le recourant se plaint par ailleurs de ce que lui refuser aujourd'hui le droit à des indemnités de chômage revient à un changement de pratique administrative.

    Un changement de pratique administrative doit – de la même manière qu'un revirement de jurisprudence décidé par une autorité judiciaire (RCC 1987 p. 623, consid. 2b ; MOOR, Droit administratif, vol. I, 2ème éd., Berne 1994, p. 76 et les references) – reposer sur des motifs objectifs, à savoir une connaissance approfondie de l'intention du législateur, un changement des circonstances

extérieures ou l'évolution des conceptions juridiques. Une pratique qui se révèle erronée ou dont l'application a conduit à des abus répétés ne peut être maintenue (ATF 126 V 40, 124 V 124 consid. 6a, 387 consid. 4c et les références ; voir aussi ATF 125 II 163 consid. 4c/aa).

Le TFA a admis la possibilité d'un changement de pratique administrative ou de jurisprudence, sous peine de lier l'autorité définitivement à la première que celle-ci a pu donner d'une loi (ATF 103 Ia 461 ; ATF 111 Ia 162). Un tel changement n'est cependant admissible que s'il respecte cumulativement les principes constitutionnels régissant le droit administratif et, singulièrement, les principes de la légalité, de l'intérêt public, de l'égalité de traitement et de la bonne foi (cf. Blaise KNAPP, Cours de droit administratif, 1994 p. 33 et ss.).

En l'espèce, le recourant soutient que les années précédentes, l'OCE lui a accordé le versement d'indemnités de chômage dans les mêmes circonstances. Une telle pratique antérieure ne saurait cependant empêcher l'assurance de revenir sur une décision formellement passée en force lorsqu'elle est manifestement erronée et que sa rectification revêt une importance notable (art. 53 al. 2 LPGA). Tel est manifestement le cas en l'occurrence au vu des considérants 10 et 11 ci-dessus. Aussi le recours, mal fondé, doit-il être rejeté.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

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 par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettre a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas enter en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière — La Présidente :

Marie-Louise QUELOZ — Doris WANGELER

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