

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1874/2014

ATAS/1191/2014

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 18 novembre 2014

1^{ère} Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié au GRAND-LANCY

recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, sise rue
de Montbrillant 40, GENÈVE

intimée

**Siégeant : Doris GALEAZZI, Présidente; Evelyne BOUCHAARA et Christine
TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur A_____ a déposé une demande d'indemnités de l'assurance-chômage auprès de la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la Caisse) le 1^{er} mars 2014, de sorte qu'un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur de cette date jusqu'au 28 février 2016. Il a indiqué travailler depuis 2010 en qualité de photographe chez B_____ SA sur appel, et précisé qu'il avait réalisé un revenu mensuel moyen les douze derniers mois de CHF 4'731.-.
2. Par décision du 12 mai 2014, la Caisse a rejeté sa demande, au motif qu'une diminution de ses revenus n'avait pas été démontrée et que ceux-ci étaient supérieurs à l'indemnité de chômage à laquelle il aurait droit.
3. L'intéressé a formé opposition le 14 mai 2014. Il relève que
« je paie des cotisations sociales et j'ai perdu mon travail en 2010. Depuis, je continue de travailler selon la convention collective de travail en vigueur pour les journalistes et photographes travaillant à la pige à la demi-journée, journée ou parution, j'ai donc réalisé des gains intermédiaires ; comme vous me l'avez stipulé, on n'a pas le droit de refuser du travail sous prétexte que l'on n'a pas de contrat et de garantie, sous peine de n'être pas indemnisé par la caisse et dans ce domaine, j'ai toujours tout fait pour être le moins dépendant, sacrifiant mes vacances, jours fériés, week-end, n'étant jamais malade ou absent pour d'autres raisons ».
L'intéressé a indiqué, dans une note manuscrite apposée sur la copie de la décision contestée, qu'il demandait simplement l'ouverture d'un nouveau droit pour deux ans, et qu'il ne contestait ni le montant assuré, ni le non-versement en cas de gain égal ou supérieur au montant assuré.
4. Par décision du 13 juin 2014, la Caisse a rejeté l'opposition, considérant qu'aucune perte d'emploi ne pouvait être reconnue à l'intéressé, du fait que l'activité sur appel qu'il exerce depuis 2010 a de fait un caractère durable.
5. L'intéressé a interjeté recours le 27 juin 2014 contre ladite décision. Il ne comprend pas pour quelle raison sa demande est refusée et rappelle à cet égard qu'« en mars 2012, j'ai eu un délai-cadre jusqu'au 28 février 2014, alors que la loi sur le chômage avait déjà changé. Pendant ce délai-cadre, j'ai travaillé et cotisé de la même manière que pendant le délai-cadre de mars 2010 à février 2012 sans interruption pendant deux ans. Idem de mars 2012 à février 2014. Je n'admets pas que dans un cas, vous m'accordez un délai-cadre, et dans l'autre, vous me le refusez, alors que les circonstances sont identiques et la loi sur le chômage n'a plus changé entretemps ».
Il a complété son recours le 9 juillet 2014.
6. Dans sa réponse du 22 août 2014, la Caisse a conclu au rejet du recours. Elle admet que, lors de son inscription en mars 2012, l'intéressé avait travaillé de la même manière durant les deux années qui précédaient et que cela avait tout de même permis l'ouverture d'un délai-cadre d'indemnisation. Elle constate cependant que

ce dernier délai-cadre avait été ouvert à tort, puisque le gestionnaire en charge du dossier aurait dû tenir compte du principe de la variabilité, la demande étant déposée sur la base d'un emploi sur appel.

7. Le 23 août 2014, l'intéressé a transmis à la chambre de céans copie d'un courrier adressé à la Caisse le 5 août précédent. Il y rappelle que « j'ai eu un peu de travail suite à de longues absences de collègues de plusieurs mois, mais dès octobre-novembre 2014, le staff étant au complet, les mesures d'économie vont être concrètes, donc avec une baisse bien importante que précédemment, voire même plus de gain, et comme j'ai des frais et des charges, je vais être obligé de stopper très rapidement ce travail, car à défaut d'avoir des gains, il faut que j'en limite les coûts qui vont être supérieurs aux bénéfiques, ce qui n'est plus possible, vu que mes gains vont être très inférieurs à ce que j'ai eu jusqu'à présent ».
8. Dans sa réplique du 10 septembre 2014, l'intéressé a fait part de son sentiment d'injustice, alléguant que « j'ai pensé naïvement et cru ce qu'on m'a dit pendant ma période de chômage et même après, ainsi que la logique, le bon sens et ce qui était valable pour d'autres travailleurs le serait pour moi aussi. Comme je n'ai pas pris de juriste, ni d'avocat pour me défendre, vous m'avez submergé de textes de loi et d'un juriste de toute évidence partial et pas du tout enclin à aller dans le sens du chômeur. Le juriste qui ne fait que confirmer une décision précédente, sans prendre en compte aucun de mes arguments, si l'on excepte l'interprétation qui m'est évidemment défavorable, et ne lire que ce qui va dans le sens d'un refus ».
9. Dans sa duplique du 7 octobre 2014, la Caisse a relevé que dans l'hypothèse où le recourant mettrait fin aux rapports de travail le liant à son employeur, la notion de variabilité exposée dans les décisions rendues ne s'appliquerait plus, et il pourrait alors éventuellement prétendre à l'indemnité de chômage dès ce terme, sous réserve qu'il remplisse toutes les conditions posées par la loi.

La Caisse a versé au dossier une fiche d'annulation au 22 septembre 2014, établie au motif que l'intéressé avait trouvé un emploi par ses propres moyens.

10. Ce courrier a été transmis à l'intéressé, puis la cause 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 les formes et délais légaux, le recours est recevable (art. 1 LACI, 38, 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.

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. 13 al. 1 LACI, celui qui, dans les limites du délai-cadre, a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation remplit les conditions relatives à la période de cotisation. Le délai-cadre applicable à la période de cotisation commence à courir deux ans avant le premier jour où l'assuré remplit toutes les conditions dont dépend le droit à l'indemnité (art. 9 al. 2 et 3 LACI). L'art. 13 LACI se rapporte à l'obligation de cotiser et implique donc par principe l'exercice d'une activité soumise à cotisation en Suisse (ATF 128 V 186 consid. 3b).

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. 1). À cet égard, l'art. 4 al. 1 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).

4. 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. Bulletin LACI Indemnité Chômage de janvier 2014 [ci-après : Bulletin IC], 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 du Bulletin IC, 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.

Selon les chiffres B97a et B97b du Bulletin IC, octobre 2012, aussi bien lors de l'ouverture d'un premier délai-cadre que d'un délai-cadre consécutif, il convient de déterminer jusqu'à quand, lorsqu'il commence à durer, un rapport de travail sur appel qui avait été accepté initialement pour diminuer le dommage peut être pris en compte sans entraîner une négation du droit pour absence de perte de travail. Ni la LACI, ni l'OACI n'indiquent à partir de quel moment un rapport de travail sur appel entraîne une négation du droit pour absence de perte de travail. Il n'est ainsi pas possible d'établir une durée de référence qui pourrait s'appliquer à tous les cas de ce type. Il faut partir du principe qu'un rapport de travail qui a été accepté pour diminuer le dommage n'entraîne pas systématiquement une suppression du droit aux indemnités. Cependant, plus le rapport de travail sur appel s'inscrit dans la durée, plus il faut partir de l'idée que cette nouvelle situation professionnelle revêt un caractère de normalité pour l'assuré. Parallèlement, plus les rapports de travail vont durer, plus le principe de diminution du dommage perdra de sa pertinence. A titre indicatif, une activité sur appel qui dure depuis plus d'un an peut être qualifiée de normale. Dès lors, les périodes où l'assuré n'est pas appelé n'engendrent pas de perte de travail à prendre 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, 2e 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 1er 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. Aussi a-t-il considéré que, 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 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 1er février 2007, C 8/06, consid. 4.3 ; ATAS/159/2014).

5. Il n'est pas contesté que l'assuré exerce un emploi sur appel. En l'espèce, la Caisse a examiné quels avaient été les revenus réalisés par l'assuré au cours des douze derniers mois d'activité de mars 2013 à février 2014, et retenu un revenu mensuel moyen de CHF 4'731.-. Force est sur cette base, de constater que les variations pour les mois de mars (CHF 3'169.50), avril (CHF 5'988.-), juillet (CHF 5'917.50), août (CHF 5'988.-), septembre (CHF 6'577.50), novembre 2013 (CHF 2'239.50) et janvier 2014 (CHF 2'610.-), sont supérieures à 20%, soit dépassant la limite de variabilité qui aurait permis de reconnaître un horaire normal usuel et, partant, une perte d'emploi.

Au regard de la jurisprudence (ATF 107 V 59 ; ATF C 8/06), ces taux - importants - de fluctuations obligent à conclure à l'absence d'une perte de travail pouvant être prise en considération.

6. Il convient encore de préciser que le fait que le travail sur appel de l'assuré soit poursuivi par ce dernier pour diminuer son dommage est sans pertinence quant à

l'issue du présent litige. En effet, de par l'écoulement du temps depuis la conclusion de son contrat de travail sur appel en 2010, sa situation professionnelle s'est inscrite dans la normalité, ce qui exclut tout droit à l'indemnité de chômage (cf. Bulletin IC, chiffre B97b).

Compte tenu de ces éléments, c'est à juste titre que la Caisse a refusé à l'assuré le droit à des indemnités de chômage.

7. L'assuré allègue enfin que « lors de son inscription en mars 2012, il avait travaillé de la même manière durant les deux années qui précédaient et que cela avait tout de même permis l'ouverture d'un délai-cadre d'indemnisation ».

Il résulte toutefois de ce qui précède que c'est à tort que la Caisse avait ouvert ce délai-cadre, puisqu'elle n'avait pas tenu compte du principe de la variabilité s'agissant d'un emploi sur appel.

Or, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, l'autorité compétente devra toujours se souvenir que le principe de l'égalité de traitement interdit de faire des distinctions qu'aucun fait important ne justifie, ou de soumettre à un régime identique des situations de fait qui présentent entre elles des différences importantes et de nature à rendre nécessaire un traitement différent (ATF 135 II 78). Selon la jurisprudence constante, le fait que l'autorité ait violé la loi dans un cas d'espèce ne donne pas un droit aux administrés se trouvant dans une situation semblable à un traitement identique et tout aussi illégal : il n'y a pas d'égalité dans l'illégalité, car le principe de la légalité prime normalement celui de l'égalité de traitement (ATF 131 V 9 ; 126 V 390 ; 123 II 248 ; 122 II 446 ; SJ 2001 I 529 ; RDAF 2007 II 531). Une exception à cette règle doit néanmoins intervenir si l'autorité s'écarte de la loi par une pratique établie et n'entend pas revenir à une pratique légale : l'administré qui se trouve dans une situation identique à celle de ceux qui ont bénéficié du traitement illégal a alors le droit au même traitement, sauf si des intérêts publics ou privés prépondérants exigent que la loi soit appliquée strictement en l'espèce (ATF 136 I 65 ; 127 I 1 ; T. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, n° 597-598-599).

Il apparaît en l'espèce que la Caisse avait ouvert - à tort - un délai-cadre d'indemnisation en faveur de l'assuré. Celui-ci ne saurait s'en prévaloir, dans la mesure où le fait que la Caisse ait violé la loi précédemment ne lui donne pas un droit à ce qu'elle rende à nouveau une décision non conforme à la loi et à la jurisprudence.

Aussi le recours doit-il être rejeté.

**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

Nathalie LOCHER

Doris GALEAZZI

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