

VD_GERICHTE ZQ17.035349 vom 16. Februar 2018

VD Tribunal cantonal, 2018-02-16, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_ZQ17.035349

FR: VD_GERICHTE ZQ17.035349 du 16 février 2018

IT: VD_GERICHTE ZQ17.035349 del 16 febbraio 2018

Erwägungen

E. 1

a) Les dispositions de la LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) s'appliquent aux contestations relevant de la LACI (art. 1 al. 1 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0]). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours (art. 56 al. 1 LPGA) auprès du tribunal des assurances compétent (art. 100 al. 3 LACI et art. 119 OACI [ordonnance du

- 6 - 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02], par renvoi de l'art. 128 al. 1 OACI), dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA). Dans le cas présent, le recours a été formé en temps utile et dans le respect des formalités prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), de sorte qu'il est recevable. b) La LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 173.36) s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD). La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer (art. 93 let. a LPA-VD). La cause portant en l'espèce sur la question de l'ouverture d'un délai-cadre d'indemnisation de deux ans, et plus particulièrement sur celle du droit à l'indemnité de chômage pendant cette période, la valeur litigieuse est susceptible de dépasser 30'000 francs. Elle ressort dès lors de la compétence de la Cour des assurances sociales, statuant à trois juges (art. 94 al. 1 let. a, a contrario, LPA-VD).

E. 2

En l'espèce, le litige porte sur le droit du recourant à l'ouverture d'un délai-cadre d'indemnisation et à l'indemnité de chômage dès le 3 mars 2017. Il s'agit plus particulièrement de déterminer s'il a subi une perte de travail à prendre en considération, susceptible d'être indemnisée.

E. 3

Le droit à l'indemnité de chômage n'est ouvert – entre autres conditions cumulatives prévues à l'art. 8 al. 1 let. a à g LACI – que si l'assuré a subi une perte de travail à prendre en considération au sens de l'art. 11 LACI (art. 8 al. 1 let. b LACI). Selon l'art. 11 al. 1 LACI, la perte de travail doit être prise en considération lorsqu'elle se traduit par un manque à gagner et dure au moins deux journées de travail consécutives. N'est en revanche pas prise

- 7 - en considération la perte de travail pour laquelle le chômeur a droit au salaire ou à une indemnité pour cause de résiliation anticipée des rapports de travail (art. 11 al. 3 LACI).

E. 4

a) En l'occurrence, le recourant a sollicité des indemnités de chômage à partir du 3 mars 2017 au motif qu'il s'était retrouvé sans emploi suite à la fermeture du magazine [...] pour lequel il travaillait dans le cadre du contrat de travail qu'il avait conclu avec X. _____ SA le 15 août 2016. La Caisse a toutefois estimé que le recourant ne subissait pas de perte de travail, au regard de l'assurance-chômage, du fait qu'il avait exercé son activité dans le cadre d'un contrat de travail sur appel et n'avait pas eu un volume de travail relativement constant pendant une période d'au moins six mois. La jurisprudence prévoit en effet 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. 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 ; TF 8C_318/2014 du 21 mai 2015 consid. 2.2 et 8C_379/2010 du 28 février 2011 consid. 1.2 in DTA 2011 p. 149). b) Se pose tout d'abord la question de savoir si, comme le soutient la Caisse, le contrat de travail signé le 15 août 2016 entre le recourant et X. _____ SA est effectivement un contrat de travail sur appel. Le contrat de travail sur appel, qui prend généralement la forme d'un contrat de durée indéterminée, se caractérise par le fait que le temps de travail est irrégulier. L'horaire, voire le nombre d'heures de travail, est adapté ou modifié régulièrement en fonction des besoins de

- 8 - l'employeur. Il en résulte que le travailleur doit se tenir à disposition de son employeur et répondre à ses « appels ». Le nombre d'heures de travail rémunérées varie donc selon les exigences ou besoins de l'employeur (Jean-Philippe Dunand in : Commentaire du contrat de travail, Dunand/Mahon [éd.], Berne 2013, n° 54 ss ad art. 319 CO ; Bulletin LACI IC [indemnité chômage], édition de janvier 2018 du Secrétariat d'Etat à l'économie [ci-après : SECO], B95). Force est de constater en l'espèce que le contrat signé est très succinct et ne comporte comme indications que le début du contrat de travail, à savoir le 15 août 2016, le lieu de travail ([...]), la fonction (secrétaire de rédaction), le salaire, fixé à 280 fr. brut par jour et incluant le droit aux vacances de 8,33 %, ainsi que la couverture d'assurance-accidents. Il rappelle ensuite au collaborateur ses obligations relativement au maintien du secret, son devoir de diligence et de fidélité, et se réfère au code de conduite du groupe X. _____ ainsi qu'aux règles d'utilisation de l'informatique. Dans les faits, comme il l'invoque dans son recours, l'assuré a travaillé à plein temps du 15 août 2016 au 20 janvier 2017, mise à part la période entre Noël et Nouvel an, et a ensuite pris trois semaines vacances. A son retour, le magazine [...] n'existait plus. Après discussion avec son employeur, il a été convenu qu'ils poursuivent leur collaboration, le recourant étant désormais employé comme « collaborateur libre ». Ils ont établi à cet égard un « avenant au contrat pour un collaborateur libre / CO », débutant le 1er mars 2017 et précisant expressément que les prestations étaient conclues sur commande et selon le tarif en vigueur, qu'elles se suivaient selon un accord réciproque, chaque partie restant libre d'accepter ou refuser la mission. La fonction (secrétaire de rédaction) et le salaire (280 fr. brut par jour, comprenant l'indemnité de vacances à hauteur de 8,33 %) restaient inchangés. La rubrique concernant l'assurance-accidents précisait que l'employé était assuré contre les accidents professionnels et – lors d'un temps de travail de 8 heures minimum par semaine – aussi contre les accidents non professionnels. Cet avenant comportait en outre des indications sur le décompte de

- 9 - prestations, la caisse de pension, les frais, le temps d'essai ainsi que le délai de préavis avant d'aborder des questions liées à la diligence journalistique et aux droits d'auteur. Cet avenant prévoit ainsi clairement du travail sur appel, contrairement au contrat initial signé le 15 août 2016 qui ne précise rien à ce sujet. Dans la mesure où le recourant a travaillé à plein temps jusqu'à la fin du magazine [...], il y a lieu de retenir qu'il a exercé cette activité dans le cadre d'un contrat de travail de durée indéterminée « ordinaire », prévoyant un salaire journalier, et que « l'avenant » signé début mars 2017 constitue en réalité un nouveau contrat de travail aux conditions fondamentalement différentes du premier. c) Dans sa demande d'indemnités de chômage, le recourant a indiqué que son contrat du 15 août 2016 n'avait pas été résilié, ce qu'a confirmé X. _____ SA dans l'attestation de l'employeur remplie le 20 avril 2017. Il ressort cependant des pièces du dossier que le recourant et son employeur ont convenu courant février 2017, au retour de vacances du recourant, que leur collaboration se poursuivrait dans le cadre d'un contrat de travail sur appel (cf. opposition du 16 mai 2017). Ce faisant, ils ont procédé à un congé-modification, à savoir une résiliation du contrat de travail initial, en vue de le remplacer par un nouveau contrat aux conditions modifiées (ATF 123 III 246 consid. 3 ; Aline Bonard, in : Commentaire du contrat de travail, op. cit., n° 17 ss ad art. 335 CO). Or il n'est pas admissible de faire entrer en vigueur les modifications contractuelles avant l'échéance du délai de résiliation, auquel cas le congé serait abusif (ATF 123 III 246 consid. 4a). Concrètement, cela signifie que les nouvelles conditions de travail convenues entre le recourant et son employeur courant février 2017 ne pouvaient prendre effet qu'après l'écoulement du délai de congé, qui était d'un mois (cf. attestation de l'employeur et également art. 335c CO, le recourant se trouvant dans sa première année de service). Les modifications du contrat ayant été discutées en février 2017, le contrat de travail conclu le 15 août 2016 ne pouvait par conséquent être résilié que pour le 31 mars 2017, et la modification du contrat de travail ne pouvait prendre effet qu'à partir du

- 10 - 1er avril 2017. Il s'ensuit que le 3 mars 2017, date à partir de laquelle le recourant sollicite des indemnités de chômage, celui-ci était encore lié par le contrat de travail signé le 15 août 2016. d) Or, dans le cadre de ce contrat, le recourant pouvait faire valoir des prétentions de salaire à l'encontre de son employeur pour autant qu'il ait démontré par son attitude être prêt à fournir sa prestation (cf. art. 324 CO). Dans la mesure où le risque de l'entreprise incombe à l'employeur, la fermeture du magazine [...] ne pouvait ainsi à elle seule libérer X. _____ SA de son obligation de payer le salaire au recourant. Comme déjà évoqué ci-dessus, l'art. 11 al. 3 LACI pose le principe selon lequel l'assurance-chômage ne verse pas d'indemnités lorsqu'un chômeur peut faire valoir des droits envers son ancien employeur pour la période correspondant à la perte de travail alléguée. Dans ce cas, la perte de travail n'est pas accompagnée d'une perte de gain effective puisque l'assuré a encore des prétentions contractuelles à faire valoir envers son ancien employeur (cf. Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève / Zurich / Bâle 2014, n° 25 ad art. 11 LACI, p. 110). Demeure réservée une application de l'art. 29 LACI, qui permet à la caisse de verser l'indemnité de chômage si elle a de sérieux doutes que l'assuré ait droit, pour la durée de la perte de travail, au versement par son ancien employeur d'un salaire ou d'une indemnité au sens de l'art. 11 al. 3 LACI, ou que ces prétentions soient satisfaites. Force est de constater qu'en l'occurrence, le recourant ne subissait pas encore de perte de gain durant le mois de mars 2017, compte tenu des prétentions salariales qu'il pouvait faire valoir. Par conséquent, il ne peut se prévaloir d'une perte de gain à prendre en considération qu'à partir du 1er avril 2017, sous réserve

d'une éventuelle application de l'art. 29 LACI par la Caisse. e) Il s'avère ainsi qu'en raison de la modification de son contrat de travail signé le 15 août 2016, le recourant a subi une perte de travail et de gain à prendre en considération au sens des art. 8 al. 1 let. b

- 11 - et 11 LACI. Son droit à l'indemnité de chômage dépend encore des autres conditions posées à l'art. 8 al. 1 LACI, que la Caisse est invitée à examiner.

E. 5

a) En définitive, le recours doit être admis et la décision attaquée annulée, le dossier étant renvoyé à la Caisse intimée afin qu'elle examine si les autres conditions dont dépend le droit à l'indemnité de chômage sont réalisées. b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA). Le recourant, qui n'est pas représenté par un mandataire professionnel, n'a pas droit à des dépens.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.