

## VD\_OMNI PS.2000.0139 vom 23. August 2002

VD Tribunal cantonal, 2002-08-23, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_PS.2000.0139](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PS.2000.0139)

FR: VD\_OMNI PS.2000.0139 du 23 août 2002

IT: VD\_OMNI PS.2000.0139 del 23 agosto 2002

### Regeste

c/SE | Recourante travaillant pour la même entreprise pendant quatre ans au bénéfice de contrats successifs d'une durée d'un mois, sans interruption sauf en juillet 1996, août 1997 et juillet 1999. Refus d'indemnité pour cette dernière période confirmé, vu la conclusion tacite d'un contrat de durée indéterminée.

### Volltext

Vaud Tribunal cantonal Cour de droit administratif et public 23.08.2002 PS.2000.0139

c/SE | Recourante travaillant pour la même entreprise pendant quatre ans au bénéfice de contrats successifs d'une durée d'un mois, sans interruption sauf en juillet 1996, août 1997 et juillet 1999. Refus d'indemnité pour cette dernière période confirmé, vu la conclusion tacite d'un contrat de durée indéterminée.

CANTON DE VAUD TRIBUNAL ADMINISTRATIF Arrêt du 23 août 2002 sur le recours interjeté par A. \_\_\_\_\_, route \_\_\_\_\_, à Z. \_\_\_\_\_, contre la décision du Service de l'emploi, 1ère instance cantonale de recours en matière d'assurance-chômage, du 17 août 2000 (restitution d'indemnités). \* \* \* \* \* Composition de la section: M. Alain Zumsteg, président; M. Charles-Henri Delisle et M. Jean-Pierre Tabin, assesseurs. Greffier: M. Yann Jaillet. Vu les faits suivants: A. \_\_\_\_\_, née le 30 juin 1957, a bénéficié successivement de quatre délais-cadres d'indemnisation ayant couru respectivement du 1er novembre 1992 au 31 octobre 1994, du 1er novembre 1994 au 31 octobre 1996, du 1er novembre 1996 au 31 octobre 1998 et du 1er novembre 1998 au 31 octobre 2000, délais durant lesquels elle a effectué des recherches d'emploi à temps plein ou partiel. B. \_\_\_\_\_ Entre novembre et décembre 1994, A. \_\_\_\_\_ a suivi des cours de perfectionnement en informatique dispensés par l'entreprise MFC 2000. Dès août 1995, elle a travaillé pour le compte de cette dernière, en qualité de formatrice bureautique. Aucun contrat écrit n'a été établi. Pour chaque mois de travail, accompli à temps partiel ou complet, elle a reçu une fiche de salaire indiquant les déductions sociales. Elle a ainsi réalisé des gains intermédiaires, souvent supérieurs à son gain assuré. A la question "L'activité de l'assuré(e) se poursuit-elle ?", chacune des attestations de gain intermédiaire répond par la négative en précisant, sous "Motif de la résiliation du rapport de travail" : "Mandat". Néanmoins l'activité de l'intéressée s'est poursuivie sans interruption, hormis en juillet 1996, août 1997 et juillet 1999, mois pour lesquels aucune déclaration de gain intermédiaire n'a pas été déposée. Au mois de juillet 1999, A. \_\_\_\_\_ a indiqué qu'elle était sans emploi; elle a touché des indemnités de chômage pour toute la période de contrôle. Le mois suivant, elle a repris son activité auprès de MFC 2000, obtenant un gain intermédiaire, lequel a été complété par l'assurance-chômage. C. \_\_\_\_\_ Par décision du 16 septembre 1999, la Caisse publique cantonale vaudoise de chômage (ci-après: la caisse), en application de l'art. 95 al. 1 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur

l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI), a requis de A. \_\_\_\_\_ qu'elle restitue la somme de 1'302 fr. 85, à titre d'indemnités versées à tort pour le mois de juillet 1999. Dans sa motivation, la caisse a relevé que l'emploi de l'assurée n'avait pas pris fin au mois de juin 1999, comme cela avait été indiqué sur l'attestation de gain intermédiaire. Elle en a conclu que la recourante n'ayant pas travaillé durant le mois litigieux, il revenait à MFC 2000 de verser le salaire, conformément à l'art. 324 a du Code des obligations (CO), lequel garantit le paiement du salaire par l'employeur lorsque le travailleur est empêché de travailler sans faute pour des causes inhérentes à sa personne.

D. Le 17 août 2000, le Service de l'emploi, 1<sup>ère</sup> instance cantonale de recours en matière d'assurance-chômage (ci-après: le Service de l'emploi), a rejeté le recours formé par A. \_\_\_\_\_ et confirmé la décision rendue le 16 septembre 1999 par la caisse. Dans ses considérants, le Service de l'emploi qualifie le rapport qui liait la recourante à l'entreprise MFC 2000 de contrat de travail de durée indéterminée et non de mandat. Comme la recourante travaillait depuis plus d'une année pour son employeur, ce dernier devait soit lui fournir du travail pour le mois de juillet (art. 324 al. 1 CO), soit respecter le délai de congé légal d'un mois, si le contrat était résilié (art. 335c al. 1 CO). Dans un cas comme dans l'autre, il revenait à l'employeur de payer A. \_\_\_\_\_, et non à la caisse, qui était dès lors tenue d'exiger la restitution des indemnités versées à tort pour le mois litigieux, conformément à l'art. 95 LACI. E.

A. \_\_\_\_\_ a recouru au Tribunal administratif le 12 septembre 2000 contre la décision du Service de l'emploi du 17 août 2000. Elle conclut implicitement à son annulation, faisant valoir que le rapport la liant à l'entreprise MFC 2000 était un mandat et non un contrat de travail, et que son employeur ne l'avait pas empêchée d'accepter d'autres mandats pendant les cinq années précédentes. Elle précise que, vu la spécificité de sa profession, il lui était difficile de trouver du travail durant la période estivale. Dans sa réponse du 5 octobre 2000, le Service de l'emploi conclut au rejet du recours, relevant qu'il n'incombait pas à l'assurance-chômage de se substituer aux obligations de l'employeur, au premier rang desquelles celle de fournir du travail à son employée. Pour leur part, la caisse et l'Office régional de placement du district de Z. \_\_\_\_\_ (ci-après: ORP) ont transmis leur dossier au Tribunal administratif sans formuler d'observations. Considérant en droit: 1. Déposé dans le délai de trente jours fixé par l'art. 103 al. 3 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI), le recours est intervenu en temps utile. Il est au surplus recevable en la forme. 2. L'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). La caisse est tenue d'exiger du bénéficiaire la restitution des prestations de l'assurance auxquelles il n'avait pas droit (art. 95 al. 1 première phrase LACI). Ainsi, tombe notamment sous le coup de cette disposition l'assuré qui touche des indemnités alors qu'il était encore lié contractuellement à son employeur. Dès lors, il convient de déterminer si, en l'espèce, A. \_\_\_\_\_ était liée par un contrat à MFC 2000 pour le mois de juillet 1999, et dans l'affirmative, quelle était la qualification de ce contrat. 3. La recourante a exposé qu'elle était liée à l'entreprise MFC 2000 par une succession de mandats, arguant que son employeur ne l'avait jamais empêchée d'accepter d'autres mandats et qu'il révoquait le contrat à la fin de chaque mois, comme le permet l'art. 404 al. 1 CO. Dans sa décision du 16 septembre 1999, la caisse a qualifié l'activité de la recourante de mandat, mais a invoqué l'art. 324a CO, disposition propre au contrat de travail; elle a ainsi implicitement estimé que le rapport liant la recourante à MFC 2000 était un contrat de travail et qu'il ne s'était pas terminé le 30 juin 1999. Empêchée de travailler en juillet sans

faute de sa part, A. \_\_\_\_\_ aurait eu droit au versement de son salaire, conformément à l'art. 324a CO. Pour sa part, le Service de l'emploi a lui aussi considéré que la relation contractuelle relevait du droit du travail et jugé que la conclusion répétée de contrats de travail de durée déterminée entraînait la création d'un nouveau contrat de travail, de durée indéterminée. De ce fait, l'employeur était tenu de fournir du travail à A. \_\_\_\_\_ (art. 324 al. 1 CO) ou de respecter le délai de congé, fixé à un mois puisque la recourante était à son service depuis plus d'une année (art. 335c al. 1 CO). Le contrat de travail est le contrat par lequel une personne s'engage pour une durée déterminée ou indéterminée à fournir, dans une situation de subordination, ses services à une autre, moyennant le paiement d'un salaire (P. Tercier, *Les contrats spéciaux*, 1995, p. 306, ch. 2503). En vue d'établir l'existence d'un rapport de subordination, la jurisprudence et la doctrine ont défini quatre critères matériels: a) le degré de liberté dans l'organisation du travail et du temps, b) l'obligation de rendre compte de son activité, c) le devoir de suivre des instructions, même dans le cadre d'une large autonomie, d) l'identification de la personne qui supporte le risque économique. Ces critères matériels (ATF 112 II 41; 117 II 430) permettent, en cas de doute, de distinguer entre un contrat de travail d'une part et le contrat de mandat, le contrat d'agence, le contrat d'entreprise et la société simple, d'autre part (Ch. Brunner/ J.-M. Bühler/ J.-B. Waeber, *Commentaire du contrat de travail*, 1996, p. 9 et ss). Quant au mandat, il s'agit du contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis (art. 394 al. 1 CO). En d'autres termes, il se définit comme l'engagement d'une personne à rendre un service ou à gérer une affaire en toute indépendance, d'une manière durable ou non (F. Werro, *Le mandat et ses effets*, 1993, p. 28). Le mandat se distingue ainsi fondamentalement du contrat de travail par l'autonomie dont jouit le mandataire vis-à-vis du mandant. Cette absence de subordination n'exclut toutefois pas que des instructions soient données. Selon les circonstances, l'instruction précise ou complète l'étendue du mandat. D'après Werro, lorsque l'instruction est objet du mandat, elle peut toujours être donnée au mandataire, mais ne s'impose à lui que s'il l'a acceptée. Ainsi, l'instruction donnée au mandataire indépendant se distingue de celle donnée au travailleur subordonné. (cf. F. Werro, *op. cit.*, p. 182-184). Dans ce dernier cas, l'instruction a une influence directe sur le déroulement et la forme de l'activité. Elle détermine le droit de contrôle que l'employeur a sur le travailleur. Elle est donc unilatérale. En l'espèce, aucun contrat écrit n'a été établi entre A. \_\_\_\_\_ et MFC 2000. Certains indices permettent cependant de constater une relation de subordination, propre au contrat de travail. Ainsi, l'organisation des cours d'informatique ne dépendait pas de la recourante. Celle-ci était rigoureusement tenue de les donner aux jours et aux heures fixés par l'entreprise. Quant à la matière des cours, elle était propre aux programmes choisis par l'entreprise MFC 2000. De par sa nature, l'enseignement d'un programme, à la conception duquel la recourante n'a pas participé et pour lequel elle-même a été formée, ne laisse aucune marge de manoeuvre. De plus, l'entreprise établissait à la fin de chaque mois une fiche de salaire, sur laquelle figuraient un salaire, fixé à 215 fr. par jour, les frais et les déductions sociales caractéristiques d'une activité lucrative dépendante (v. art. 5 al. 2 LAVS; art. 2 à 6 LACI; art. 2 LPP; art. 1er et 91 al. 2 LAA). Enfin, la recourante n'a jamais mis ses services à disposition d'une autre entreprise, quand bien même elle prétend qu'elle était libre de le faire. La recourante peut dès lors difficilement soutenir qu'elle disposait de l'indépendance caractérisant le mandat. Il y a donc lieu d'admettre l'existence d'un contrat de travail. 4. Selon le temps mis à disposition, on distingue les contrats à plein temps et les contrats à temps partiel. Le travail à temps partiel peut être régulier ou

seulement occasionnel. Il faut alors distinguer le travail auxiliaire ou occasionnel, du travail sur appel (voir Ch. Brunner, J.-M. Bühler et J.-B. Weber, déjà cité, p. 336ss). On appelle travail auxiliaire ou occasionnel le travail qu'un employeur requiert de temps en temps d'une même personne, notamment en cas de surcroît momentané de travail ou de remplacement. Le travail auxiliaire ou occasionnel peut être effectué à plein temps ou à temps partiel. Chaque fois que la personne sollicitée offre sa prestation de travail, il y a naissance d'un nouveau rapport de travail de durée déterminée, qui prend fin chaque fois à l'expiration de l'engagement prévu. Le travailleur est libre d'accepter ou de refuser l'engagement proposé par l'employeur, ainsi que de travailler pour un autre employeur. Le travail sur appel est également une forme d'activité irrégulière, comme celle du travailleur 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 il doit se tenir à disposition de l'employeur. L'engagement régulier de travailleurs occasionnels ou auxiliaires peut entraîner la conclusion de nouveaux rapports de travail de durée indéterminée, notamment si le travail occasionnel se répète régulièrement et périodiquement sur de longues périodes. Il s'agit de ce que la doctrine a nommé "contrats en chaîne" ("Kettenverträge"), dont la durée déterminée ne se justifie par aucune raison objective et qui ont pour conséquences, ou même pour but, d'éviter l'application des dispositions sur la protection contre les congés ou sur les prestations sociales, par exemple les art. 324a, 335c, 336c, 339b CO (REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 12e éd., p. 114; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, Commentaire du contrat de travail, 2e éd., note 6 ad art. 334 CO; WEBER, La Protection des travailleurs contre les licenciements en temps inopportun, thèse Lausanne 1992, p. 46 ss). Selon les circonstances, le juge peut alors imposer une requalification des contrats successifs en un seul contrat à durée indéterminée (voir arrêt du Tribunal fédéral du 26 janvier 1993, ATF 119 V 46 consid. 1c). Tel a été le cas de rapports de travail fondés sur un contrat de durée limitée à un mois qui a été renouvelé à vingt-sept reprises (DTA 1991 No 6 p. 77 ss). Par contre, le tribunal de céans ne l'a pas admis pour de tels rapports renouvelés à six reprises seulement (Tribunal administratif, arrêt PS 98/0081 du 22 février 2000). En l'espèce, il ressort des attestations de gains intermédiaires signées par l'employeur que celui-ci entendait engager la recourante pour des périodes d'un mois et à un taux d'occupation variant entre 50 et 100% selon les nécessités, le contrat prenant fin à l'échéance de chaque "mandat" (v. attestations de gains intermédiaires). Dans son recours, A.\_\_\_\_\_ a admis que ces "mandats" étaient répétitifs. Ainsi, d'août 1995 à juin 1999, elle a déclaré à la caisse des gains intermédiaires pour chaque mois, à l'exception de juillet 1996 et août 1997. Comme le relève le Service de l'emploi, la recourante a exercé régulièrement la même activité auprès du même employeur, obtenant un salaire souvent supérieur aux indemnités de chômage auxquelles elle pouvait prétendre. En outre, par décision du 15 mars 1999, entrée en force, la caisse avait déjà refusé de verser à A.\_\_\_\_\_ les indemnités de février 1999, au motif que, son contrat étant devenu de durée indéterminée, son employeur n'avait pas respecté le délai de résiliation d'un mois. Force est d'admettre, en tous cas, que la période de septembre 1997 à juin 1999 (22 mois), durant laquelle la recourante a été régulièrement engagée par l'entreprise MFC 2000, est suffisamment longue pour considérer qu'elle a entraîné la conclusion d'un rapport de travail de durée indéterminée, auquel les parties n'avaient manifestement pas l'intention de mettre fin, comme le prouve la poursuite des relations de travail après le mois de juillet 1999. Mme A.\_\_\_\_\_ pouvait ainsi prétendre, durant cette période, au paiement d'un salaire correspondant à son degré d'activité moyen, soit à titre de salaire afférent aux vacances (art.

329d CO), si le mois de juillet correspondait aux vacances de l'entreprise, soit en raison de la demeure de l'employeur (art. 324 CO). 5.

Il s'ensuit que la recourante n'était pas sans emploi au mois de juillet 1999 (v. art. 10 LACI) et n'avait ainsi pas droit à l'indemnité de chômage (art. 8 al. 1 let. a LACI). C'est donc à juste titre que le remboursement des prestations qu'elle a reçues à tort pour cette période lui a été réclamée (art. 95 LACI). La question d'une éventuelle remise de l'obligation de restituer la somme réclamée, pourra être examinée, sur demande de l'intéressé (art. 95 al. 2 LACI), une fois le présent arrêt entré en force. Par ces motifs le Tribunal administratif arrête: I.

Le recours est rejeté. II. La décision rendue le 17 août 2000 par le Service de l'emploi, 1ère instance cantonale de recours en matière d'assurance-chômage, est confirmée.

III. Le présent arrêt est rendu sans frais. jc/Lausanne, le 23 août 2002 Le président:

Le greffier: Le présent arrêt est communiqué aux destinataires de l'avis d'envoi ci-joint La présente décision peut faire l'objet, dans les trente jours suivant sa communication, d'un recours au Tribunal fédéral des assurances, Adligenswilerstrasse 24, 6006 Lucerne. Le recours s'exerce par acte écrit, déposé en trois exemplaires, indiquant : a) quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la présente décision; b) pour quels motifs le recourant s'estime en droit d'obtenir cette autre décision; c) quels moyens de preuve le recourant invoque à l'appui de ses motifs. La présente décision et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée, ainsi que les pièces invoquées comme moyens de preuve, lorsqu'elles se trouvent en mains du recourant, seront jointes au recours.

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