

VD_OMNI PS.2006.0162 vom 6. November 2006

VD Tribunal cantonal, 2006-11-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PS.2006.0162

FR: VD_OMNI PS.2006.0162 du 6 novembre 2006

IT: VD_OMNI PS.2006.0162 del 6 novembre 2006

Regeste

X./Caisse de chômage de la société des jeunes commerçants, Office régional de placement de Lausanne | Distinction entre contrat de travail sur appel et contrat de travail occasionnel ou auxiliaire. Doit être protégée la bonne foi de l'assuré qui a été incité par sa conseillère ORP à refuser un emploi qu'elle qualifiait à tort de travail sur appel non convenable, alors qu'il s'agissait d'un travail occasionnel, parfaitement convenable.

Erwägungen

E. 1

Déposé dans le délai de 30 jours fixé par l'art. 60 al. 1 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), le recours est intervenu en temps utile. Il est au surplus recevable en la forme.

E. 2

Tenu d'entreprendre tout ce qu'on peut raisonnablement exiger de lui pour éviter le chômage ou l'abrégé (art. 17 al. 1 première phrase de la loi fédérale sur l'assurance-chômage et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 [LACI]), le chômeur doit accepter le travail convenable qui lui est proposé (art. 17 al.

E. 3

a) N'est pas réputé convenable tout travail qui, notamment, "n'est pas conforme aux usages professionnels et locaux et, en particulier, ne satisfait pas aux conditions des conventions collectives ou des contrats-types de travail" (art. 16 al. 2 let. a LACI) ou " exige du travailleur une disponibilité sur appel constante dépassant le cadre de l'occupation garantie" (let. g). b) En ce qui concerne la conformité aux usages, le Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après: le seco), autorité de surveillance en matière d'assurance-chômage, précise dans ses directives que les éléments déterminants sont les prescriptions légales, les conditions de salaire et de travail pour un même travail dans l'entreprise ou dans la branche ainsi que les conventions et les contrats-type de travail. S'agissant du salaire, les directives des organisations professionnelles ou les statistiques des salaires peuvent également fournir des indications sur les tarifs en usage. L'administration dispose à cet égard d'une large liberté d'appréciation dans l'évaluation (Circulaire IC 2003, B199). La Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés du 19 novembre 1998 (ci-après: CCNT 98), dont le champ d'application a été étendu par arrêté du Conseil fédéral du 8 décembre 2003 avec effet du 1^{er} janvier 2004 au 31 décembre 2007, ne prévoit pas spécifiquement le cas du personnel auxiliaire. On constate toutefois que le contrat proposé par le 1***** y renvoie à plusieurs reprises, par exemples pour la protection contre la résiliation du contrat durant les vacances contractuelles (art. 7 CCNT 98) ou le droit au salaire minimum (art. 10 CCNT 98). En ce qui concerne ces deux points, de même que les

autres clauses du contrat, ils apparaissent conformes à la CCNT 98, ce que le recourant ne conteste d'ailleurs pas. Le contrat en question ne peut en conséquence être qualifié de non convenable sur la base de l'art. 16 al. 2 let. a LACI. Reste à déterminer s'il correspond à un contrat sur appel et, dans l'affirmative, s'il doit être qualifié de non convenable au sens de l'art. 16 al. 2 let. g LACI. c) aa) Par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps et le travail fourni (salaire aux pièces ou à la tâche; art. 319 al. 1 du Code des obligations [CO]). Est aussi réputé contrat individuel de travail le contrat par lequel un travailleur s'engage à travailler régulièrement au service de l'employeur par heures, demi-journées ou journées (travail à temps partiel; al. 2). La doctrine distingue le travail à temps partiel, au sens de l'art. 319 al. 2 CO, de celui qui est irrégulier, appelé travail auxiliaire ou occasionnel, et du travail sur appel. Pour distinguer entre ces divers types de contrats de travail, il faut rechercher la réelle et commune intention des parties (art. 1 et 18 CO). Hormis la teneur de la convention des parties, il y a lieu de s'appuyer sur l'ensemble des circonstances de la conclusion et de l'exécution du contrat (Christian Favre/ Charles Munoz/ Rolf A. Tobler, *Le contrat de travail*, Code annoté, rem. 2.2 ad art. 319 CO). bb) La doctrine définit le travail sur appel comme une forme d'activité irrégulière dans laquelle l'employé se tient à la disposition de l'employeur et prend l'engagement d'exercer l'activité requise chaque fois que celui-ci fait appel à lui (v. sur ce point, Manfred Rehbinder, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 12^{ème} édition, Berne 1995, p. 36; Christiane Brunner/ Jean-Michel Bühler/ Jean-Bernard Waeber, *Commentaire du droit du travail*, 2^{ème} édition, Lausanne 1996, p. 339, n° 5). Comme le Tribunal fédéral l'a rappelé, le travail sur appel est autorisé dans la mesure où une convention collective de travail ne prévoit pas le contraire, cette forme devant en outre respecter les dispositions légales impératives énumérées dans les articles 361 et 362 CO (ATF 124 III 249), dont l'art. 326 al. 4 CO, applicable par analogie lorsque l'employeur ne peut pas fournir suffisamment de travail aux pièces ou à la tâche ou encore du travail payé au temps (ATF 125 III 65). Cela étant, selon le législateur, l'assignation d'un tel travail n'est pas dans l'intérêt de l'assurance-chômage car une disponibilité sur appel constante entrave l'aptitude au placement restante (v. FF 1994 I 340 et ss, not. 537). L'activité résultant d'un contrat de travail sur appel constitue toutefois un gain intermédiaire et donne droit à la compensation si la conclusion de ce contrat a pour seul but de réparer partiellement le préjudice résultant du chômage (v. DTA 1996/1997 n° 38, p. 209). Cette constatation ne permet cependant pas de considérer comme convenable un travail sur appel exigeant de l'assuré une disponibilité constante; on retient au contraire de l'art. 16 al. 2 lit. g LACI qu'échappe à toute sanction l'assuré qui aurait refusé de conclure un tel contrat ou qui aurait mis un terme à un emploi de ce type. Par contre, si le contrat de travail sur appel laisse l'assuré libre d'accepter en tout temps une offre d'emploi, il est alors réputé convenable (Circulaire IC 2003, B211). cc) Dans le cas du travail occasionnel ou auxiliaire, l'employeur requiert de temps en temps la prestation de services d'une même personne pour résorber un surcroît momentané de travail ou une absence avec la particularité que le travailleur a la liberté d'accepter ou refuser la proposition d'engagement de l'employeur, ce dernier ne garantissant pas de faire appel régulièrement aux services du travailleur (JAR 1999, p.115). Chaque engagement crée un nouveau contrat de travail de durée déterminée qui s'éteint par la simple expiration de cet engagement, même s'il est appelé à se renouveler. L'employeur ne peut en outre être tenu de garantir au travailleur un temps de travail minimum (Christian Favre/ Charles Munoz/ Rolf A. Tobler, op. cit, rem. 2.3 ad art. 319 CO). dd) En l'occurrence, le contrat de travail pour

personnel auxiliaire s'applique à des engagements irréguliers, à l'heure (clause 1). Il s'agit pour le travailleur de faire des extras lorsque le 1***** a besoin de personnel supplémentaire, c'est-à-dire de manière tout à fait ponctuelle. C'est pour cette raison que l'employeur ne pouvait garantir au recourant un taux d'activité et un salaire mensuels minima (v. lettre du 1***** au recourant du 9 mars 2006). De toute évidence, ces éléments sont caractéristiques du travail occasionnel. Le fait que le contrat prenne automatiquement fin douze mois après le dernier engagement tend à le confirmer; il démontre en effet qu'une longue période peut se passer sans que les services du personnel auxiliaire ne soient requis. Or, on ne saurait raisonnablement penser que durant tout ce temps, le travailleur doive rester entièrement disponible pour l'employeur. C'est d'ailleurs ce que le 1***** a confirmé à l'autorité intimée, précisant également que chaque partie était libre d'accepter ou de refuser les missions de travail et que le recourant conservait la possibilité d'exercer une autre activité (v. lettre du 1***** du 27 avril 2006). Force est donc d'admettre que le contrat litigieux était un contrat de travail occasionnel, qui doit être qualifié de convenable. Cela n'implique pas encore que la décision litigieuse était justifiée. Le recourant fait valoir à cet égard que le 1***** ne lui avait pas donné d'explications claires sur les modalités d'exécution du contrat en question et surtout, qu'il avait été induit en erreur par sa conseillère ORP.

E. 4

Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 125 V 193, 195; 121 V 45, 47). Par ailleurs, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire (ATF 122 V 157, 158; 121 V 204, 210). Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 193, 195). Dans ses observations du 27 juillet 2006, l'ORP explique que la conseillère du recourant l'avait rendu attentif aux conséquences de son refus d'emploi et qu'elle lui avait conseillé de reprendre contact avec le 1***** pour savoir si un nombre d'heures pouvait lui être garanti et si, dans la négative, il était libre d'accepter un autre emploi. Le journal de l'ORP confirme que la conseillère en question a aidé le recourant à rédiger la lettre du 5 mars 2006 à l'attention du 1***** (v. procès-verbal d'entretien du 1^{er} mars 2006). Il confirme surtout qu'elle lui a indiqué à tort qu'un tel contrat, qui a été improprement qualifié de contrat sur appel comme on l'a vu ci-dessus, n'était pas convenable (v. procès-verbal d'entretien du 13 avril 2006: "CCH./ SANCTIONS: 10 jours pour perte fautive d'emploi. Invitons l'ass. à faire recours, puisqu'il s'agissait selon nous d'un contrat sur appel, donc non convenable"). Il apparaît ainsi clairement que le recourant a été effectivement induit en erreur par l'ORP. Dans un tel cas, la bonne foi de l'administré dans les assurances reçues de l'administration doit être protégée (v. arrêt PS 2005.0003 du 21 avril 2005); l'administration qui crée une apparence de droit, sur laquelle l'administré se fonde pour adopter un comportement qu'il considère dès lors comme conforme au droit, est liée par les

conséquences qui peuvent être raisonnablement déduites de son activité ou de sa passivité (v. Pierre Moor, Droit administratif, Vol. I, 2ème éd., Berne 1994, p. 430 et ss, références citées). Dans ces circonstances, aucune faute ne saurait être imputée au recourant pour avoir refusé le contrat proposé par le 1*****.

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