

VS_GERICHTE S1 20 11 vom 16. Februar 2022

VS Kantonsgericht, 2022-02-16, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_S1_20_11

FR: VS_GERICHTE S1 20 11 du 16 février 2022

IT: VS_GERICHTE S1 20 11 del 16 febbraio 2022

Regeste

S1 20 11 JUGEMENT DU 16 FÉVRIER 2022 Tribunal cantonal du Valais Cour des assurances sociales Composition : Candido Prada, président ; Jean-Bernard Fournier et Christophe Joris, juges ; Simon Hausammann, greffier en la cause X _____, recourant contre CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, 1951 Sion, intimée (art. 11 LACI ; perte de travail à prendre en considération, travail sur appel)

Erwägungen

E. 1

Selon l'article 1 alinéa 1 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI), les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) s'appliquent à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité, à moins que la LACI n'y déroge expressément. Posté le 20 janvier 2020, le présent recours à l'encontre de la décision sur opposition du 13 janvier précédent a été interjeté dans le délai légal de trente jours (art. 60 LPGA) devant l'instance compétente (art. 56, 57 et 58 LPGA ; art. 81a LPJA). Il répond par ailleurs aux autres conditions formelles de recevabilité (art. 61 let. b LPGA), de sorte que la Cour doit entrer en matière.

E. 2

Le litige porte sur le droit du recourant à des indemnités de chômage à partir du 1er novembre 2019, plus particulièrement sur le point de savoir s'il a subi une perte de travail à prendre en considération qui serait susceptible de lui ouvrir un second délai-cadre d'indemnisation.

E. 3

Pour pouvoir prétendre à des indemnités de chômage, les conditions cumulatives de l'article 8 alinéa 1 LACI doivent être remplies (ATF 124 V 215 consid. 2 ; TF C 253/2006 du 6 novembre 2007, consid. 4.2). L'assuré doit ainsi notamment être sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a), avoir subi une perte de travail à prendre

- 5 - en considération (let. b) et remplir les conditions relatives à la période de cotisation ou en être libéré (let. e).

E. 3.1

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), tandis qu'est réputé partiellement sans emploi notamment celui qui 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).

E. 3.2

Remplit les conditions relatives à la période de cotisation (art. 8 al. 1 let. e LACI) celui qui, dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet (art. 9 al. 3 LACI), a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation (art. 13 al. 1 LACI). Par activité soumise à cotisation, il faut entendre toute activité de l'assuré destinée à l'obtention d'un revenu soumis à cotisation pendant la durée d'un rapport de travail (Gerhard Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz [AVIG], vol. I, Berne 1988, n. 8 ad art. 13 LACI, p. 170). Cela suppose l'exercice effectif d'une activité salariée suffisamment contrôlable (ATF 133 V 515 consid. 2.4 et les références citées). Le délai-cadre de cotisation est de deux ans (art. 9 al. 1 LACI) et commence à courir deux ans avant le premier jour où toutes les conditions dont dépend le droit à l'indemnité sont réunies (art. 9 al. 3 en relation avec l'art. 9 al. 2 LACI). L'assuré peut ensuite prétendre à l'indemnité de chômage pendant toute la durée du délai-cadre d'indemnisation qui est également de deux ans (art. 9 al. 1 et 2 LACI). Pour qu'un nouveau délai-cadre d'indemnisation soit ouvert, l'assuré doit à nouveau remplir les conditions d'éligibilité fixées par l'article 8 alinéa 1 LACI. Sauf disposition contraire, les délais relatifs aux délais-cadres de cotisation et d'indemnisation s'appliquent également à une nouvelle demande de prestations (art. 9 al. 4 LACI) de sorte que, pour chaque demande d'indemnisation, l'assuré doit notamment fournir à nouveau la preuve de la durée minimale de cotisation d'un an ou de l'exemption de son accomplissement (ATF 130 V 229 ; 125 V 355 consid. 3a et 3b ; TF 8C_166/2018 du 18 février 2019 consid. 6.1). Il peut ainsi arriver que des circonstances qui étaient déjà présentes à l'ouverture d'un premier délai-cadre d'indemnisation entraînent le refus d'une deuxième demande de prestations car l'évolution de la situation initiale doit être prise en compte dans l'évaluation des critères d'exigibilité (ATF 146 V 112 consid. 5.4 ; SVR 2014 ALV Nr. 8 consid. 3.3.2).

E. 3.3

et 107 V 59 consid. 1 ; DTA 2011 p. 149 [8C_379/2010] consid. 1.2 et les références). D'après la jurisprudence, moins le nombre d'affectations d'un mois à l'autre fluctue, plus la période de comparaison prise en compte peut être courte ; celle-ci doit être plus longue si les heures attribuées sont irrégulières. En cas d'horaires de travail très irréguliers, avec des périodes répétées d'absence d'activité rémunérée plus ou moins longue ou de fortes fluctuations de la durée du travail d'un mois à l'autre, même la moyenne d'une très longue période ne permettra pas de calculer une durée normale de travail (ATF 107 V 59 consid. 1). Pour déterminer si l'on se trouve dans une situation dans laquelle une diminution du travail sur appel peut être considérée comme une perte de travail à prendre en considération au sens de l'article 11 alinéa 1 LACI, il y a lieu de prendre pour période de référence les douze derniers mois ou toute la durée du rapport de travail s'il a duré entre six et douze mois. 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. 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. Lorsque le rapport de travail a duré au moins deux ans, il est justifié de prolonger la période de référence au-delà de douze mois (par exemple les arrêts 8C_625/2013 du 23 janvier 2014 consid. 2.2 et C 9/06 du 12 mai 2006). Dans pareil cas, il est possible de se baser sur le nombre d'heures de travail annuel et les fluctuations par rapport à la moyenne annuelle (ATF 146 V 112 consid. 3.3 et arrêts

8C_625/2013 précité consid. 2.2 et

- 7 - 8C_379/2010 du 28 février 2011). Il faut donc se fonder sur le nombre d'heures de travail accomplies par année, rétroactivement, à partir de la date d'inscription au chômage, et examiner dans quelle mesure les heures effectuées par la suite s'écartent de la moyenne annuelle (Bulletin LACI IC B97 confirmé par la jurisprudence, par exemple par l'arrêt 8C_318/2014 précité consid. 2.3).

E. 3.3.1

Selon la jurisprudence, la perte de travail est calculée en règle générale en fonction de l'horaire de travail habituel dans la profession ou le domaine d'activité concerné ou, le cas échéant, en fonction de l'horaire de travail prévu par une convention particulière. En cas de travail sur appel, le travailleur 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 146 V 112 consid.

E. 3.3.2

On parle de travail sur appel lorsqu'un employeur fait de temps en temps appel aux services d'un travailleur qui s'engage à se tenir durablement à disposition de celui-ci (arrêt 4A_534/2017 du 27 août 2018 consid. 3.2 ; Rémy Wyler/Boris Heinzer/David Zandirad, Droit du travail, 4ème édition, Berne 2019, p. 62). On distingue entre le contrat de travail sur appel proprement dit et improprement dit. Dans le contrat de travail sur appel proprement dit, l'horaire et la durée du temps de travail sont fixés unilatéralement par l'employeur en fonction de ses besoins et le travailleur doit se tenir à disposition de celui-ci. En revanche, dans le contrat de travail sur appel improprement dit, le travailleur a le droit de refuser une mission proposée par l'employeur. Le travail sur appel improprement dit se distingue, quant à lui, du travail auxiliaire ou occasionnel en ce sens que le travailleur sur appel improprement dit accomplit ses missions dans le cadre d'un seul rapport de travail durable tandis que le travail auxiliaire repose sur la multiplication de contrats de travail de durée déterminée. Dans le cadre d'un travail auxiliaire, il n'existe pas de contrat-cadre et les rapports de travail, convenus pour chaque mission en particulier, prennent fin sans résiliation à l'expiration de la période de travail prévue. Pour déterminer si le rapport de travail est continu, la pratique tranche généralement en se fondant sur des critères objectifs comme la fréquence et la durée des prestations du travailleur. Un indice de continuité est notamment la succession des prestations effectuées à intervalles relativement courts ou réguliers ou, à défaut, la durée relativement longue des relations de travail (arrêt 8C_318/2014 du 21 mai 2015 consid. 5.1 et les références citées).

E. 3.3.3

Lorsqu'une relation de travail sur appel n'a pas été conclue volontairement après la perte d'un emploi à temps plein, mais vise à combler la période de chômage et que l'assuré est prêt à renoncer immédiatement à cette activité, il s'agit d'une solution provisoire inévitable. Dans une telle situation, l'assuré n'a alors fait que ce qu'on était en droit d'exiger de lui conformément à son obligation de diminuer le dommage (art. 17 LACI ; arrêt C 266/06 du 26 juillet 2007 consid. 3.2). Ainsi, l'acceptation d'une relation de travail sur appel après la

perte d'un emploi à plein temps doit être considérée comme une activité de transition et non pas comme la dernière relation de travail déterminante. L'échec de cette activité de transition ne doit pas avoir pour conséquence pour l'assuré

- 8 - de le priver de prestations auxquelles il a droit sur la base de la dernière relation de travail régulière (ATF 146 V 112 consid. 5.3 ; arrêt C 266/06 précité consid. 3.2). Dans pareille circonstance, on considère dès lors que c'est l'emploi fixe précédant la relation de travail sur appel qui doit être considéré pour déterminer si les conditions du droit à l'indemnité de chômage sont remplies (arrêt C 266/06 précité consid. 3.2). En revanche, on ne considérera pas qu'un travail sur appel constitue une activité de transition si cette situation de fortune perd son caractère temporaire et devient une solution permanente (ATF 139 V 259 consid. 5 ; arrêt 8C_403/2015 précité consid. 5.2). En tout état de cause, il convient de garder à l'esprit qu'en ce qui concerne le travail sur appel, l'assurance-chômage ne tend à apporter qu'une protection sociale temporaire. Il n'est ainsi pas admissible qu'un travail sur appel effectué pendant un premier délai-cadre d'indemnisation ouvre le droit à des prestations subséquentes. Un tel mode de faire entraînerait une inégalité de traitement flagrante par rapport aux assurés qui, après avoir exercé un emploi à temps plein, acceptent un emploi fixe à temps partiel comme revenu intermédiaire dans le but de diminuer leur dommage. Dans cette dernière situation en effet, les assurés ne peuvent bénéficier de la jurisprudence relative au travail sur appel qui retient qu'un tel emploi constitue une transition (ATF 146 V 112 consid. 5.5). En vertu du principe d'égalité de traitement (art. 8 al. 1 de la Constitution fédérale suisse), on ne saurait tenir compte d'un travail sur appel – considéré comme une activité de transition pendant une première période de chômage – qui aurait commencé avant le début ou pendant le premier délai-cadre d'indemnisation. En pareilles circonstances, il y a lieu de retenir que le caractère provisoire du travail sur appel ne peut plus être reconnu compte tenu du temps écoulé. Ainsi, si l'assuré qui dépose une nouvelle demande d'indemnité de chômage n'a exercé, durant le délai-cadre de cotisation, qu'un travail sur appel, cette activité ne doit pas être considérée comme une perte de travail à prendre en considération (art. 8 al. 1 let. b et art. 11 LACI) de sorte que le droit aux allocations de chômage doit être refusé (ATF 146 V 112 consid. 5.5). 4.1. Dans le cas d'espèce, le contrat de travail conclu entre l'intéressé et la société « B _____ SA » le 29 juillet 2016 prévoyait une rétribution du recourant à l'heure avec un taux d'occupation jusqu'à 900 heures par année civile. Il était précisé à l'article

E. 4

dudit contrat qu'aucun quota d'heures n'était garanti et que les horaires étaient irréguliers. Le recourant était en outre soumis à un devoir de loyauté et de fidélité lui interdisant d'exercer simultanément pour une autre entreprise de sécurité (art. 12), de même qu'à une prohibition de concurrence après la fin des rapports de travail (art. 13).

- 9 - Dans cette mesure, il convient de qualifier cet accord, qui présentait une continuité, de contrat de travail sur appel proprement dit. Partant, avec un travail sur appel ne comprenant aucune garantie quant à un taux d'occupation, le recourant ne peut en principe pas se prévaloir d'une perte de travail à prendre en considération s'agissant de la diminution de ses heures travaillées pour cette entreprise de sécurité.

E. 4.2

Une dérogation à ce principe reste cependant possible lorsque le travailleur avait été appelé de manière constante durant une période prolongée. Il convient dès lors d'examiner si une

perte de travail et de gain pourrait tout de même être prise en considération dans le cas d'espèce en application de la dérogation.

E. 4.2.1

Préliminairement, la Cour relève que le contrat de travail sur appel a été conclu en date du 29 juillet 2016, alors que le recourant exerçait encore une activité salariée, puis qu'un premier délai-cadre d'indemnisation a été ouvert du 1er novembre 2017 au 31 octobre 2019. La décision querellée porte sur le refus de la Caisse de donner suite à une deuxième demande d'indemnisation présentée par le recourant avec effet au 1er novembre 2019. Ce faisant, le travail sur appel exercé par le recourant ne peut pas être considéré comme une activité exercée à titre transitoire, celle-ci ayant non seulement commencé avant le début du premier délai-cadre d'indemnisation, mais a de plus perdu son caractère temporaire pour devenir une solution permanente pour le recourant. Son travail sur appel avait dès lors perdu son caractère provisoire compte tenu du temps écoulé ; une activité transitoire étant limitée à la durée du premier délai-cadre d'indemnisation. Le recourant n'avait en outre exercé, durant la période de cotisation précédant sa deuxième demande d'indemnisation, que son activité de travail sur appel, à l'exclusion d'un seul contrat de mission pour C _____.

Or, selon la jurisprudence (cf. supra consid. 3.3.3), l'exercice d'une activité sur appel durant le délai-cadre de cotisation, à l'exclusion d'autres activités soumises à cotisation, est insuffisant pour ouvrir le droit à des prestations subséquentes. L'assurance-chômage ne doit en effet accorder des prestations sociales que pendant un temps limité (au premier délai-cadre d'indemnisation), à défaut de quoi une inégalité de traitement choquante serait engendrée à l'égard d'autres assurés qui auraient réalisé des gains intermédiaires afin de réduire leur dommage (dans le cas d'une activité avec un taux d'occupation à temps partiel convenu) et qui, ne pouvant pas bénéficier de la période transitoire applicable au

- 10 - travail sur appel, n'auraient aucun droit à des prestations dans un délai-cadre subséquent en raison de l'absence de période de cotisation (ATF 146 V 112 consid. 5.5). Pour ces raisons déjà, le recourant ne peut pas être mis au bénéfice d'indemnités de chômage, son activité sur appel ne pouvant pas être considérée comme une perte de travail à prendre en considération.

E. 4.2.2

Ensuite, cette solution doit s'imposer dans la même mesure, dès lors que le temps de travail effectué par le recourant ne peut pas être qualifié de normal en application de la jurisprudence topique précitée (cf. supra consid. 3.3.1). Il est rappelé à cet égard que le travail sur appel peut être présumé comme normal, et permettrait cas échéant la prise en considération d'une diminution d'occupation au titre d'une perte de travail au sens de l'article 11 alinéa 1 LACI, lorsque les 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. La décision sur opposition est basée sur une période d'observation de douze mois, précédant la nouvelle demande d'indemnisation. Durant ce laps de temps, l'intimée a observé des fluctuations allant de - 64.48% pour le mois de février 2019 (44.42 heures travaillées), à + 56.38% pour le mois d'août 2019 (195.55 heures travaillées). La Cour ne peut ainsi que relever que ces écarts dépassent nettement le taux maximum de 20% admis par la jurisprudence, si bien que, pour cette raison également, l'activité sur appel du recourant ne représentait pas un temps de travail normal, de sorte que sa perte de travail et de gain ne peuvent pas être prises en compte. La Cour observe néanmoins que les rapports

de travail ont duré pendant plus de deux années (du 29 juillet 2016 au 31 octobre 2019) et que, dans une telle situation, la période d'observation pour établir la durée normale du temps de travail aurait pu dépasser les douze mois retenus par l'intimée. Cela étant, à teneur de la jurisprudence, prendre une période d'observation plus longue reste une possibilité (ATF 146 V 112 consid. 3.3 : « In Bezug auf langjährige Arbeitsverhältnisse wurde höchstrichterlich regelmässig erkannt, dass auf die Arbeitsstunden pro Jahr und die Abweichungen vom Jahresdurchschnitt abgestellt werden kann ») et n'est du reste pas possible en l'état, les informations au dossier quant au travail sur appel effectué ne remontant que jusqu'au mois de novembre 2017, date d'inscription au chômage du recourant, et rendant une comparaison impossible. Par ailleurs, une perte de travail doit de toute manière être niée dans le cas d'espèce, déjà pour les raisons exposées dans le considérant 4.2.1.

- 11 -

E. 4.2.3

Mal fondé en tous points, le recours est rejeté et la décision sur opposition du 13 janvier 2020 confirmée.

E. 5

Il n'est pas perçu de frais (art. 61 let. a aLPGA et 83 LPGA) ni alloué de dépens (art. 61 let. g LPGA a contrario).

Prononce

1. Le recours est rejeté. 2. Il n'est pas perçu de frais, ni alloué de dépens. Sion, le 16 février 2022.

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