

VS_GERICHTE S1 20 173 vom 23. August 2022

VS Kantonsgericht, 2022-08-23, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_S1 20 173](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_S1_20_173)

FR: VS_GERICHTE S1 20 173 du 23 août 2022

IT: VS_GERICHTE S1 20 173 del 23 agosto 2022

Regeste

S1 20 173 JUGEMENT DU 23 AOÛT 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 28 août 2020, le présent recours à l'encontre de la décision sur opposition du 11 août précédent a été interjeté dans le délai légal de trente jours prolongé des fêtes estivales (art. 38 al. 4 et 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

E. 6

mars 2020, plus particulièrement sur le point de savoir s'il a subi une perte de travail à prendre en considération et qui serait susceptible de lui ouvrir un délai-cadre d'indemnisation.

- 5 - 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 ; arrêt 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 en considération (let. b) et remplir les conditions relatives à la période de cotisation ou en être libéré (let. 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). 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). 3.3. En outre, le droit à l'indemnité de chômage suppose que l'assuré ait subi une perte de travail à prendre en considération (art. 8 al. 1 let. b LACI). Selon l'article 11 alinéa 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. 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.

- 6 - 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. 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 longues 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 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).

- 7 - 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). 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 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

- 8 - 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, il ne fait aucun doute que les différentes activités exercées par le recourant doivent être qualifiées de travail sur appel proprement dit. Dans cette mesure, 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. 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, notamment en déterminant si le recourant a exercé un horaire de travail normal au cours des 12 mois précédant sa demande d'indemnités du 6 mars 2020.

- 9 - En reprenant dans l'ordre les pièces du dossier et en particulier les attestations de gain intermédiaire, les temps de travail, cumulés auprès des différentes entreprises, peuvent être arrêtés comme suit : 53 heures en mars 2018 (pièce 389) ; 119 heures en avril 2018 (39.5 chez C _____ + 79.5 chez A _____ ; pièces 384 et 387) ; 173.5 heures en mai 2018 (pièce 380) ; 141.5 heures en juin 2018 (18.5 chez C _____ + 123 chez A _____ ; pièces 376 et 377) ; aucune heure en juillet 2018 ; 69.5 heures en août 2018 (pièce 370) ; 126.8 heures en septembre 2018 (46.05 chez A _____ + 80.75 chez C _____ ; pièces 365 et 368) ; 74 heures en octobre 2018 (pièce 362) ; 190.5 heures en novembre 2018 (119.25 chez A _____ + 17.5 chez B _____ + 53.75 chez C _____ ; pièces 339, 348 et 358) ; 196.5 heures en décembre 2018 (93 chez B _____ + 85 chez A _____ + 18.5 chez C _____ ; pièces 345, 350 et 355) ; 115 heures en janvier 2019 (12 chez B _____ + 103 chez A _____ ; pièces 342 et 353) ; 123 heures en février 2019 (pièce 330) ; 117 heures en mars 2019 (pièce 323) ; 75.25 heures en avril 2019 (pièce 333) ; 111.5 heures en mai 2019 (93.5 chez A _____ + 18 chez C _____ ; pièces 327 et 336) ; 53.5 heures en juin 2019 (pièce 319) ; aucune heure en juillet 2019 ; 50.75 heures en août 2019 (35.5 chez C _____ + 15.25 chez A _____ ; pièces 312 et 316) ; 36 heures en septembre 2019 (19 chez A _____ + 17 chez D _____ ; pièces 309 et 310) ; 162.25 heures en octobre 2019 (37.75 chez A _____ + 124.5 chez H _____ avec une durée journalière de 8.5 heures ; pièces 301, 303 et 304) ; 123.25 heures en novembre 2019 (78.25 chez H _____ + 45 chez B _____ ; pièces 56, 294 et 297) ; 160.48 heures en décembre 2019 (18 chez C _____ + 142.48 chez B _____ ; pièces 53 et 295) ; 28.5 heures en janvier 2020 (10.5 chez B _____ + 18 chez A _____ ; pièces 51 et 54) ; et 76.5 heures en

février 2020 (pièce 276). Conformément à la jurisprudence, il convient de se fonder sur une période d'observation de 12 mois précédant la demande d'indemnités. Abstraction faite du mois de juillet 2019, où le recourant n'a exercé aucune activité, la période de référence s'étend ainsi du mois de février 2019 au mois de février 2020. Cela étant, la durée moyenne de son activité par mois s'est élevée à 93.165 heures (= 1117.98 heures au total / 12 mois). Durant cette période d'observation, des fluctuations allant de - 69% (28.5 heures travaillées en janvier 2020) à + 74% (162.25 heures travaillées en octobre 2019) se sont produites dans l'activité du recourant. Ce dernier ayant systématiquement déclaré ses activités sur appel comme des gains intermédiaires (étant donné qu'il avait déjà bénéficié d'un premier délai-cadre d'indemnisation du 1er août 2017 au 31 juillet 2019), les données fournies par ses employeurs permettent d'établir d'une manière relativement précise les

- 10 - heures effectuées, bien que certains documents ne portent aucune signature.

L'intimée, à qui il revenait d'instruire le dossier, aurait par conséquent dû se fonder sur ces documents et non pas se limiter à soutenir que les variations considérables du taux d'activité du recourant rendaient impossible la détermination d'un temps de travail. Les chiffres présentés par le recourant semblent consister à établir une moyenne de jours travaillés par mois et un taux horaire moyen. Toutefois, ils ne permettent pas de définir son temps de travail normal conformément à la jurisprudence développée ci-dessus (cf. supra consid. 3.3.1). Dans cette mesure, il ne fait aucun doute que les fluctuations du temps de travail du recourant, dans ses différentes activités sur appel, dépassaient nettement le taux maximum de 20% admis par la jurisprudence lors de plusieurs mois, de sorte qu'il ne peut pas être admis que les activités exercées étaient suffisamment régulières. A cela s'ajoute que le recourant était encore partie à un contrat de travail avec A _____ Sàrl et percevait des indemnités RHT de cette entreprise après le mois de mars 2020, si bien qu'il ne saurait à l'évidence faire état d'aucune perte de travail ni de gain à cette date. Par ailleurs, il est encore noté que seules des activités sur appel ont été exercées par le recourant durant sa période de cotisation. Si les contrats sur appel avaient dans un premier temps été exercés en réaction à sa période de chômage (le recourant ayant déclaré dans son opposition du 29 juin 2020 avoir obtenu les différents contrats sur appel suite à son licenciement de la société I _____ SA au 31 mai 2017 ; pièce 26), les activités sur appel du recourant ont par la suite perdu leur caractère temporaire, compte tenu du temps écoulé, pour devenir une solution permanente. 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 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). 4.3. Au vu de ce qui précède, l'intimée pouvait à juste titre considérer qu'aucune perte de travail ni aucune perte de gain ne pouvaient être prises en considération, de sorte

- 11 - que le recourant ne remplissait pas une des conditions cumulatives (art. 8 al. 1 let. b LACI) ouvrant le droit à des indemnités de chômage. Dans ces circonstances, le recours qui

est en tous points mal fondé est rejeté et la décision sur opposition du 11 août 2020 confirmée. 5. Il n'est pas perçu de frais (art. 61 let. a LPGA 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 23 août 2022.

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