

200.2015.220.AC

ANP/BEJ

Tribunal administratif du canton de Berne
Cour des affaires de langue française

Jugement du 1^{er} juin 2015

Droit des assurances sociales

B. Rolli, président
M. Moeckli et C. Tissot, juges
P. Annen-Etique, greffière



A. _____
recourant

contre

beco Economie bernoise, Caisse de chômage
Service spéciaux, Lagerhausweg 10, 3018 Berne
intimé

relatif à une décision sur opposition de ce dernier du 10 février 2015

En fait:

A.

A._____, né en 1968, a perçu du 1^{er} décembre 2012 au 30 novembre 2014 des indemnités de l'assurance-chômage (AC) en vue de compenser la perte économique encourue dans son activité sur appel de monteur exercée à titre de gain intermédiaire au profit de l'entreprise B._____.

A l'échéance du délai-cadre précité, beco Economie bernoise, Caisse de chômage, Office de paiement de C._____ (ci-après: la caisse de chômage), a examiné si l'assuré pouvait bénéficier d'un nouveau délai-cadre d'indemnisation pour la période courant du 1^{er} décembre 2014 au 30 novembre 2016.

B.

Par décision du 6 janvier 2015, la caisse de chômage a nié le droit à l'indemnité dès le 1^{er} décembre 2014 faute d'une perte de travail à prendre en considération, étant donné que, pour ce délai-cadre consécutif, l'assuré disposait uniquement de périodes de cotisation issues de son activité sur appel poursuivie en l'état et s'inscrivant ainsi dans la normalité.

Une opposition a été formée contre ce prononcé au motif que l'assuré ne travaillait qu'occasionnellement, qu'un licenciement intervenait oralement chez son employeur et qu'il disposait d'un solde de 319 indemnités en septembre 2014 dont il entendait se prévaloir. En date du 10 février 2015, beco Economie bernoise, Caisse de chômage, Services spéciaux (ci-après: beco), a formellement confirmé son prononcé antérieur.

C.

Par écrit (non daté) posté le 2 mars 2015, l'assuré a contesté cette décision sur opposition auprès du Tribunal administratif du canton de Berne (TA) en concluant implicitement à son annulation et à l'octroi de l'indemnité de chômage dès décembre 2014. Excepté l'argument, abandonné dans l'intervalle, relatif au solde de ses indemnités en septembre 2014 (tout transfert d'indemnités dans un nouveau délai-cadre étant exclu selon les explications fournies par beco à l'intéressé), ce dernier reprend le contenu de son opposition et précise au surplus que tant la conclusion que la résiliation du contrat de travail s'effectuent oralement chez son employeur et que son engagement s'apparente à un emploi auprès d'un bureau de placement temporaire.

Dans sa réponse du 23 mars 2015, beco a conclu au rejet du recours en réitérant pour l'essentiel les arguments soulevés dans sa décision sur opposition.

En droit:

1.

1.1 La décision sur opposition du 10 février 2015 représente l'objet de la contestation; elle ressortit au droit des assurances sociales et nie le droit du recourant à l'indemnité de chômage à compter du 1^{er} décembre 2014 faute d'une perte de travail à prendre en considération. L'objet du litige porte sur l'annulation pure et simple de cette décision et l'octroi des indemnités requises.

1.2 Interjeté en temps utile, dans les formes prescrites, auprès de l'autorité de recours compétente, par une partie disposant de la qualité pour recourir, le recours est recevable (art. 100 al. 3 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage [LACI, RS 837.0], en relation avec l'art. 128 al. 2 de l'ordonnance fédérale du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage [OACI, RS 837.02]; art. 56 ss de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales [LPGA, RS 830.1] et art. 74 ss de la loi cantonale du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives [LPJA, RSB 155.21]).

1.3 Le jugement de la cause incombe à la Cour des affaires de langue française du TA dans sa composition ordinaire de trois juges (art. 54 al. 1 let. c et 56 al. 1 de la loi cantonale du 11 juin 2009 sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public [LOJM, RSB 161.1]).

1.4 Le Tribunal examine librement la décision sur opposition contestée et n'est pas lié par les conclusions des parties (art. 61 let. c et d LPGA; art. 80 let. c ch. 1 et 84 al. 3 LPJA).

2.

2.1 Aux termes de l'art. 8 al. 1 let. a à g LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 10), s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (art. 11), s'il est domicilié en Suisse (art. 12), s'il a achevé sa scolarité obligatoire, qu'il n'a pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touche pas de rente de vieillesse de l'AVS, s'il remplit les

conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (art. 13 et 14), s'il est apte au placement (art. 15) et s'il satisfait aux exigences de contrôle (art. 17).

2.2 D'après l'art. 11 LACI, il y a lieu de prendre en considération la perte de travail lorsqu'elle se traduit par un manque à gagner et dure au moins deux journées de travail consécutives (al. 1). La perte de travail des assurés partiellement sans emploi (art. 10 al. 2 let. b LACI) est prise en considération lorsqu'elle s'élève au moins à deux jours entiers de travail en l'espace de deux semaines (art. 5 OACI).

Selon la jurisprudence, la perte de travail à imputer sur la durée normale du travail doit en règle générale être établie sur la base de l'horaire de travail usuel dans la profession ou la branche d'activité de la personne assurée. Dans le cas où un contrat de travail sur appel a été conclu, l'horaire de travail variable, sur appel, convenu spécialement entre la personne assurée et son employeur est considéré alors comme normal, de sorte que la personne assurée ne subit aucune perte de travail, respectivement aucune perte de gain, lorsqu'elle n'est pas appelée. On peut néanmoins déroger à ce principe lorsque le travail sur appel a été effectué de manière plus ou moins constante pendant une période prolongée (ATF 139 V 259 c. 5.3.1, 107 V 59 c. 1; SVR 2006 ALV n° 29 c. 1.2 s.). Pour établir le temps de travail ordinaire, on prend en principe pour période de référence les douze derniers mois du rapport de travail. Pour qu'un temps de travail ordinaire puisse être retenu, il faut que les fluctuations mensuelles prises isolément ne varient pas de 20%, en plus ou en moins, du nombre moyen d'heures de travail fournies mensuellement (DTA 2011 p. 149).

2.3 L'assuré qui fait valoir des prestations d'assurance doit, avec l'assistance de l'office du travail compétent, entreprendre tout ce qu'on peut raisonnablement exiger de lui pour éviter le chômage ou l'abréger. Il lui incombe, en particulier, de chercher du travail, au besoin en dehors de la profession qu'il exerçait précédemment (obligation de diminuer le dommage; art. 17 al. 1 phr. 1 et 2).

L'acceptation d'un contrat de travail sur appel après la perte d'un emploi à plein temps doit être qualifiée d'activité de transition; ce travail sur appel ne doit pas être considéré comme dernier rapport de travail déterminant au sens de l'art. 4 al. 1 OACI en lieu et place de la dernière activité à plein temps (voir à ce sujet également: art. 24 al. 1 LACI). Cependant, plus le rapport de travail sur appel s'inscrit dans la durée, plus il faut partir de l'idée que cette nouvelle situation professionnelle revêt un caractère de normalité pour l'assuré. Parallèlement, plus les rapports de travail vont durer, plus le principe de diminution du dommage perdra de sa pertinence; par conséquent, la personne assurée ne pourra plus se prévaloir du fait qu'elle a accepté le contrat de travail comme activité de transition (ATF 139 V 259 c. 5.1). Si le revenu provenant du contrat de travail n'a plus à être imputé comme gain intermédiaire dans le cadre de l'obligation de diminuer le dommage, la personne assurée ne subit pas de perte de

travail à prendre en considération (ATF 139 V 259 c. 5.3.1; SVR 2014 ALV n° 8 c. 2.2 et 3.3 s.).

2.4 Selon le Bulletin LACI IC publié par le secrétariat d'état à l'économie (seco), dans sa teneur au 1^{er} janvier 2015, dès lors qu'une personne accepte une activité sur appel durant son délai-cadre d'indemnisation en vue de diminuer le dommage, elle perçoit des versements compensatoires. Si cette personne ne dispose, pour un délai-cadre consécutif, que de périodes de cotisation issues d'une activité sur appel qu'elle poursuit, le droit aux prestations pour le délai-cadre consécutif doit lui être nié car il n'y a pas de perte de travail. La personne ne peut plus invoquer son devoir de diminuer le dommage dans la mesure où l'activité sur appel s'inscrit dans la normalité (pour tout ce qui précède: voir exemple de délai-cadre consécutif exposé à la note marginale B97b).

La réglementation précitée, ainsi que toutes les autres directives édictées par les autorités administratives de surveillance à l'intention des autorités d'exécution, ne constituent pas des normes juridiques. Elles lient l'administration mais pas le tribunal. Ce dernier doit cependant tenir compte de ces directives dans son jugement lorsqu'elles s'avèrent adaptées au cas d'espèce et offrent une interprétation judicieuse des dispositions juridiques applicables. Le tribunal ne s'écarte donc pas sans raison pertinente de directives administratives, lorsque celles-ci représentent une concrétisation convaincante des prescriptions légales. Par là, il est tenu compte du fait que l'administration s'efforce, par le biais de directives internes, de garantir une application égalitaire de la loi (ATF 139 V 122 c. 3.3.4). D'autre part, le tribunal s'écarte des directives dans la mesure où elles ne sont pas conformes à la loi ou, en l'absence de dispositions légales, ne sont pas en accord avec les principes généraux du droit fédéral (ATF 132 V 121 c. 4.4).

3.

3.1 Au cas particulier, il y a lieu d'examiner si le rapport de travail entre l'assuré et B._____ doit continuer à être qualifié après le 30 novembre 2014 d'activité de transition dont les revenus sont imputables comme gain intermédiaire dans le cadre de l'obligation de diminuer le dommage ou s'il s'agit au contraire d'un emploi sur appel s'inscrivant désormais dans la durée et ne générant ainsi plus aucune perte de travail à prendre en considération par l'AC.

3.2 Il est incontesté que le recourant se trouve avec l'entreprise B._____ depuis le 1^{er} décembre 2012 dans un rapport de travail flexible, qu'il a accepté en vertu de son obligation de diminuer le dommage au sens de l'art. 17 al. 1 LACI. Ainsi qu'il le précise dans son recours, l'assuré a en effet toujours eu le souci de ne «rater aucune chance de travailler», effort qui ne peut certes être que salué mais qui était également exigible

de sa part. De jurisprudence constante en effet (c. 2.3 supra), le travail sur appel qui n'a pas été accepté librement suite à la perte d'un emploi à temps complet, mais par nécessité et afin de surmonter le chômage, représente une solution transitoire imposée par les circonstances. Dans ces conditions, la personne assurée se conforme uniquement à ses devoirs envers l'AC en acceptant un travail sur appel. Un tel rapport de travail est qualifié d'activité de transition et les revenus de celle-ci imputés comme gain intermédiaire, en ce sens que l'assuré aura droit à la compensation d'une éventuelle perte de gain (différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire; art. 24 al. 1 et 3 LACI). C'est ainsi que la caisse de chômage, vu les revenus inférieurs au gain assuré perçus dans l'activité transitoire exercée dès décembre 2012 par le recourant, a décidé - et à bon droit - d'allouer à ce dernier des indemnités compensatoires pendant toute la durée de son premier délai-cadre d'indemnisation ouvert du 1^{er} décembre 2012 au 30 novembre 2014.

3.3 Le cas d'espèce se distingue cependant de la situation évoquée ci-dessus. L'assuré revendique l'ouverture d'un deuxième délai-cadre d'indemnisation à compter du 1^{er} décembre 2014, alors qu'il travaille sans discontinuer depuis décembre 2012 pour le compte de B. _____ sur la base d'un engagement sur appel. Contrairement à ce que semble laisser entendre le recourant, aucun élément au dossier ne permet de douter de la poursuite de ce rapport de travail au-delà du premier délai-cadre d'indemnisation. Il ressort en effet qu'un gain intermédiaire a continué d'être attesté auprès de la société précitée en décembre 2014, janvier et février 2015 (dossier [dos.] beco 2-3, 11-12, 27-28), que le recourant a lui-même invoqué dans son recours travailler en l'état encore à temps partiel pour le compte du même employeur et qu'il n'a de toute façon fourni aucune indication précise quant à une éventuelle résiliation orale des rapports de travail. En réalité, ses propos à ce sujet déjà tenus en procédure d'opposition semblent davantage destinés à clarifier les pratiques de son employeur en la matière qu'à évoquer sa situation personnelle («En ce qui concerne le licenciement, c'est verbal que ça se passe chez B. _____», dos. beco 17; voir également recours 1^{er} §). Eu égard à la longue durée des rapports de travail - en l'état, depuis près de deux ans et demi -, il y a dès lors lieu de retenir que l'engagement sur appel du recourant revêt désormais pour lui un caractère de normalité et que le principe de diminution du dommage a donc perdu de sa pertinence (c. 2.3 et 2.4 supra). Cela se vérifie également par le fait que l'assuré se réfère dans ses écrits uniquement à son engagement auprès de B. _____ et à son souhait (à tout le moins implicite) de travailler davantage auprès de cet employeur (dos. beco 17; recours). L'on en infère que l'intéressé s'est désormais satisfait de cette situation professionnelle et qu'il ne recherche pas activement un autre emploi plus rémunérateur. Les mêmes considérations seraient au reste applicables si l'assuré se contentait de revenus inférieurs à son gain assuré obtenus par le biais d'un placement temporaire. Conformément à la jurisprudence précitée, le recourant n'encourt dès lors plus aucune

perte de travail à prendre en considération, dès lors que le salaire provenant de son activité sur appel n'a plus à être imputé comme gain intermédiaire en vertu de l'obligation de diminuer le dommage (c. 2.3 et 2.4 supra).

3.4 Au surplus, l'on précisera encore que les revenus réalisés au cours des 12, voire même 24, mois précédant le nouveau délai-cadre d'indemnisation présentent des fluctuations marquantes, à savoir de 20% en plus ou en moins pour certains mois (voir attestations de gain intermédiaire de décembre 2012 à novembre 2014 figurant au dos. beco 29-76). Ainsi, la moyenne mensuelle des heures de travail s'est élevée à 97 heures de décembre 2012 à novembre 2013 et à 147 heures de décembre 2013 à novembre 2014. Sur ces 24 mois, le nombre d'heures mensuelles s'est écarté au cours de 16 mois de plus de 20% (en plus ou en moins) de la moyenne mensuelle de chaque année. Il n'existe dès lors aucune garantie pour un volume de travail précis et constant, de sorte que les conditions d'un travail sur appel avec un horaire de travail variable, sur appel, convenu spécialement entre la personne assurée et son employeur sont remplies et qu'aucune perte de travail, ni de gain ne sont encourues lorsque cette même personne n'est pas appelée (c. 2.2 supra). En dernier lieu, l'on relèvera encore que le recourant peut uniquement justifier pour le délai-cadre consécutif ici en cause de périodes de cotisation issues de son activité sur appel auprès de B._____ et que cet engagement sera de prime abord poursuivi à l'avenir. Or, conformément à la pratique du seco dont il n'existe aucune raison pertinente de s'éloigner au cas particulier (c. 2.4 supra), le droit aux prestations pour un délai-cadre consécutif doit être explicitement nié dans ce cas, puisque le recourant ne peut plus invoquer son devoir de diminuer le dommage et que son activité sur appel s'inscrit désormais dans la normalité (en ce sens également: VGE ALV 13/243 du 13 juin 2013 c. 3.2).

4.

4.1 Au vu de tous les éléments qui précèdent, le recours doit être rejeté et la décision sur opposition du 10 février 2015 niant le droit à l'indemnité dès le 1^{er} décembre 2014 confirmée.

4.2 Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, ni d'allouer de dépens au recourant qui succombe (art. 61 let. a et g LPGa).

Par ces motifs:

1. Le recours est rejeté.
2. Il n'est pas perçu de frais de procédure, ni alloué de dépens.

3. Le présent jugement est notifié (R):
 - au recourant,
 - à l'intimé,
 - à beco Economie bernoise, Service de l'emploi,
 - au Secrétariat d'Etat à l'économie.

Le juge:

La greffière:

Voie de recours

Dans les 30 jours dès la notification écrite de ses considérants, le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, au sens des art. 39 ss, 82 ss et 90 ss de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110).