

200.2023.634.AC

N° bénéficiaire:

N° AVS

MAU/EGC

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

Jugement du 23 septembre 2024

Droit des assurances sociales

G. Niederer, président

A.-F. Boillat et G. Zürcher, juges

A. Mariotti, greffière

A. _____

recourante

contre

Office de l'assurance-chômage (OAC)

Service juridique, Lagerhausweg 10, case postale, 3018 Berne

intimé

relatif à une décision sur opposition de ce dernier du 9 août 2023



En fait:

A.

A. _____, née en 1969, sans formation professionnelle reconnue en Suisse, a été inscrite auprès d'un office régional de placement (ORP) de septembre 2013 à août 2020. Elle a travaillé en dernier lieu en qualité d'employée en intendance à 80% auprès d'une entreprise sociale à gestion entrepreneuriale, emploi qu'elle a obtenu avec le concours du service social la prenant en charge. Elle a été licenciée de cette entreprise, pour des motifs économiques, par lettre du 23 novembre 2022 et avec effet au 31 décembre suivant. Le 13 décembre 2022, l'intéressée a déposé, auprès d'une caisse de chômage du canton de Berne, une demande d'indemnités de chômage à compter du 1^{er} janvier 2023, en déclarant être disposée à travailler à plein temps depuis cette date. Par décision du 9 février 2023, la Caisse de chômage a nié le droit à l'indemnité de chômage de l'intéressée, à partir du 2 janvier 2023, au motif que les conditions relatives à la période de cotisation n'étaient pas remplies.

B.

L'opposition formulée le 9 mars 2023 contre ce prononcé par la prénommée, alors représentée par une avocate, a été rejetée par la Caisse de chômage par décision sur opposition du 9 août 2023.

C.

Par écrit du 8 septembre 2023, l'intéressée, agissant désormais seule, a interjeté recours contre ce prononcé auprès de l'Office de l'assurance-chômage, qui l'a transmis, le 12 septembre 2023, au Tribunal administratif du canton de Berne (TA), comme objet de sa compétence. Elle a implicitement conclu à l'annulation de la décision sur opposition du 9 août 2023 et à l'octroi d'indemnités de l'assurance-chômage. Dans sa réponse du 14 octobre 2023, l'intimé a conclu au rejet du recours. Par réplique du

23 novembre 2023, la recourante a implicitement confirmé ses conclusions. Au moyen d'une duplique du 4 décembre 2023, l'intimé a maintenu ses conclusions.

En droit:

1.

1.1 La décision sur opposition du 9 août 2023 représente l'objet de la contestation. Elle ressortit au droit des assurances sociales, rejette l'opposition du 9 mars 2023 et confirme donc la décision du 9 février 2023, qui nie le droit de la recourante à des indemnités de chômage. L'objet du litige porte, quant à lui, sur l'annulation de cette décision sur opposition et sur l'octroi d'indemnités de chômage depuis janvier 2023.

1.2 La décision sur opposition contestée ayant été rendue par la Caisse de chômage et la recourante se soumettant au contrôle obligatoire de son chômage dans le canton de Berne, où elle est également domiciliée, le TA est compétent pour connaître du présent litige (art. 100 al. 3 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité [LACI, RS 837.0] en relation avec les art. 128 al. 1 et 119 al. 1 let. a de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et les indemnités en cas d'insolvabilité [OACI, RS 837.02]). Interjeté par ailleurs dans les formes minimales et dans le délai prescrits, par une partie disposant de la qualité pour recourir, le recours est recevable (art. 56 ss de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales [LPGA, RS 830.1], applicable par renvoi de l'art. 1 al. 1 LACI; art. 42 al. 3 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 TA examine librement la décision 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 D'après l'art. 1a al. 2 LACI, les buts de cette loi consistent entre autres à prévenir le chômage imminent, à combattre le chômage existant et à favoriser l'intégration rapide et durable des assurés dans le marché du travail. Afin d'atteindre les buts précités, le législateur a notamment instauré les mesures relatives au marché du travail (MMT; art. 59 ss LACI).

2.2 L'art. 8 al. 1 let. e LACI dispose que l'assuré a notamment droit à l'indemnité de chômage s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (art. 13 et 14 LACI). D'après l'art. 13 al. 1 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 remplit les conditions relatives à la période de cotisation. Le délai-cadre applicable à la période de cotisation 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'al. 2 LACI). La définition de l'activité soumise à cotisation découle de l'art. 2 al. 1 let. a LACI. Selon cette disposition, est tenu de payer des cotisations de l'assurance-chômage, le travailleur qui est assuré selon la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS, RS 831.10) et doit payer des cotisations sur le revenu d'une activité dépendante en vertu de cette loi (ATF 122 V 249 c. 2b; DTA 2007 p. 44 c. 2.2). Une personne qui exerce une activité tombant sous le coup de l'art. 23 al. 3^{bis} LACI (participation à une mesure relative au marché du travail financée par les pouvoirs publics) n'accomplit pas une période de cotisation au sens de l'art. 13 al. 1 LACI (ATF 139 V 212 c. 3.3).

2.3 L'administration en tant qu'autorité de décision et le juge, en cas de recours, ne peuvent considérer un fait comme établi que lorsqu'ils sont convaincus de son existence. En droit des assurances sociales, pour autant que la loi n'en dispose pas autrement, le juge doit fonder sa décision sur les faits qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. La simple possibilité de l'existence d'un fait ne suffit pas. Le juge doit bien plus retenir les éléments qui, parmi les faits possibles, lui paraissent les plus probables (ATF 144 V 427 c. 3.2; SVR 2022 UV n° 41 c. 3.3).

3.

3.1 Dans sa décision sur opposition, l'intimé relève que la recourante avait été engagée dans une entreprise sociale en sa qualité de bénéficiaire de l'aide sociale sans emploi, âgée d'au moins 25 ans, qui n'a pas droit à l'assurance-chômage et qui relève de la compétence des communes. Il ajoute qu'au terme du contrat de travail conclu en août 2018 entre la recourante et cette entreprise, puis de l'avenant de mars 2020 et du contrat à durée indéterminée d'août 2020, l'intégration dans le marché primaire du travail est resté un objectif prioritaire de l'engagement. L'intimé souligne que, en parallèle, la recourante s'était engagée à entreprendre toutes les recherches nécessaires pour trouver un poste de travail dans le marché primaire de l'emploi et qu'elle est restée inscrite à un ORP du 2 septembre 2013 au 31 août 2020. Il précise, à cet égard, que la recourante a souhaité rester inscrite à l'ORP pour bénéficier du soutien que ce dernier pouvait lui apporter dans ses recherches d'emploi. Selon l'intimé, au vu du mode de conclusion du contrat et de son but, l'objectif principal de cet emploi était ainsi l'insertion sociale et professionnelle et non l'emploi en tant que tel. Enfin, il ajoute que ni les prestations de la recourante pour l'entreprise ni son salaire ne s'inscrivaient dans une logique économique ou ne découlaient d'une nécessité du marché. Dans sa réponse, l'intimé rappelle encore les éléments factuels importants de la cause et insiste sur le fait que le but de l'emploi de l'assurée auprès de l'entreprise sociale restait de s'intégrer sur le marché primaire du travail.

3.2 Dans son recours de droit administratif, la recourante conteste d'abord que son travail était une MMT car, d'après elle, il ne visait pas à l'intégrer sur le marché du travail primaire, mais à combler un besoin précis de l'entreprise lorsqu'elle a repris le poste d'un employé qui s'était blessé. Elle rappelle qu'elle avait d'ailleurs des responsabilités significatives et une relation continue avec l'entreprise. En outre, elle soutient que le financement de l'entreprise par l'Etat ne démontre pas forcément que son travail était une MMT. En effet, elle précise que selon le Service qui finançait la société, la mesure constituait une offre d'intégration professionnelle et non une MMT. Elle ajoute que, selon son employeur, l'objectif principal de son engagement était de faciliter sa réintégration sur le marché du travail ordinaire. Elle souligne qu'elle avait déjà d'autres expériences préalables qui avaient été profitables à l'entreprise pour laquelle elle travaillait. Dans sa réplique, elle rappelle en outre qu'elle a occupé un poste à responsabilité dès septembre 2020, pour lequel elle avait été choisie en raison de ses compétences. De plus, elle insiste sur le fait que la relation de travail était basée sur une logique économique et qu'elle répondait aux besoins de l'entreprise. Elle mentionne encore que son salaire, usuel dans la branche, a permis de mettre fin à sa dépendance à l'aide sociale et a été le motif pour que l'ORP clôture son dossier.

4.

Se pose donc la question de savoir si l'emploi qu'a occupé la recourante doit être qualifié de MMT.

4.1 L'art. 23 al. 3^{bis}, phr. 1, LACI, entré en vigueur au 1^{er} avril 2011 (RO 2011 1167), dispose qu'un gain réalisé dans le cadre d'une mesure relative au marché du travail financée par les pouvoirs publics n'est pas assuré. Bien que cette norme ne porte, selon son libellé et sa position systématique, que sur la détermination du gain assuré, il faut en déduire qu'une personne ne remplit pas non plus les conditions relatives à la période de cotisation lorsqu'elle exerce une activité qui doit être qualifiée de MMT (ATF 140 V 368 c. 5.3.1, 139 V 212 c. 3.3). Selon l'art. 38 al. 1 OACI, sont réputées mesures relatives au marché du travail au sens de l'art. 23

al. 3^{bis} LACI, les mesures d'intégration professionnelle financées en tout ou en partie par les pouvoirs publics (voir aussi l'arrêt du Tribunal fédéral [TF] 8C_255/2014 du 23 mars 2015 c. 2.2). Le champ d'application de l'art. 23 al. 3^{bis} LACI concerne les mesures du marché du travail par opposition aux emplois ordinaires sur le marché du travail. Le but de l'introduction de cette disposition était d'empêcher que des programmes d'emploi temporaire soient organisés dans le seul but de générer des périodes de cotisations de l'assurance-chômage et de se focaliser sur la réinsertion. Le nouvel al. 3^{bis} vise précisément à garantir que seule une activité lucrative normale, et non la fréquentation d'une MMT, donne droit à l'indemnité de chômage (Message du Conseil fédéral du 3 septembre 2008 relatif à la modification de la loi sur l'assurance-chômage, FF 2008 7029, p. 7046). Dans leur grande majorité, ces dernières sont facilement repérables car elles se déroulent clairement hors du marché primaire du travail, avec à leur tête un porteur de projet chargé d'organiser une occupation pour les personnes bénéficiant des prestations des assurances sociales (Secrétariat d'Etat à l'économie [SECO], Directive LACI MMT, état au 1^{er} août 2024 [ci-après: Directive SECO], A86). Selon la jurisprudence, la distinction entre une activité lucrative ordinaire et une mesure relative au marché du travail s'opère donc en fonction d'indices tels que le mode de conclusion du contrat, les prestations contractuelles, la durée du contrat et le but de celui-ci (TF 8C_255/2014 du 23 mars 2015 c. 4 et les références). Cependant, il n'est pas déterminant que l'activité soit aussi exercée et demandée dans l'économie libre (ATF 139 V 212 c. 4.2; TF 8C_87/2015 du 11 novembre 2015 c. 3.4).

4.2

4.2.1 En l'espèce, la recourante a conclu, le 3 août 2020, un "contrat d'engagement" avec une entreprise à gestion sociale en tant que "travailleuse avec un salaire au mois", à un taux d'occupation de 80%, pour un salaire brut de Fr. 2'560.-, versé douze fois l'an (dossier [dos.] caisse de chômage 287). Par avenant du 21 janvier 2021, ce salaire a été augmenté à Fr. 2'800.- (dos. caisse de chômage 286). Il résulte en outre du dossier que l'entreprise sociale qui a employé la recourante était au bénéfice d'un contrat-cadre et d'un contrat de prestation avec l'Office de l'intégration et de

l'action sociale du canton de Berne. Ces derniers ont toutefois pris fin au 31 décembre 2022 (dos. caisse de chômage 175). Il ressort également de la lettre de résiliation que le contrat de prestation n'a en l'occurrence plus été prolongé pour l'année 2023 et que l'entreprise n'était ainsi plus en mesure de payer les salaires, raison pour laquelle elle a mis fin au contrat passé avec la recourante (dos. caisse de chômage 285). Selon l'entreprise sociale et d'après le contrat de prestation, le salaire de la recourante, y compris les cotisations sociales, était ainsi refinancé à 100% par la Direction de la santé, des affaires sociales et de l'intégration du canton de Berne (dos. caisse de chômage 32, 36 et 46). La condition relative au financement de la mesure par les pouvoirs publics, au sens de l'art. 38 al. 1 OACI est donc réalisée, ce que la recourante ne conteste au demeurant pas.

4.2.2 Concernant la qualification de l'emploi de la recourante en tant que MMT, il sied de relever ce qui suit. La recourante a été inscrite auprès de l'entreprise sociale précitée à la suite d'une demande faite par le service social qui prenait alors en charge l'intéressée (dos. caisse de chômage 32). D'ailleurs, selon les contrats qui l'unissaient au canton de Berne, celle-ci n'engageait alors que des bénéficiaires de l'aide sociale n'ayant que peu ou aucune chance d'obtenir un emploi sur le marché primaire du travail (dos. caisse de chômage 36 et 44 s.). L'entreprise, qui poursuivait, à tout le moins à l'époque, des buts sociaux et économiques, proposait des postes sur le marché secondaire du travail, pour une durée indéterminée, avec comme objectif principal de réinsérer les bénéficiaires sur le marché primaire du travail (dos. caisse de chômage 31, 32 et 36). Il était précisé, dans le concept élaboré par celle-ci et le contrat de prestations avec le canton, qu'elle ne devait pas faire concurrence aux entreprises présentes sur le marché primaire de l'emploi, quand bien même elle proposait des places de travail dans le même segment de marché (dos. caisse de chômage 36 et 45). Le mode de conclusion du contrat, en passant par un service social et non à l'issue d'une procédure de recrutement, ainsi que le but explicite poursuivi par l'entreprise sociale de réintégrer les personnes sur le marché primaire de l'emploi, sans être elle-même présente sur ce marché-là, sont ainsi des éléments importants en faveur de la qualification de l'emploi litigieux en tant que MMT. La recourante reconnaît d'ailleurs

que le but de son engagement était de faciliter sa réintégration sur le marché primaire de l'emploi (recours p. 2). En outre, comme exposé ci-avant (voir c. 4.1), le fait qu'elle ait travaillé comme employée en intendance, qui est une occupation aussi recherchée dans l'économie libre, n'est pas déterminant. La gestion d'une équipe et la qualité de son travail, accompli à la satisfaction de ses employeurs, ne l'est pas non plus dans ce contexte. Concernant sa fonction en tant que cheffe d'équipe, son ancien employeur a également spécifié qu'elle était interne à l'entreprise et qu'elle avait donc été exercée sur le marché secondaire du travail (dos. caisse de chômage 31). Aussi le fait que le partenaire étatique de l'entreprise ne considère pas cet emploi comme une MMT ne justifie pas de s'écarter de l'appréciation qui précède (dos. caisse de chômage 175). En effet, cette appréciation a été motivée en ce sens que cette offre était proposée dans le cadre de l'aide sociale et qu'il s'agissait d'une mesure ayant pour but l'intégration et l'emploi, ce qui n'est pas incompatible avec la définition d'une MMT dont le but est justement de favoriser l'intégration professionnelle des assurés dont le placement est difficile pour des raisons inhérentes au marché de l'emploi (voir art. 59 al. 2 LACI). Le but poursuivi par la mesure à laquelle a pris part la requérante et celui poursuivi par les MMT est donc le même, à savoir principalement faciliter la réinsertion sur le marché du travail (voir dans ce sens, FF 2008 7029, p. 7046). Il sied néanmoins d'admettre que la durée d'engagement de la requérante (un peu plus de deux ans en tout) est relativement longue et que son contrat était à durée indéterminée. Cependant, non seulement la durée du contrat n'est pas un critère décisif (voir TF 8C_255/2014 du 23 mars 2015 c. 5), au contraire du but de l'activité (voir TF 8C_87/2015 du 11 novembre 2015 c. 4.2) mais, pour que l'on puisse admettre que l'on a affaire à un contrat de travail normal, la durée du contrat doit découler du besoin en prestations de travail et non de considérations liées à l'accomplissement d'une période de cotisation propre à contribuer à permettre l'ouverture d'un droit aux prestations de chômage (voir arrêt du Tribunal administratif fédéral [TAF] B-266/2014 du 21 décembre 2015 c. 3.4.6.1; BORIS RUBIN, *Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage*, 2014, art. 23 n. 48). Or, comme exposé ci-avant, cet emploi a pris place sur le marché secondaire de l'emploi pour le compte d'une entreprise sociale qui proposait alors des emplois à durée indéterminée. Il y a en outre été mis fin dès que le financement étatique a

cessé, ce qui démontre que même si l'entreprise a pu être intéressée par la prestation de travail de la recourante, celle-ci était employée dans le cadre d'une MMT – financée par les pouvoirs publics – et non dans le but de répondre à un besoin spécifique de l'entreprise en premier lieu. Qui plus est, même si son revenu a été augmenté, la dernière fois par avenant du 21 janvier 2021, pour atteindre un revenu conforme aux usages locaux et professionnels, qui lui a du reste permis de s'affranchir de l'aide de l'ORP et des aides sociales, cet avenant n'a pas pour autant modifié le but principal de la relation de travail, soit l'intégration sur le marché primaire (voir dos. caisse de chômage 40 et 132; voir aussi p. 3 de la réponse de l'intimé). Enfin, contrairement à ce que soutient la recourante, le fait qu'elle ait cotisé à l'assurance-chômage pendant la durée de cet emploi, comme cela ressort de ses fiches de salaire, n'exclut pas que celui-ci ait néanmoins été une MMT. En effet, en matière d'assurance-chômage, comme dans de nombreuses assurances sociales, l'obligation de cotiser est une question différente du droit aux prestations, ce qui est conforme au système de la LACI et à la volonté du législateur (TAF B-266/2014 du 21 décembre 2015 c. 3.4.5.4.3; voir dans ce sens également, Directive SECO, A86).

4.2.3 En conclusion, l'emploi occupé par la recourante remplit les différentes conditions d'une MMT, en particulier quant au financement par les pouvoirs publics, au mode de conclusion du contrat et à son but. Il doit par conséquent être qualifié comme tel. Cela implique que le gain réalisé dans le cadre de son emploi auprès de l'entreprise sociale n'est pas assuré, conformément à l'art. 23 al. 3^{bis} LACI. Partant, c'est à juste titre, que l'intimé a confirmé, dans sa décision sur opposition, le rejet de la demande d'indemnité de chômage.

5.

5.1 Au vu de ce qui précède, le recours doit donc être rejeté.

5.2 Conformément à l'art. 61 let. f^{bis} LPGA (a contrario, voir également FF 2018 1628), la procédure n'est pas soumise à des frais de justice. Il n'y a en outre pas lieu d'allouer de dépens (même sous la forme d'une

indemnité de partie) à la recourante, qui n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g a contrario LPG), ni à l'intimé (art. 104 al. 1 à 3 LPJA).

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):
 - à la recourante,
 - à l'intimé,
 - au Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO).

Le président:

La greffière:

Voie de recours

Dans les 30 jours dès la notification 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).