

## **Assurance chômage Arbeitslosenversicherung**

TCVS S1 08 173

*ATC (Cour des assurances sociales) du 11 décembre 2008*

### **Chômage; aptitude au placement; interprétation d'un contrat de travail**

- L'assuré n'a droit à l'indemnité de chômage que s'il est apte au placement (art. 8 al. 1 let. f LACI). Est réputé apte à être placé le chômeur qui est disposé à accepter un travail convenable et est en mesure et en droit de le faire (art. 15 al. 1 LACI).
- Les contrats s'interprètent d'abord selon la volonté commune et réelle des parties. Si cette volonté ne peut être établie en fait, le juge interprétera les déclarations et les comportements des parties selon le principe de la confiance, en recherchant comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances.

### **Arbeitslosigkeit; Vermittlungsfähigkeit; Auslegung eines Arbeitsvertrages**

- Der Versicherte hat nur Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn er vermittlungsfähig ist (Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG). Der Arbeitslose ist vermittlungsfähig, wenn er bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen (Art. 15 Abs. 1 AVIG).
- Die Verträge werden zuerst nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien ausgelegt. Wenn dieser Wille nicht ermittelt werden kann, legt der Richter die Erklärungen und das Verhalten der Parteien nach dem Vertrauensprinzip aus, indem er abklärt, wie eine Erklärung oder eine Haltung aufgrund der gesamten Umstände gutgläubig verstanden werden kann.

### **Faits**

A. Y., né en 1963, a exercé en 2007 des activités saisonnières, l'été auprès du Golf de Sion (contrat de travail de durée limitée du 10 avril 2007 au 30 novembre 2007), et l'hiver comme professeur de ski auprès de l'ESS de Montana (contrat de travail du 22 décembre 2007 au 6 avril 2008, mais début effectif de l'activité au jardin des neiges le 1<sup>er</sup> décembre 2007). Le 28 novembre 2007, il s'est réinscrit auprès de l'office communal du travail de Montana (3<sup>e</sup> délai-cadre ouvert du 18.12.2006 au 17.12.2008) et a demandé des indemnités de chômage dès le 1<sup>er</sup> décembre 2007. Il a ainsi été convoqué à une journée d'information, prévue le 6 décembre 2007, ainsi qu'à un entretien, prévu le 12 décembre 2007 auprès de l'ORP de Sierre. Il ne s'y est pas rendu du fait qu'il devait être à la disposition de l'ESS et qu'il a donné des cours de ski ces jours-là.

Le Service de l'industrie, du commerce et du travail (SICT) a dès lors examiné l'aptitude au placement du requérant et, par décision du

11 janvier 2008, a considéré que l'aptitude au placement de Y. n'était pas reconnue du 1er décembre 2007 au 6 avril 2008 en raison du contrat de travail qui le liait à l'ESS de Montana.

Le 13 février 2008, l'assuré a formé opposition contre cette décision, laquelle a été complétée par son mandataire le 28 février suivant. Il allègue avoir fait des recherches d'emploi depuis la fin novembre 2007, travaillé sur appel auprès de l'ESS, et perçu un gain intermédiaire et non un salaire fixe de cet employeur. Il devait donc être considéré comme apte au placement durant l'hiver 2007/2008.

Par décision sur opposition du 24 juin 2008, le SICT a rejeté les griefs de l'assuré et confirmé sa décision du 11 janvier 2008.

B. En temps utile, soit le 7 juillet 2008, Y. a recouru auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal. Reprenant les allégués de son opposition et précisant n'avoir gardé son emploi à l'ESS qu'à défaut d'avoir trouvé ailleurs un emploi fixe à plein temps, il confirme qu'il aurait pu quitter de suite son activité à l'ESS s'il avait trouvé un travail fixe, et donc avoir été totalement apte au placement. Il dépose à cet effet une attestation de l'ESS du 2 juillet 2008 allant dans le sens de ses conclusions.

Dans sa réponse du 29 juillet 2008, le SICT allègue que cette dernière pièce a été déposée tardivement, pour les besoins de la cause, et qu'elle ne précise pas les conditions d'une libération des obligations de l'assuré envers l'ESS dans le cas où Y. aurait trouvé ailleurs un emploi à plein temps de durée déterminée ou un emploi à temps partiel en complément de son activité à l'ESS. Le SICT conclut en conséquence au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée.

Par jugement du 11 décembre 2008, la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal a rejeté le recours.

### ***Considérant en droit***

(...)

3.1 L'assuré n'a droit à l'indemnité de chômage que s'il est apte au placement (art. 8 al. 1 let. f LACI). Est réputé apte à être placé le chômeur qui est disposé à accepter un travail convenable et est en mesure et en droit de le faire (art. 15 al. 1 LACI).

L'aptitude au placement comprend ainsi deux éléments: la capacité de travail d'une part, c'est-à-dire la faculté de fournir un travail - plus précisément d'exercer une activité lucrative salariée - sans que l'assuré en soit empêché pour des causes inhérentes à sa personne, et

d'autre part la disposition à accepter un travail convenable au sens de l'art. 16 LACI, ce qui implique non seulement la volonté de prendre un tel travail s'il se présente, mais aussi une disponibilité suffisante quant au temps que l'assuré peut consacrer à un emploi et quant au nombre des employeurs potentiels. L'aptitude au placement peut dès lors être niée notamment en raison de recherches d'emplois continuellement insuffisantes, en cas de refus réitéré d'accepter un travail convenable, ou encore lorsque l'assuré limite ses démarches à un domaine d'activité dans lequel il n'a, concrètement, qu'une très faible chance de trouver un emploi (ATF 125 V 58 consid. 6a, 123 V 216 consid. 3; 115 V 436 consid. 2a avec les renvois).

Un assuré, qui, pour des motifs personnels ou familiaux, ne peut ou ne veut pas offrir à un employeur toute la disponibilité normalement exigible, ne peut être considéré comme apte à être placé. L'aptitude au placement doit par ailleurs être admise avec beaucoup de retenue lorsque, en raison de l'existence d'autres obligations ou de circonstances personnelles particulières, un assuré désire seulement exercer une activité lucrative à des heures déterminées de la journée ou de la semaine. Un chômeur doit être en effet considéré comme inapte au placement lorsqu'une trop grande limitation dans le choix des postes de travail rend très incertaine la possibilité de trouver un emploi. Peu importe, à cet égard, le motif pour lequel le choix des emplois potentiels est limité (ATF 123 V 216 consid. 3, 120 V 388 consid. 3a et les références).

3.2 Est notamment réputé inapte au placement l'assuré qui n'a pas l'intention ou qui n'est pas à même d'exercer une activité salariée, parce qu'il a entrepris - ou envisage d'entreprendre - une autre activité lucrative, cela pour autant qu'il ne puisse plus être placé comme salarié ou qu'il ne désire pas ou ne puisse pas offrir à l'employeur toute la disponibilité normalement exigible (ATF 112 V 327 consid. 1a et les références; DTA 1998 n° 32 p. 176 consid. 2). Pour pouvoir bénéficier d'une compensation de sa perte de salaire en application de l'art. 24 LACI, l'assuré doit être disposé à abandonner aussi rapidement que possible son activité actuelle au profit d'un emploi réputé convenable qui s'offrirait à lui ou qui lui serait assigné par l'administration; on tiendra toutefois compte du délai de résiliation des rapports de travail en cours.

En revanche, l'assuré qui entend, quelles que soient les circonstances, poursuivre une activité qu'il a prise durant une période de contrôle ne saurait être indemnisé par le biais des dispositions sur le gain intermédiaire, faute d'aptitude au placement (Gerhards, Arbeits-

losenversicherung: Stempelferien, Zwischenverdienst und Kurzarbeitensschädigung für öffentliche Betriebe und Verwaltungen - Drei Streitfragen, RSAS 1994, p. 350 s.).

Enfin, et d'une façon générale, on ne peut exclure, a priori, l'aptitude au placement d'un assuré qui exerce une activité à temps partiel, le cas échéant sur appel, et qui cherche à compléter par une autre occupation à temps partiel, même si sa disponibilité est très limitée (ATF 115 V 430 consid. 2b; 112 V 136 consid. 3b). Ce qu'il faut examiner, ce sont les possibilités concrètes de l'assuré d'être placé (ATF 115 V 433 consid. 2c/bb). La jurisprudence précise en outre que le travailleur sur appel 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 (ATF 107 V 61 consid. 1 et les références). 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 107 V 61 consid.1).

4.1 En l'occurrence, le contrat de travail liant l'assuré à l'ESS de Montana prévoit clairement que l'employé s'engage à fournir le travail lorsqu'il se présente (ch. 2.2). Il doit se tenir à disposition de l'ESS et ne peut donc accepter un autre emploi salarié durable. Y. n'a par exemple pas pu se rendre aux journées d'information et d'entretien des 6 et 12 décembre 2007 en raison du fait qu'il travaillait ces jours-là et assumait la responsabilité du jardin des neiges. Ses obligations contractuelles le privaient donc de la faculté de disposer d'un temps libre suffisant pour un autre employeur. Il le confirme d'ailleurs dans sa missive à l'ORP du 12 juin 2008 en précisant que son taux d'occupation durant l'hiver était presque complet et ne lui permettait pas de faire des recherches d'emploi. Dans ces conditions, il y a lieu d'admettre avec le SICT que Y. n'offrait pas de disponibilité sur le marché de l'emploi et n'était donc pas apte au placement au sens des dispositions qui précèdent durant son activité à l'ESS de Montana. Il a pleinement été occupé de décembre 2007 à avril 2008 et n'a pas cherché à compléter son activité de professeur de ski par un autre emploi à temps partiel (cf. attestations de gain intermédiaire et preuves de recherches d'emploi durant cette période). Il ne semblait d'ailleurs nullement disposé à quitter cette activité, qu'il exerce depuis 16 ans déjà (cf. PV de l'entretien du 22 novembre 2006 à l'ORP).

Σ4.2 En procédure, le recourant dépose une attestation de travail de l'ESS datée du 2 juillet 2008 selon laquelle «au vu de la situation de M. Y., il a été convenu oralement que si ce dernier avait l'opportunité de trouver un travail annuel, l'ESS de Montana le libérerait de toutes obligations en cours de saison afin que M. Y. puisse s'engager librement auprès d'un autre employeur». Il en conclut qu'il était bel et bien apte au placement durant l'hiver 2007/2008, contrairement à ce qu'a retenu le SICT.

Un tel grief aurait pu être considéré comme pertinent s'il avait été adressé en temps utile à l'intimé, encore qu'un accord oral n'ait pas la force probante d'un contrat écrit et signé. Or, l'attestation précitée n'est pas décisive en l'espèce dans la mesure où elle a été établie après coup, pour les besoins de la cause. Une telle clause de libération constitue en effet un point essentiel du contrat et aurait incontestablement dû y figurer et non pas ressortir d'un accord oral passé on ne sait quand, ni où, entre les parties (sur les points essentiels du contrat, cf. Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, 2<sup>e</sup> éd. p. 218 s.). Cela est d'autant plus vrai que les absences des 6 et 12 décembre 2007 démontrent plutôt que l'assuré ne pouvait guère se libérer facilement.

Les contrats s'interprètent d'abord selon la volonté commune et réelle des parties (interprétation subjective; cf. ATF 131 III 606 consid. 4.1 p. 611). Si cette volonté ne peut être établie en fait, le juge interprétera les déclarations et les comportements des parties selon le principe de la confiance, en recherchant comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances; il s'agit d'une question de droit (interprétation objective; cf. ATF 132 III 268 consid. 2.3.2 p. 274 s.). Pour l'interprétation selon le principe de la confiance, le moment décisif se situe lors de la conclusion du contrat (ATF 131 III 377 consid. 4.2.1 p. 382). Les circonstances survenues postérieurement à celle-ci ne permettent pas de procéder à une telle interprétation; elles constituent, le cas échéant, un indice de la volonté réelle des parties (ATF 129 III 675 consid. 2.3 p. 680).

4.3 En l'espèce, il ne ressort nullement du dossier, et encore moins du contrat passé entre l'assuré et l'ESS, qu'au moment de la conclusion de celui-ci les parties s'étaient mises d'accord sur la possibilité pour l'employé de quitter sur-le-champ, en tout temps et sans préavis, son employeur si une opportunité de travail durable se présentait à lui.

Selon la doctrine et la jurisprudence, «l'autorité administrative ou le juge ne doivent considérer un fait comme prouvé que lorsqu'ils sont convaincus de sa réalité (Scartazzini, *Les rapports de causalité dans le*

droit suisse de la sécurité sociale, thèse Genève 1991, pp. 62-64; Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4e éd., Berne 1984 p. 136; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2<sup>e</sup> éd., p. 278 ch. 5). 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 prépondérant» (ATF 121 V 47 consid. 2a et 208 consid. 6b; 126 V 360 consid. 5b; Maurer, Sozialversicherungsrecht, t. 1 p. 439). Il ne suffit donc 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. Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5a; 119 V 9 consid. 3c/aa et les références; RAMA 1999, 478 consid. 2b).

La Cour retient en l'occurrence, au niveau de la vraisemblance prépondérante, qu'en l'absence d'une clause prévoyant dans le contrat la possibilité pour Y. de quitter immédiatement l'ESS si une opportunité de travail durable se présentait à lui, c'est à bon droit que le SICT a considéré que le recourant n'était pas disponible sur le marché de l'emploi durant son engagement à l'ESS de Montana et, partant, qu'il était inapte au placement.