



605 2009 347

**Séance du 9 décembre 2011**

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

COMPOSITION      Président suppléant:      Marc Boivin  
                         Assesseurs:                      Jean-Marc Kuhn, Lorenz Fivian  
                         Greffière-stagiaire:              Séverine Gruber Gacond

PARTIES            **A. \_\_\_\_\_ ENTREPRISE DE MAÇONNERIE, recourant,** représenté  
                         par Me Hervé Bovet, avocat

contre

**CAISSE PUBLIQUE DE CHÔMAGE, autorité intimée**

OBJET              Assurance-chômage

Recours du 12 octobre 2009 contre la décision sur opposition du  
18 septembre 2009

**c o n s i d é r a n t e n f a i t**

A. A.\_\_\_\_\_, domicilié à B.\_\_\_\_\_, est titulaire de la raison individuelle A.\_\_\_\_\_ Entreprise de Maçonnerie, sise à C.\_\_\_\_\_, une entreprise active dans le secteur de la construction.

Au cours de l'hiver 2008-2009, celle-ci s'est adressée au Service public de l'emploi (SPE), à Fribourg, afin d'obtenir des indemnités en cas d'intempéries de l'assurance-chômage.

Alléguant avoir été contrainte d'interrompre les chantiers D.\_\_\_\_\_, à E.\_\_\_\_\_ et F.\_\_\_\_\_, le premier occupant trois personnes et le second six, ceci pour une durée de 15 jours et ½ en février 2009, elle a déposé deux avis dans ce sens le 4 mars 2009.

Admise sur le principe par le SPE le 16 juin 2009, pour autant que les autres conditions du droit soient remplies, l'indemnité lui a toutefois été refusée par la Caisse publique de chômage du canton de Fribourg (la Caisse) le 28 juillet 2009, ce refus étant confirmé sur opposition le 18 septembre 2009.

Cette dernière relevait que l'entreprise n'avait formellement déposé sa demande relative au mois de mars 2009 que le 6 juillet 2009, alors que le délai péremptoire de trois mois était parvenu à échéance le 31 mai 2009.

B. A.\_\_\_\_\_, représenté par Me Hervé Bovet, avocat, interjette recours contre la décision sur opposition de la caisse le 12 octobre 2009, contestant le refus d'indemnités à son entreprise pour le mois de février 2009. Il fait essentiellement valoir son droit à la bonne foi, indiquant avoir dûment avisé le SPE de la perte de travail causée par les intempéries au mois de février 2009 puis attendu de connaître le préavis de ce dernier, au demeurant finalement favorable, avant d'adresser sa demande formelle à la Caisse - il en avait fait de même en 2005, année où il avait pourtant été indemnisé. Le préavis du SPE ne lui sera toutefois signifié que le 16 juin 2009, soit après le délai des trois mois auquel se réfère la Caisse et sur l'écoulement duquel le SPE n'a notamment pas attiré son attention. Il estime donc qu'il y a lieu, dans ces conditions toutes particulières et vu le retard pris par le SPE, de procéder à la restitution de ce délai échu afin que son entreprise ne soit pas pénalisée sur un plan économique, cela d'autant moins qu'au fond, les conditions du droit à l'indemnité sont remplies.

Dans ses observations du 3 novembre 2009, la Caisse propose le rejet du recours.

A l'issue d'un second échange des écritures, les parties ont campé sur leurs positions.

Pour autant que cela soit utile à la solution du litige, il sera fait état du détail des arguments des parties dans les considérants de droit du présent arrêt, dans le cadre desquels seront notamment examinés leurs moyens de preuve.

**e n d r o i t**

1. Le recours, interjeté en temps utile et dans les formes légales auprès de l'autorité judiciaire compétente à raison du lieu ainsi que de la matière, est recevable, A.\_\_\_\_\_, titulaire de la raison individuelle A.\_\_\_\_\_ Entreprise de maçonnerie,

étant en outre directement atteint par la décision querellée et ayant dès lors un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit, cas échéant, annulée ou modifiée.

2. a) Selon l'art. 42 al. 1 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI; RS 837.0), les travailleurs qui exercent leur activité dans des branches où les interruptions de travail sont fréquentes en raison des conditions météorologiques ont droit à l'indemnité en cas d'intempéries (ci-après l'indemnité) lorsqu'ils sont tenus de cotiser à l'assurance ou qu'ils n'ont pas encore atteint l'âge minimum de l'assujettissement aux cotisations AVS (let. a) et qu'ils subissent une perte de travail à prendre en considération (art. 43, let. b). L'alinéa 2 de cette disposition prévoit que le Conseil fédéral détermine les branches dans lesquelles l'indemnité peut être versée.

Au terme de l'art. 65 al. 1 let. a de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (OACI; RS 837.02), l'indemnité en cas d'intempéries peut être versée dans la branche du bâtiment.

b) En vertu de l'art. 43 al. 1 LACI, pour que la perte de travail soit prise en considération, il faut qu'elle soit exclusivement imputable aux conditions météorologiques (let. a); que la poursuite des travaux soit techniquement impossible en dépit de mesures de protection suffisantes, engendre des coûts disproportionnés ou ne puisse être exigée des travailleurs (let. b); et qu'elle soit annoncée par l'employeur conformément aux règles prescrites (let. c).

Selon l'art. 43a LACI, la perte de travail n'est pas prise en considération notamment lorsqu'elle n'est imputable qu'indirectement aux conditions météorologiques (perte de clientèle, retard dans l'exécution des travaux) (let. a); lorsque, pour l'agriculture, il s'agit de pertes normales pour la saison (let. b); lorsque le travailleur n'accepte pas l'interruption du travail et, partant, doit être rémunéré conformément au contrat de travail (let. c); lorsqu'elle concerne des personnes qui se trouvent au service d'une organisation de travail temporaire (let. d).

Aux termes de l'art. 45 al. 1 LACI, le Conseil fédéral règle la procédure d'avis.

Ainsi, selon l'art. 69 OACI, l'employeur est tenu d'aviser l'autorité cantonale, au moyen de la formule du SECO, de la perte de travail due aux intempéries, au plus tard le cinquième jour du mois civil suivant (al. 1). Lorsque l'employeur a communiqué avec retard, sans raison valable, la perte de travail due aux intempéries, le début du droit à l'indemnité est repoussé d'autant (al. 2). L'autorité cantonale détermine par décision les jours pour lesquels l'indemnité en cas d'intempéries peut être octroyée (al. 3).

D'autre part et selon l'art. 47 al. 1 LACI, qui règle la question de l'exercice du droit à l'indemnité, l'employeur fait valoir auprès de la caisse qu'il a désignée l'ensemble des prétentions à l'indemnité pour les travailleurs de son entreprise ou de son chantier, dans un délai de trois mois à compter de l'expiration de chaque période de décompte.

c) La restitution d'un délai échu pour faire valoir un droit à l'indemnité de chômage, à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail ou à celle en cas d'intempéries peut être accordée s'il existe une excuse valable pour justifier le retard (ATF 114 V 123).

3. Le principe d'égalité, inscrit à l'art. 8 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101), est violé si ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique ou si ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente (cf. ATF 129 I 113 consid. 5.1 p. 125 et les arrêts cités).

4. Selon l'art. 9 Cst., toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'Etat sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi. Le principe de la bonne foi protège la confiance légitime qu'un citoyen place dans les assurances reçues des autorités lorsqu'il règle sa conduite sur les décisions, les déclarations ou le comportement de celles-ci. Un renseignement ou une décision erronés de l'administration peuvent obliger celle-ci à consentir à un administré un avantage contraire à la réglementation en vigueur à condition que l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de ses compétences et que l'administré n'ait pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu. Il faut encore que ce dernier se soit fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice et que la réglementation n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée (ATF 131 II 627 consid. 6.1; Tribunal fédéral, arrêts non publiés D. [9C\_695/2008] du 4 février 2009 consid. 3.1, A. [9C\_768/2007] du 2 juillet 2008 consid. 2.1, A. [9C\_115/2007] du 22 janvier 2008 consid. 4.2 et les références citées).

5. Est en l'espèce litigieux l'octroi des indemnités pour cause d'intempéries relatives au mois de février 2009.

La Caisse de chômage intimée retient que le droit aux indemnités a finalement été exercé hors du délai de trois mois prévu à cet effet, échéant selon elle le 31 mai 2009.

Le recourant soutient pour sa part que ce retard n'a pas à lui être imputé, mais au SPE, lequel n'a préavisé favorablement sa demande, dûment introduite par un avis d'interruption de travaux daté du 4 mars 2009, que le 16 juin 2009. Il entend ainsi se prévaloir d'une restitution de ce délai afin de pouvoir être indemnisé.

Qu'en est-il ?

Le droit matériel aux indemnités en cas d'intempéries n'est ici aucunement contesté, le SPE l'ayant par ailleurs favorablement préavisé dans sa décision du 16 juin 2009.

Le refus de l'indemnisation est uniquement fondé sur le critère formel du dépassement du délai légal péremptoire de trois mois prévu à l'art. 47 al. 1 LACI.

Dans son mémoire, le recourant précise avoir agi exactement de la même manière que par le passé où il avait finalement été indemnisé pour les mois de janvier et de février 2005 (cf. décisions du SPE du 9 et 17 mars 2005).

Il laisse ainsi entendre qu'à l'époque, l'avis d'interruption de travail déposé dans un premier temps auprès du SPE avait par la suite directement été communiqué à la Caisse qui l'avait traité comme demande.

C'est précisément ce que tendrait à prouver le courrier que la Caisse lui a adressé le 2 juillet 2009: celui-ci fait indubitablement suite à la décision du 16 juin 2009 du SPE, laquelle lui avait donc bien été communiquée: "*Par décision du 16 juin 2009, le service public de l'emploi (SPE) nous a transmis la décision concernant votre demande en cas d'intempéries pour le mois de février 2009. Vous avez choisi notre caisse pour le versement des prestations: nous vous en remercions et vous assurons d'ores et déjà de nos meilleurs services. Dès lors, pour nous permettre le traitement de votre dossier, nous vous prions de bien vouloir nous faire parvenir les pièces suivantes: - ...*". Est notamment requise la demande d'indemnité (formulaire) en cas d'intempéries, par laquelle s'exerce donc le droit aux indemnités.

Il s'agit là très probablement d'une pratique établie entre le SPE et la Caisse publique de chômage, pratique résultant de l'interprétation conjuguée des art. 69 OACI et 47 LACI, et qui pourrait être exposée comme suit: l'employeur dépose un avis d'interruption des travaux au SPE; le SPE rend une décision constituant un préavis favorable; cette décision est communiquée à la Caisse publique de chômage du canton de Fribourg; la Caisse aborde l'employeur pour lui faire compléter son avis d'interruption de travail par divers documents administratifs et notamment le formulaire de demande d'indemnité et c'est par le dépôt de ce "complément" que l'employeur exerce finalement son droit aux indemnités, sanctionné dans le cas d'espèce car jugé tardif.

La Cour de céans a récemment eu à trancher un cas semblable (arrêt rendu le 3 août 2011 dans la cause 605 2009-357) ayant opposé un jardinier-paysagiste à la Caisse publique de chômage, lequel jardinier-paysagiste se prévalait également de ce que le SPE n'avait pas rendu sa décision dans les 3 mois du délai légal péremptoire. Dans la mesure où il s'agissait là de la première fois qu'une telle problématique lui était soumise, il ne pouvait pas apparaître à la Cour de céans que la façon de faire de l'administration avait été érigée en pratique, ce qui devient aujourd'hui patent.

Or, cette pratique, liant le SPE et la Caisse de chômage intimée, crée une inégalité de traitement entre les assurés, manifestement contraire à l'art. 8 Cst.

L'entrepreneur dont le cas est soumis à la Caisse de chômage dans le délai légal de 3 mois, ceci parce que le SPE a rendu son préavis en temps utile, et qui n'aura donc pas spontanément déposé de demande formelle devant la Caisse mais pour l'heure un seul avis devant le SPE, sera invité à compléter cet avis, ce qui tiendra lieu de demande au sens de l'art. 47 al. 1 LACI. Son droit aux indemnités est ici exercé par l'entremise des autorités de chômage. Il sera indemnisé.

En revanche, l'entrepreneur dont le cas est soumis à la Caisse de chômage après le délai légal de trois mois se verra pour sa part reprocher de ne pas avoir personnellement exercé son droit aux indemnités en s'adressant spontanément à la Caisse, ceci à l'encontre même de ce qui se fait habituellement en pratique. Il ne sera pas indemnisé, quand bien même il en aurait matériellement eu le droit.

Deux comportements strictement identiques sont ainsi traités différemment.

Dans le même temps, le principe de la confiance, découlant de l'art. 9 Cst., est également violé: l'entrepreneur, comme le recourant dans le cas d'espèce, qui prétend aux indemnités pour cause d'intempéries, peut en effet légitimement calquer son comportement sur celui qui l'avait vu obtenir un précédent octroi d'indemnité et attendre que le SPE rende sa décision puis que la Caisse l'aborde.

Les instructions émanant du SPE ne sauraient corriger une telle violation du principe de la confiance: elles laissent en effet précisément entendre que la Caisse ne statuera qu'après décision du SPE, semblant consacrer une marche à suivre en deux temps: 1. L'employeur doit annoncer l'interruption du travail au SPE. 2. La décision positive de celui-ci permettra à l'employeur de faire valoir auprès de sa caisse de chômage ses prétentions à l'indemnité (cf. les instructions figurant sur le site du SPE et produites par le recourant en pièce 1 de son bordereau). Les indications figurant sur le formulaire d'avis indiquent certes que le droit aux indemnités doit être exercé dans le délai de trois mois auprès de la Caisse, mais ne précisent toutefois pas expressément que celui-ci doit être exercé par l'employeur et sans attendre de connaître le sort de la procédure d'avis.

Ces dernières indications renvoient en outre au mémento destiné aux employeurs, qui, comme on vient de le voir, semble instituer une marche à suivre en deux temps.

Il est en outre important de relever à cet égard que le SPE fait encore figurer dans sa décision positive du 16 juin 2009 des remarques importantes concernant l'indemnité en cas d'intempéries: il fait ainsi référence à la brochure "Info-Service Indemnité en cas d'intempéries", ce qui donne à penser que l'attention des assurés n'est véritablement attirée sur la marche à suivre pour exercer le droit aux indemnités qu'après que le SPE a tranché. La décision du SPE indique en outre clairement que le formulaire de demande d'indemnité pour intempéries (form. 716.502) est à retirer auprès de la Caisse de chômage, ce qui laisse également croire que les démarches auprès de cette seconde autorité font bel et bien suite au premier examen du SPE et sont dès lors conditionnées par celui-ci.

On le constate, les instructions du SPE confortent la pratique mise en place par le SPE et la Caisse intimée, cette dernière ne faisant au fond rien d'autre que reprocher au recourant de s'y être précisément fié.

Il paraît par ailleurs tout à fait logique que la Caisse n'ait pas à trancher avant d'avoir eu connaissance d'un préavis positif du SPE, une décision négative de celui-ci entraînant de facto la fin de la procédure. Un assuré fondant dès lors son comportement sur une telle logique, qui plus est confirmée par le passé, devrait en principe être protégé.

L'on notera encore que le SPE a adressé un courrier au recourant le 20 mai 2009 l'invitant à compléter son avis dans un délai de 10 jours, délai supplémentaire dont l'échéance coïncidait donc peu ou prou avec le délai de trois mois dont on lui oppose aujourd'hui la péremption. L'on aurait pu attendre du SPE, très en retard - l'avis d'interruption datant, on le rappelle, du 4 mars 2009 - et ne sachant ignorer que ce retard allait en fin de compte être imputé au recourant, qu'il attire l'attention de ce dernier sur le fait qu'il lui incombait d'aborder la Caisse de son côté et qu'il ne lui restait plus à cet égard que quelques jours. Qu'il ne l'ait pas fait tend à démontrer que le SPE n'agissait alors pas dans le cadre d'une pratique administrative laissée à la seule initiative des assurés.

Même s'il n'a techniquement pas été empêché d'agir, le recourant a à tout le moins clairement été induit en erreur par la pratique mise en place par les autorités de chômage, et c'est bien cette induction en erreur qui l'a dissuadé de prendre toute initiative et d'aborder personnellement la Caisse dans un délai de trois mois, de bonne foi qu'il était de s'attendre à ce qu'il soit, agissant exactement comme en 2005, indemnisé.

Si l'on se réfère enfin aux conséquences économiques qu'un refus d'indemnisation pourrait avoir sur ses affaires, il est indéniable qu'il existe un intérêt privé prépondérant à ce qu'on lui restitue le délai de trois mois et que, partant, on lui accorde les indemnités auxquels il a droit. Nier la prévalence d'un tel intérêt privé prépondérant pour le seul respect d'un délai formel, fût-il légal, serait en l'espèce faire preuve d'un formalisme excessif.

Vu tout ce qui précède, son recours est admis et la décision querellée est annulée, la cause étant renvoyée à la Caisse de chômage intimée pour le versement de l'indemnité relative au mois de février 2009.

Il serait judicieux qu'à l'avenir, les autorités de chômage, et notamment le SPE - à qui est du reste communiqué le présent arrêt -, fassent spécifier dans leurs indications, et

notamment dans celles figurant sur le formulaire d'avis d'interruption de travail, qu'il incombe à l'employeur d'exercer son droit aux indemnités auprès de la Caisse de chômage dans un délai péremptoire de trois mois, ceci sans attendre de connaître le sort de l'instruction de la procédure d'avis.

Il n'est pas perçu de frais de justice, la procédure étant ici gratuite.

6. Dans la mesure où le recourant obtient gain de cause, il se justifie de lui octroyer une équitable indemnité. Celle-ci est fixée conformément aux dispositions applicables en matière de tarif, soit sur la base d'un tarif horaire de 230 francs et sur le vu, notamment, de la liste de dépens produite par son mandataire le 16 novembre 2011 et dont les honoraires se monteraient à 2'146 fr. 65 et les débours à 82 fr. 90.

L'équitable indemnité se monte au final à 2'229 fr. 55, frais et débours compris, plus une TVA de 7,6% (soit relative à des opérations effectuées pour l'essentiel avant l'année 2011) sur ce montant, à 169 fr. 45, pour un total de 2'399 francs.

### **I a C o u r a r r ê t e :**

I. Le recours est admis et la décision querellée est annulée.

La Caisse publique de chômage du canton de Fribourg verse au recourant l'indemnité en cas d'intempéries pour le mois de février 2009.

II. Il n'est pas perçu de frais de justice.

III. Une équitable indemnité de partie de 2'399 francs (TVA de 7,6%, à 169 fr. 45, comprise) est allouée au recourant et intégralement mise à la charge de la Caisse publique du chômage du canton de Fribourg.

Un recours en matière de droit public peut être déposé auprès du Tribunal fédéral contre le présent jugement dans un délai de 30 jours dès sa notification. Ce délai ne peut pas être prolongé. Le mémoire de recours sera adressé, en trois exemplaires, au Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne. Il doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve et être signé. Les motifs doivent exposer succinctement en quoi le jugement attaqué viole le droit. Les moyens de preuve en possession du (de la) recourant(e) doivent être joints au mémoire de même qu'une copie du jugement, avec l'enveloppe qui le contenait. La procédure devant le Tribunal fédéral n'est en principe pas gratuite.

Givisiez, le 9 décembre 2011/mbo

La Greffière-stagiaire:

Le Président suppléant: