[AZA]
C 180/99 Mh

IIIe Chambre

composée des Juges fédéraux Schön, Spira et Widmer;
Frésard, Greffier

Arrêt du 4_mai 2000

dans la cause

Secrétariat d'Etat à l'économie, Bundesgasse 8, Berne,
recourant,

contre

S._____, intimée,

et

Tribunal administratif du canton de Berne, Berne

A.- S._____ a travaillé au service de la société W._____ SA. Son contrat de travail ayant été résilié par l'employeur pour le 31 mars 1998, elle a fait valoir un droit à l'indemnité de chômage à partir du 1er avril 1998. Par la suite, elle a été engagée pour la période du 27 avril 1998 au 10 juillet 1998 par l'entreprise D._____ SA, pour un salaire horaire de 16 fr., plus une indemnité de vacances égale à 9,5 pour cent du salaire brut. Le 7 juillet 1998, les parties ont conclu un nouveau contrat de travail, cette fois de durée indéterminée, prenant effet le 3 août 1998. Le salaire convenu était de 3000 fr. par mois.
L'entreprise a été fermée du 13 juillet 1998 au 31 juillet 1998, pour cause de vacances annuelles.
Par décision du 24 août 1998, la Caisse de chômage du canton de Berne (succursale de Bienne et du Jura bernois) a refusé de verser à l'assurée des indemnités de chômage pour la période du 13 au 31 juillet 1998. Selon la caisse, la pratique consistant à engager un salarié pour une durée déterminée jusqu'au début des vacances de l'entreprise, puis de le réengager ensuite, pour une durée indéterminée, après les vacances, devait être qualifiée d'abusive. Le travailleur dont le droit aux vacances ne couvre pas toute la durée des vacances de l'entreprise peut demander à son employeur de lui fournir du travail durant le laps de temps restant. Si l'employeur refuse, il se trouve en demeure et est tenu de payer le salaire. Par conséquent, l'assurée n'avait en l'occurrence subi aucune perte de travail susceptible d'être indemnisée.

B.- S._____ a recouru contre cette décision. Par jugement du 22 avril 1999, le Tribunal administratif du canton de Berne (Cour des affaires de langue française) a admis le recours. Il a considéré que l'assurée avait en principe droit à l'indemnité de chômage durant la période de vacances de l'entreprise. Il a annulé la décision litigieuse et il a renvoyé la cause à la caisse de chômage afin qu'elle examine (éventuellement en soumettant le cas à l'autorité compétente pour cet examen) si l'assurée remplissait par ailleurs toutes les conditions du droit à l'indemnité pour la période du 13 juillet 1998 au 31 juillet 1998.
C.- L'Office fédéral du développement économique et de l'emploi (actuellement Secrétariat d'Etat à l'économie [seco]) interjette un recours de droit administratif dans lequel il conclut à l'annulation du jugement cantonal et demande au Tribunal fédéral des assurances de dire que l'assurée n'a pas droit à l'indemnité de chômage durant la période de vacances en cause.
S._____ et le tribunal administratif concluent au rejet du recours. Quant à la caisse de chômage du canton de Berne, elle conclut implicitement à son admission.

Considérant en droit
:

1.- Le recourant fait valoir que l'administration n'est pas liée par la forme juridique sous laquelle les faits apparaissent. Aussi bien un assuré ne saurait-il se prévaloir d'actes simulés pour en déduire des droits en matière d'assurance sociale, de sorte que sa situation doit être examinée à la lumière de sa volonté réelle. Dans le cas particulier, les rapports de travail se sont poursuivis, pour une durée indéterminée, à partir du 3 août 1998, soit immédiatement après les vacances de l'entreprise. Il y a lieu de considérer qu'on se trouve, dès le 27 avril 1998, en présence d'un seul et même contrat de travail de durée indéterminée, en dépit de l'interruption des rapports de travail durant la fermeture annuelle de l'entreprise.
D'après le recourant, il ne fait aucun doute que, pour l'employeur, la conclusion de rapports de travail de durée déterminée jusqu'au 10 juillet 1998 visait à éluder le droit au salaire durant les vacances de l'entreprise. Le droit aux vacances acquis par l'assurée jusqu'au 10 juillet 1998 n'étant que de 4,3 jours (2,56 mois de travail x 1,67 jours de vacances par mois = 4,3), il est vraisemblable que l'employeur ait voulu limiter ses risques au maximum. Le choix d'un contrat de travail de durée déterminée n'avait d'autre but que de servir les intérêts propres de l'employeur et ne reflétait pas la volonté réelle des parties de conclure des rapports de travail pour une durée indéterminée. En conséquence, il appartient à l'administration ou au juge de requalifier le contrat de travail en

retenant l'existence d'un contrat de travail de durée indéterminée à partir du 27 avril 1998. Dès lors, ni la condition de chômage selon l'art. 8 al. 1 let. a LACI ni la condition de perte de travail à prendre en considération selon l'art. 11 LACI ne sont remplies. L'assurée ne peut ainsi prétendre une indemnité durant la période du 13 juillet 1998 au 31 juillet 1998.
Le recourant souligne par ailleurs que la décision de la caisse est conforme à une directive qu'il a publiée à ce sujet en 1985 dans le Bulletin AC 85/5, fiche 7, directive qui a été ultérieurement reprise dans le Bulletin AC 98/1, fiche 62.
Le premier juge a retenu, quant à lui, que l'intimée avait bel et bien subi une perte de travail à prendre en considération, indépendamment d'un éventuel comportement abusif de l'employeur. Mais comme elle n'a pas offert ses services durant la période de vacances en cause, elle n'a plus de prétention à faire valoir contre son employeur. Sur le plan de l'assurance-chômage, elle pourrait tout au plus être sanctionnée par le biais d'une suspension de son droit à l'indemnité pour avoir renoncé à faire valoir des prétentions de salaire ou d'indemnisation envers son employeur, au détriment de l'assurance (art. 30 al. 1 let. b LACI).

2.- a) L'assuré a droit à l'indemnité de chômage si, entre autres conditions, il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 8 al. 1 let. a LACI) et s'il subit une perte de travail à prendre en considération (art. 8 al. 1 let. b LACI). Selon 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); n'est pas prise en considération la perte de travail pour laquelle le chômeur a droit au salaire ou à une indemnité pour cause de résiliation anticipée des rapports de travail (al. 3).

b) Aux termes de l'art. 334 al. 1 CO, le contrat de travail de durée déterminée se définit comme celui qui prend fin sans qu'il soit nécessaire de donner le congé. La durée déterminée du contrat résulte de la loi, de la nature du contrat ou de la convention des parties. Celles-ci peuvent fixer soit un terme, soit une durée, soit un laps de temps objectivement déterminable (par exemple une saison). Dans tous les cas, elles doivent être en mesure de connaître de façon suffisamment précise la fin des rapports de travail (message du Conseil fédéral du 9 mai 1984 concernant l'initiative populaire ¨pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travailët la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations, FF 1984 II 615; Brunner/Bühler/Waeber, Commentaire du contrat de travail, 2ème édition, 1996, notes 1 et 2 ad art. 334 CO). Inversement, sont des contrats de durée indéterminée

au sens de l'art. 335 CO, tous les contrats dont l'échéance n'est pas fixée à l'avance par les parties, de sorte qu'une résiliation est nécessaire pour mettre fin aux rapports de travail (Brunner/Bühler/Waeber, op. cit., note 2 ad art. 335 CO).

c) Le droit suisse autorise en principe les parties à passer un nouveau contrat de durée déterminée à la suite d'un contrat de même nature (message précité, p. 617). Néanmoins, l'art. 2 al. 2 CC, qui prohibe la fraude à la loi, s'oppose à la conclusion de ¨contrats en chaîne¨ (Ḱettenverträge¨) dont la durée déterminée ne se justifie par aucun motif objectif et qui ont pour but d'éluder l'application des dispositions sur la protection contre les congés ou d'empêcher la naissance de prétentions juridiques dépendant d'une durée minimale des rapports de travail (message précité, p. 617 sv.; ATF 119 V 48 consid. 1c; Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 14ème édition, § 12, p. 134; Brunner/Bühler/Waeber, op. cit., note 6 ad art. 334 CO; Staehelin, Commentaire zurichois, note 5 ad art. 334 CO). Cependant, en règle ordinaire, il n'y a pas d'abus de droit dans la succession de deux contrats seulement de durée déterminée (arrêts non publiés du Tribunal fédéral dans les causes M. du 20 juillet 1999 [4C.51/1999], G. du 18 août 1995 [4P.127/1995]et B. du 20 août 1992 [4C.34/1992]).
En l'occurrence, les parties ont conclu un seul contrat de durée déterminée, avant de conclure un contrat de durée indéterminée. Déjà pour cette raison d'ordre purement quantitatif, il est pour le moins douteux que la travailleuse aurait pu faire valoir une prétention de salaire durant la période de vacances en cause, en invoquant un abus de droit et la demeure de son employeur (art. 324 CO). Ensuite, s'il est indéniable que la conclusion d'un contrat de durée déterminée permettait à l'employeur d'éviter de payer un salaire pendant la période de fermeture de l'entreprise, on ne saurait conclure d'emblée qu'il s'agissait d'un but frauduleux ou abusif et ce d'autant moins que l'intimée a perçu des indemnités de vacances, en plus de son salaire, entre avril et juillet 1998.

d) Dans ces conditions, on ne peut tenir pour acquis l'existence d'un droit au salaire de l'intimée pendant la durée de la fermeture annuelle de l'entreprise. En tout état de cause, la situation juridique n'était pas suffisamment claire pour que la caisse pût refuser d'indemniser l'assurée : elle aurait dû, si elle estimait que celle-ci avait un droit au salaire pendant cette période, procéder conformément à l'art. 29 al. 1 LACI. Selon cette disposition, si la caisse a de sérieux doutes quant au droit qu'a l'assuré de faire valoir, pour la durée de la perte de travail, des prétentions de salaire ou d'indemnisation au sens de l'art. 11 al. 3 LACI, envers son ancien employeur,

ou s'il y a doute sur la satisfaction de ces prétentions, elle verse les prestations prévues à l'art. 7 al. 2 let. a ou b LACI. En opérant le versement, la caisse se subroge à l'assuré dans tous ses droits, y compris le privilège légal, jusqu'à concurrence de l'indemnité journalière versée par la caisse (art. 29 al. 2, première phrase, LACI).
L'application de cette disposition suppose l'existence de doutes fondés, découlant notamment d'une situation juridique peu claire. En revanche, lorsqu'il s'avère d'emblée que les prétentions du salarié sont justifiées ou qu'elles ne sont pas contestées par l'employeur, la caisse appliquera l'art. 11 al. 3 LACI et refusera de reconnaître le droit aux indemnités (pour plus de détails, voir DTA 1999 no 8 p. 30 et la jurisprudence citée; cf. aussi Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, ch., 365 ss; Charles Munoz, La fin du contrat individuel de travail et le droit aux indemnités de l'assurance-chômage, thèse Lausanne 1992, p. 194). Par ailleurs, la caisse n'a pas le droit de réclamer à l'assuré le remboursement de prétentions de salaire qu'elle n'a pas pu faire valoir avec succès, à la suite de la subrogation légale (Munoz, op. cit., p. 198 sv. et la jurisprudence citée).
Dans le cas particulier, on l'a vu, il n'est pas possible d'affirmer - en tout cas pas au premier examen - que l'intimée aurait pu invoquer la demeure de son employeur. Dès lors, de deux choses l'une : ou bien la caisse admettait que l'assurée n'avait pas de prétention à faire valoir durant la période de vacances; ou bien elle était fondée à éprouver des doutes sérieux au sens l'art. 29 al. 1 LACI. Dans un cas comme dans l'autre, elle était tenue de verser les prestations, pour autant - comme le retient le premier juge - que toutes les conditions, non examinées ici, du droit à l'indemnité fussent remplies.
e) Enfin, le recourant se réfère vainement à l'arrêt publié dans DTA 1953 no 22 p. 21. Comme l'a déjà relevé le premier juge, cette jurisprudence se rapporte à d'anciennes dispositions du droit de l'assurance-chômage et ne saurait sans plus être transposée dans le régime de la LACI.

3.- Il s'ensuit que le recours de droit administratif est mal fondé. Quant à la question, évoquée par le tribunal administratif, d'une éventuelle suspension du droit de l'intimée à l'indemnité en application de l'art. 30 al. 1 let. b LACI, elle ne se pose plus, compte tenu de la solution adoptée dans le présent arrêt. En effet, une suspension de ce genre suppose l'existence d'une prétention de salaire ou d'indemnisation clairement établie (DTA 1996/1997 no 21, p. 120 consid. 7a; Nussbaumer, op. cit., ch. 699), condition non réalisée en l'espèce.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral des assurances

p r_o n_o n_c e
:

I. Le recours est rejeté.

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

III. Le présent arrêt sera communiqué aux parties, au Tribunal administratif du canton de Berne, Cour des affaires de langue française, et à l'Office cantonal de l'industrie, des arts et métiers et du travail, Division caisse d'assurance-chômage, du canton de Berne.

Lucerne, le 4 mai 2000

Au nom du
Tribunal fédéral des assurances
Le Président de la IIIe Chambre :

Le Greffier :