

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 15 octobre 2009

---

Présidence de M. ABRECHT, juge unique  
Greffier : M. Cuérel

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

**B.** \_\_\_\_\_, à Lausanne, recourant

et

**CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE**, à Lausanne, intimée

---

**Art. 8 al. 1 let b, 11 al. 1 LACI**

## **E n f a i t :**

**A. a)** B. \_\_\_\_\_ (ci-après: l'assuré), domicilié à Lausanne, travaille depuis le 27 juin 2007 en qualité d'agent de sécurité privée pour le compte d'O. \_\_\_\_\_ Ltd avec pour affectation l'Aéroport A. \_\_\_\_\_. Le contrat de travail signé les 18 juillet et 6 août 2007 par les parties prévoit notamment ce qui suit :

### "§ 3 LIEU DE TRAVAIL ET TEMPS DE TRAVAIL

Le lieu de travail se trouve à [...].

La possibilité de fixer, d'entente entre les deux parties, des affectations temporaires dans d'autres lieux de travail est réservée.

Le début et la fin de la période de travail et des pauses sont déterminés en fonction des horaires dans lesquels l'Employé est engagé ou des formations organisées par l'Entreprise.

Le nombre maximal d'heures qu'il est possible d'effectuer dans le cadre des opérations de sécurité est fixé à 149 heures par mois. Les heures supplémentaires doivent avoir été convenues expressément en tant que telles.

En cas d'annulation de vols ou autres modifications de l'horaire, l'Entreprise se réserve la possibilité d'engager l'Employé d'une autre manière, par exemple en lui faisant suivre des cours de formation.

L'Employé a l'obligation d'accepter de travailler le dimanche et de prolonger son temps de travail, de même d'effectuer des heures supplémentaires. Cela est valable en particulier en cas de retard des vols dans lesquels l'Employé a été engagé. L'Entreprise établit un plan de travail sur lequel figure la répartition du temps de travail durant le mois à venir.

Chaque engagement débute par une mise au courant de la mission, à laquelle l'Employé doit impérativement participer. Pour cette raison, l'entrée en service ponctuelle est exigée.

En cas de retard, l'Employé peut être déchargé de sa mission pour le jour en question, sans rémunération, ou se voir imputer une réduction du salaire horaire.

### § 4 REMUNERATION

La rémunération est réglée en détail dans une annexe au présent contrat. L'annexe est une partie intégrante du contrat."

L'annexe au contrat de travail visée par le § 4 susmentionné prévoit ce qui suit :

"L'Employé reçoit pour son activité contractuelle un salaire horaire brut de Fr. 23.- y compris 8.33% d'indemnités vacances durant la période d'essai. Ce salaire se compose d'un salaire de base de Fr. 21.23 et de Fr. 1.77 d'indemnité vacances. Le salaire sera toujours fixé pour la période courant du 24 d'un mois au 23 du mois suivant et payé aussitôt.

Au bout d'une période ininterrompue de 12 mois d'activité de l'Employé pour O. \_\_\_\_\_ Ltd après déduction des vacances et des jours congés, le salaire est augmenté à Fr. 24.- y compris 8.33% d'indemnités vacances. Ce salaire se compose d'un salaire de base de Fr. 22.15 et de Fr. 1.85 d'indemnité vacances.

Une rémunération spéciale d'un montant de 50% du salaire horaire sera versée pour les heures travaillées les dimanches et les jours fériés. Une rémunération spéciale d'un montant de 25% du salaire horaire sera versée pour les heures travaillées avant 06:00 et après 22:00. Les heures supplémentaires seront payées à l'heure, au taux horaire applicable, étant entendu qu'après un engagement de travail total de 170 heures par mois, le taux horaire sera augmenté de 25%."

**b)** Le 23 mars 2009, l'assuré a revendiqué l'allocation des indemnités de l'assurance-chômage dès cette date, en raison d'une diminution des heures de travail. Un délai-cadre d'indemnisation lui a été ouvert par la Caisse cantonale de chômage, agence de Lausanne, dès cette date.

**c)** Par décision du 11 mai 2009, cette même autorité a informé l'assuré qu'elle ne pouvait donner suite à sa demande d'indemnisation au regard de l'art. 10 al. 1, 2 et 2bis LACI ; en effet, son contrat de travail auprès d'O. \_\_\_\_\_ Ltd n'étant pas résilié, il n'était pas partiellement sans emploi au sens des dispositions légales précitées.

**d)** Par courrier du 3 juin 2009, l'assuré s'est opposé à cette décision et a conclu à l'octroi de prestations de chômage. Il a indiqué qu'ensuite de la suppression de certains vols à l'Aéroport A. \_\_\_\_\_, son employeur lui demandait d'effectuer moins d'heures de travail ces derniers temps et qu'il demandait pour cette raison à pouvoir percevoir des indemnités de chômage. Il a expliqué que tous ses collègues

domiciliés à [...] touchaient les indemnités de chômage à la suite de la réduction des horaires de travail et qu'il ne comprenait pas pourquoi il n'y avait pas droit. Il a exposé avoir toujours travaillé 8 heures par jour avec deux jours de congé, avec une moyenne d'heures mensuelles comprise entre 149 et 170 heures, mais que depuis deux mois, il avait seulement 89 heures de travail mensuelles. Son salaire mensuel net avait ainsi passé de 4'500 fr. à 2'500 fr.

**B.** Par décision sur opposition du 20 juillet 2009, la Caisse, autorité d'opposition, première instance (ci-après : la Caisse ou l'autorité d'opposition), a rejeté l'opposition formée par l'assuré contre la décision du 11 mai 2009, qu'elle a confirmée.

Après avoir rappelé les sept conditions cumulatives à l'ouverture du droit aux indemnités de chômage posées à l'art. 8 al. 1 LACI, l'autorité d'opposition a exposé que l'agence de Lausanne avait nié le droit de l'assuré à des indemnités de chômage pour le motif que celui-ci était toujours sous contrat. L'agence de Lausanne s'était ainsi basée sur l'art. 10 LACI, dont l'al. 2 let. b précise qu'est réputé partiellement sans emploi celui qui occupe un emploi à temps partiel et cherche à le remplacer par une activité à plein temps à le compléter par une autre activité à temps partiel. Toutefois, la négation du droit ne devait pas se faire sur la base de cette disposition, mais plutôt sur la base de l'art. 11 LACI, dont l'al. 1 précise qu'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.

La circulaire relative à l'indemnité de chômage (ci-après : IC 2007) définissait cependant des règles spécifiques pour le travail sur appel, de sorte qu'il y avait tout d'abord lieu de déterminer si le travail effectué auprès de l'employeur O. \_\_\_\_\_ Ltd devait être considéré comme du travail sur appel au sens du chiffre B 95 de cette circulaire. En effet, le travailleur sur appel, occupé au cas par cas sans droit de se voir donner du travail, ne subissait, dans les périodes où il n'était pas appelé à travailler, ni perte de travail ni perte de gain au sens de l'art. 11 al. 1 LACI.

La jurisprudence admettait une dérogation à ce principe si le temps de travail fourni sur appel avant l'interruption de l'occupation présentait un caractère régulier, sans fluctuations marquantes, sur une période assez longue ; pour établir le temps de travail normal, il convenait en principe de prendre pour période de référence les douze derniers mois. Pour qu'un temps de travail puisse être présumé normal, il fallait que ses fluctuations mensuelles ne dépassent pas 20%, en plus ou en moins, du nombre moyen des heures de travail fournies mensuellement pendant la période d'observation de douze mois (cf. IC 2007, chiffres B 95 à B 97).

Dès lors que la définition du contrat sur appel au sens de l'assurance-chômage devait être comprise dans un sens large et englober ainsi non seulement la notion stricte de contrat sur appel, mais aussi les contrats de travail à temps partiel dits irréguliers, l'autorité d'opposition a considéré que le contrat de travail de l'assuré était un contrat à temps partiel dit irrégulier et que les chiffres B95 et suivants de l'IC 2007 devaient ainsi s'appliquer en l'espèce. Il y avait dès lors lieu de prendre en compte le nombre d'heures effectuées chaque mois par l'assuré et d'effectuer le calcul défini au chiffre B96 de l'IC 2007. En l'espèce, les heures de travail de l'assuré auprès d'O.\_\_\_\_\_ Ltd pendant les douze mois ayant précédé son inscription au chômage se répartissaient de la manière suivante :

Avril 2008	124.50
Mai 2008	117
Juin 2008	150.75
Juillet 2008	179.25
Août 2008	162
Septembre 2008	184
Octobre 2008	179.50
Novembre 2008	161.25
Décembre 2008	116.75
Janvier 2009	214.50
Février 2009	172.50
Mars 2009	138.75

Le nombre d'heures mensuelles moyen était ainsi de 158.40 h (1900.75 heures : 12). Au vu des 20% imposés par le chiffre B 97 de l'IC 2007, l'assuré ne devait dès lors pas avoir travaillé moins de 126.70 heures par mois ou plus de 190 heures par mois pour pouvoir prétendre à des indemnités de chômage. Comme l'assuré avait dépassé cette limite à plusieurs reprises, les chiffres B 95 et suivants de l'IC 2007 n'étaient pas remplis, et l'assuré ne pouvait dès lors se voir verser des indemnités sur la base de son travail effectué auprès d'O.\_\_\_\_\_ Ltd.

**C.**           **a)** Par acte du 12 août 2009, l'assuré recourt contre la décision sur opposition rendue le 20 juillet 2009 par la Caisse. Il fait valoir qu'il travaille toujours auprès d'O.\_\_\_\_\_ Ltd avec un horaire diminué à cause de la crise économique, et que le salaire mensuel pendant cinq mois ne lui permet pas de subvenir aux besoins de sa famille. Il s'étonne de la différence de traitement avec ses collègues domiciliés dans le canton de [...] qui toucheraient le chômage partiel, leur salaire étant reconnu comme insuffisant pour vivre. Il souhaite pouvoir bénéficier des mêmes droits et demande la reconsidération de la décision.

**b)** Dans sa réponse du 27 août 2009, la caisse indique n'avoir aucune observation complémentaire à formuler.

**c)** Sur requête du juge instructeur, O.\_\_\_\_\_ Ltd a adressé le 3 septembre 2009 au Tribunal une copie du contrat de travail de l'assuré, y compris l'annexe relative à la rémunération. S'agissant de la question de savoir s'il garantissait au travailleur un nombre d'heures de travail minimum et/ou un revenu minimum, cette société a indiqué qu'un plan de travail est établi chaque début de mois en fonction des nécessités et plans de vols des compagnies aériennes ; dès lors que ces derniers sont en permanente mutation (retards, nouveaux vols, annulations etc.), il n'existe pas de garantie d'horaire, ni par conséquent de garantie de revenu, pour cette activité.

**d)** Le 10 septembre 2009, le juge instructeur a informé les parties que sans autre réquisition présentée dans un délai fixé au 1<sup>er</sup> octobre 2009, l'instruction serait considérée comme close et un jugement serait rendu dès que l'état du rôle le permettrait.

### **E n d r o i t :**

**1. a)** Le recours, interjeté auprès du tribunal compétent dans le délai légal de trente jours dès la notification de la décision sur opposition attaquée, est recevable au regard des art. 56 à 60 LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1), laquelle loi est applicable en vertu de l'art. 1 al. 1 de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI, RS 837.0).

**b)** La loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD, RSV 173.36), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009, s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD). La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD). La valeur litigieuse étant inférieure à 30'000 fr. – au vu du gain assuré, de la perte de gain, du montant des indemnités journalières qui en découleraient et de la durée maximale pendant laquelle des indemnités journalières pourraient être versées –, la cause est de la compétence du juge instructeur statuant en tant que juge unique (cf. art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

**2. a)** A teneur de l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage :

- a. s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 10)  
;
- b. s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (art. 11) ;

- c. s'il est domicilié en Suisse (art. 12) ;
- d. 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 ;
- e. s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (art. 13 et 14) ;
- f. s'il est apte au placement (art. 15) et
- g. s'il satisfait aux exigences du contrôle (art. 17).

Les sept conditions du droit à l'indemnité de chômage énumérées par l'art. 8 al. 1 let. a à g LACI sont cumulatives et non alternatives, de sorte qu'elles doivent toutes être remplies pour permettre l'ouverture du droit à l'indemnité (ATF 124 V 215 consid. 2 ; TF, C 113/02 du 13 août 2003, consid. 2 et la référence).

**b)** Le droit à l'indemnité de chômage n'est ainsi ouvert, entre autres conditions, que si l'assuré a subi une perte de travail à prendre en considération (art. 8 al. 1 let. b LACI, qui renvoie à l'art. 11 LACI). Selon l'art. 11 al. 1 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.

**c)** On détermine en règle générale s'il y a perte de travail à prendre en considération d'après le critère de l'horaire habituel dans l'activité concernée ; toutefois, en cas de convention particulière, c'est cet horaire de travail qui est déterminant ; ainsi, un travailleur qui s'engage à fournir un travail 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, étant partie à un rapport de travail à temps partiel où l'horaire variable est considéré comme normal (ATF 107 V 59 consid. 1 et les référence ; DTA 1998 n° 20 p. 98, 1995 n° 9 p. 48 consid. 2a, 1991 n° 7 p. 82 consid. 2c ; TF, C 8/06 du 1<sup>er</sup> février 2007, consid. 4; TFA, C 304/05 du 20 janvier 2006, consid. 2 ; TFA, C 9/06 du 12 mai 2006, consid. 1.2 ; Boris Rubin, Assurance-chômage, 2<sup>e</sup> éd. 2006, n. 3.6.3.3 p. 154). Dès que l'employeur confirme que le travailleur ne sera plus appelé, ce dernier

sera au chômage et subira une perte de travail à prendre en considération (Rubin, loc. cit.).

**d)** 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 ; en revanche, si la fréquence des appels varie d'un mois à l'autre et que la durée des interventions subit d'importantes fluctuations, la période de référence sera d'autant plus longue ; l'horaire de travail normal ne peut être calculé simplement sur la moyenne normale (ATF 107 V 59 consid. 1 et les références ; DTA 1998 n° 20 p. 98, 1995 n° 9 p. 45 consid. 2a, 1991 n° 7 p. 80 consid. 2c ; TF, C 8/06 du 1<sup>er</sup> février 2007, consid. 4 ; TFA, C 304/05 du 20 janvier 2006, consid. 2 ; TFA, C 9/06 du 12 mai 2006, consid. 1.3).

**e)** La Caisse se fonde sur une circulaire du secrétariat d'état à l'économie (SECO) relative à l'indemnité de chômage de janvier 2007 (IC 2007). Selon cette circulaire (chiffre B 97), pour qu'un temps de travail puisse être présumé normal, il faut que ses fluctuations mensuelles ne dépassent pas 20 %, en plus ou en moins, du nombre moyen des heures de travail fournies mensuellement pendant la période d'observation de douze mois ou 10 % si cette période est de six mois seulement ; si la période d'observation est inférieure à douze mois, mais supérieure à six, le taux plafond des fluctuations admises sera proportionnellement ajusté ; pour une période d'observation de huit mois par exemple, ce plafond est de 13 % (20 % : 12 x 8) ; si les fluctuations dépassent ne serait-ce qu'un seul mois le plafond admis, il ne peut plus être question d'un temps de travail normal et, en conséquence, la perte de travail et la perte de gain ne peuvent pas être prises en considération.

Dans un arrêt C 9/06 du 12 mai 2006 (publié en partie au SVR 2006 AIV n° 29 p. 99), le Tribunal fédéral des assurances a confirmé que pour établir le temps de travail normal dans le cadre de contrats qui ne sont pas de longue durée, il y a lieu de se fonder sur le nombre d'heures

de travail accomplies par année et d'examiner dans quelle mesure celui-ci s'écarte de la moyenne annuelle (soit du nombre moyen des heures accomplies annuellement ; cf. DTA 1995 n° 9 p. 45) ; en revanche, la haute cour a retenu que la disposition de la directive du SECO selon laquelle il y a lieu de se fonder sur une période d'observation des douze derniers mois est inapplicable aux contrats de longue durée (en l'occurrence plus de 12 ans).

**f)** Pour que la jurisprudence citée au consid. 2c et 2d ci-dessus trouve application, il importe peu que le contrat de travail en cause soit qualifié de contrat de travail sur appel ou de contrat de travail à temps partiel dit irrégulier (cf. sur ces notions ATF 124 III 249 consid. 2a et les références citées) ; ce qui est déterminant, c'est que le travail soit fourni selon les besoins de l'employeur sans que ne soit contractuellement garanti au travailleur un degré d'occupation minimum ou un revenu minimum (TFA, C 9/06 du 12 mai 2006, consid. 2.2).

**3. a)** En l'espèce, il est constant que le recourant est lié à son employeur, O. \_\_\_\_\_ Ltd à [...], par un contrat de travail qui ne définit pas d'horaire de travail régulier ni un revenu mensuel garanti, mais une rémunération horaire pour un travail qui est fourni selon les besoins de l'employeur, selon un plan de travail qui est établi chaque début de mois en fonction des nécessités et plans de vols des compagnies aériennes (cf. lettres A.a et C.c supra). Dès lors que ces derniers sont en permanente mutation (retards, nouveaux vols, annulations, etc.), il n'existe pas de garantie d'horaire, ni par conséquent de garantie de revenu, pour cette activité, ainsi que l'employeur l'a confirmé dans sa lettre du 3 septembre 2009 au juge instructeur (cf. lettre C.c supra).

**b)** Il résulte par ailleurs des fiches de paie fournies à la Caisse par l'employeur que les heures de travail du recourant auprès d'O. \_\_\_\_\_ Ltd pendant les douze mois ayant précédé son inscription au chômage se répartissaient de la manière suivante :

Mai 2008	117
Juin 2008	150.75
Juillet 2008	179.25
Août 2008	162
Septembre 2008	184
Octobre 2008	179.50
Novembre 2008	161.25
Décembre 2008	116.75
Janvier 2009	214.50
Février 2009	172.50
Mars 2009	138.75

Comme l'a constaté la Caisse dans sa décision sur opposition du 20 juillet 2009, le nombre d'heures mensuelles moyen était ainsi de 158.40 h (1900.75 heures : 12). Selon les directives du SECO dont l'application est admise par la jurisprudence (cf. consid. 2e supra), il faut donc, pour qu'il y ait perte de travail à prendre en considération, que les fluctuations mensuelles ne dépassent pas 20 %, en plus ou en moins, du nombre moyen des heures de travail fournies mensuellement pendant la période d'observation de douze mois. En l'espèce, il faudrait donc le recourant n'ait pas travaillé moins de 126.70 heures par mois (158.40 h moins 20%) ou plus de 190 heures par mois (158.40 h plus 20%) pendant l'année précédant son inscription au chômage pour pouvoir prétendre à des indemnités de chômage. Or le recourant a dépassé cette limite à plusieurs reprises, vers le haut au mois de janvier 2009 et vers le bas aux mois d'avril et mai 2008 ainsi qu'au mois de décembre 2008. Les variations mensuelles vont de moins 26% (mai et décembre 2008) à plus 35% (janvier 2009). Au regard de la jurisprudence rappelée ci-dessus, ces taux - importants - de fluctuations permettent de conclure à l'absence d'une perte de travail pouvant être prise en considération. La décision attaquée se révèle dès lors conforme au droit fédéral en tant qu'elle dénie au recourant le droit à l'indemnité de chômage pour ce motif.

Dans ces conditions, il appartient au recourant de se renseigner auprès des services sociaux de sa commune de domicile sur

son droit éventuel à des prestations d'aide sociale dans la mesure où de telles prestations se révéleraient nécessaires, en complément du revenu de son travail, à la couverture de ses besoins vitaux.

**4.** Il résulte de ce qui précède que le recours, mal fondé, doit être rejeté, ce qui entraîne la confirmation de la décision sur opposition attaquée. Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer de dépens (art. 91 LPA-VD, applicable par renvoi de l'art. 99 LPA-VD, et art. 55 LPA-VD).

**Par ces motifs,  
le juge unique  
prononce :**

- I.** Le recours est rejeté.
  
- II.** La décision sur opposition rendue le 20 juillet 2009 par la Caisse cantonale de chômage est confirmée.
  
- III.** Il n'est pas perçu de frais ni alloué de dépens.

Le juge unique :

Le greffier :

**Du**

L'arrêt qui précède est notifié à :

- B. \_\_\_\_\_
- Caisse cantonale de chômage, Division technique et juridique
- Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO)

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :