

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 16 juin 2010

Présidence de M. JOMINI
Juges : M. Gasser et Mme Moyard, assesseurs
Greffière : Mme de Quattro Pfeiffer

Cause pendante entre :

A. _____, à Lausanne, recourant,

et

CAISSE DE CHÔMAGE UNIA, à Lausanne, intimée.

Art. 11 al. 1 LACI

E n f a i t :

A. A. _____ a demandé des prestations de l'assurance-chômage en s'inscrivant le 13 juillet 2009 auprès de l'Office régional de placement de Lausanne (ci-après: ORP). La demande a été traitée par la Caisse de chômage UNIA (ci-après: la caisse).

B. L'assuré avait été engagé le 26 mars 2009 comme chauffeur par la société X. _____ SA à Tolochenaz (contrat de travail sur appel). Le 14 juillet 2009, X. _____ SA a envoyé à A. _____ la lettre suivante:

"Vous êtes au bénéfice d'un contrat sur appel pour le compte de notre entreprise depuis le 26 mars 2009. La conjoncture nous permettait encore, à cette date et jusqu'à ce jour, de vous confier un taux d'activité à 100%.

Depuis quelques temps le volume de travail a malheureusement très nettement baissé. Seul le fait que de nombreux collaborateurs se trouvent actuellement en vacances estivales, nous permet encore de vous employer à temps complet.

Toutefois, par soucis d'honnêteté et afin de vous donner la possibilité de vous annoncer au plus vite auprès de votre caisse de chômage ou de trouver un nouvel emploi, nous vous informons que nous ne serons plus à même de vous garantir un emploi à plein temps dès la fin du mois d'août 2009.

Votre contrat restera toutefois en vigueur dès cette date et nous ferons encore appel à vous dans la mesure de nos possibilités et de votre disponibilité".

Dans une lettre du 12 novembre 2009 à la caisse, X. _____ SA (sous la signature du responsable de filiale et du responsable du personnel) a précisé qu'elle avait eu la possibilité de proposer du travail à l'intéressé après le 25 août 2009 (salaires nets de 663 fr. en août 2009, 2'492 fr. en septembre 2009 et 2'342 fr. en octobre 2009, selon des décomptes adressés à l'employé). Alors que la caisse lui demandait si la lettre du 14 juillet 2009 constituait une résiliation des rapports de travail, X. _____ SA a répondu qu'il s'agissait d'une information adressée au travailleur afin de lui donner la possibilité de trouver, s'il le désirait, un nouvel emploi susceptible de lui assurer un revenu complet.

A. _____ a subi un retrait du permis de conduire du 26 juillet au 25 août 2009 et n'a donc pas pu travailler comme chauffeur durant cette période.

C. La caisse a rendu le 10 septembre 2009 une décision de refus du droit à l'indemnité de chômage, à partir du 13 juillet 2009. Cette décision, fondée sur les art. 8 al. 1 let. b et 11 al. 1 LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.0), retient qu'aucune perte de travail n'est à prendre en considération. A la date de son inscription à l'ORP, l'assuré était employé de X. _____ SA depuis trois mois et dix-sept jours. Il est précisé que dans le système du contrat de travail sur appel, le travailleur ne subit en principe ni perte de travail ni perte de gain à prendre en considération au sens de l'art. 11 al. 1 LACI durant les périodes où il n'est pas appelé à travailler. Une dérogation n'est admise que si le temps de travail fourni sur appel avant l'interruption de l'occupation présente un caractère régulier, sans fluctuations marquantes, sur une période assez longue (période d'observation). Il n'est pas possible de déterminer une durée normale de travail pour un contrat de travail sur appel ayant débuté moins de six mois auparavant.

L'assuré a formé opposition le 6 octobre 2009.

Le 26 novembre 2009, la caisse a rendu une décision rejetant l'opposition, qui reprend l'argumentation de la première décision.

D. Agissant le 17 décembre 2009 par la voie du recours de droit administratif, A. _____ demande au Tribunal cantonal d'annuler la décision sur opposition et de lui ouvrir un droit aux prestations de l'assurance-chômage dès le 23 juillet 2009, ou subsidiairement dès le 1^{er} octobre 2009. Il estime que son contrat de travail a été résilié le 14 juillet 2009. Il invoque à ce propos une lettre du 1^{er} octobre 2009 du responsable de filiale de X. _____ SA, qui rappelle que la lettre du 14 juillet 2009 mentionnait certes le maintien du contrat mais que le terme "disponibilité" semblait "très clair" et qu'il "stipulait bien qu'[il n'était] plus lié par contrat

à notre entreprise". Le recourant affirme donc être apte au placement depuis le 21 juillet 2009, date à laquelle il a demandé l'ouverture d'un nouveau délai-cadre. Il a accepté du travail pour X. _____ SA au mois d'août 2009 mais son revenu doit selon lui être considéré comme un gain intermédiaire.

Invitée à répondre au recours, la caisse se réfère à sa décision.

E n d r o i t :

1. Interjeté dans le délai légal de trente jours dès la notification de la décision entreprise, le recours l'a été en temps utile (art. 60 al. 1 LPGA [loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1]); il satisfait en outre aux autres conditions légales (art. 61 let. b LPGA), de sorte qu'il est recevable à la forme.

2. Le recourant soutient que les rapports de travail (contrat de travail sur appel) ont été résiliés le 14 juillet 2009. Or, la lettre de son employeur portant cette date indique expressément le maintien en vigueur du contrat. Cela a été confirmé par l'employeur - notamment sous la signature du responsable du personnel - le 12 novembre 2009. En outre, après une interruption due à un retrait du permis de conduire, il a été régulièrement fait appel au recourant pour du travail à fin août 2009, puis durant les deux mois suivants. Le refus des prestations de l'assurance-chômage, sur la base de la demande du 13 juillet 2009, a donc été signifié alors que le contrat de travail sur appel liait toujours l'assuré à son employeur, en tout selon le critère de la vraisemblance prépondérante.

3. a) Il n'est pas contesté que l'employeur envisageait, à la période déterminante, une diminution du volume de travail à confier au recourant. La question litigieuse est de savoir s'il y a une perte de travail à prendre en considération au sens de l'art. 11 al. 1 LACI. Selon cette disposition, la perte de travail doit se traduire par un manque à gagner et

durer au moins deux journées de travail consécutives. La perte de travail se calcule donc par rapport à l'horaire normal de travail et en fonction du manque à gagner qui en résulte.

b) Dans sa Circulaire relative à l'indemnité de chômage (IC), le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) a exposé ce qui suit, afin de préciser la portée du droit fédéral dans la situation du travailleur sur appel dont le volume de travail diminue (rubriques B95-96):

"Dans un contrat de travail sur appel, les parties conviennent que le temps de travail dépend du volume de travail, c'est-à-dire que le travailleur est occupé au cas par cas sans droit de se voir donner du travail. Aucun temps d'occupation minimum n'étant convenu contractuellement, cette forme de travail sur appel ne garantit au travailleur ni un certain volume d'occupation ni un certain revenu; il ne subit dès lors, dans les périodes où il n'est pas appelé à travailler, ni perte de travail ni perte de gain au sens de l'art. 11 al. 1 LACI puisqu'il ne peut y avoir perte de travail à prendre en considération que si un temps de travail hebdomadaire normal a été convenu entre l'employeur et le travailleur.

Si le contrat stipule que le salarié ne travaille que sur appel de l'employeur et qu'il n'est pas obligé d'accepter les missions proposées, le temps de travail résultant de cet accord spécial doit être considéré comme normal et le travailleur n'a partant pas droit à l'IC pour le temps où il n'est pas appelé à travailler. [...]

La jurisprudence admet une dérogation à ce principe si le temps de travail fourni sur appel avant l'interruption de l'occupation présente un caractère régulier, sans fluctuations marquantes, sur une période assez longue. Pour établir le temps de travail normal, on prendra en principe pour période de référence les douze derniers mois ou toute la durée du rapport de travail s'il a duré moins de douze mois. En dessous de six mois d'occupation, il est impossible de déterminer un temps de travail normal".

Le Tribunal fédéral a considéré que cette pratique au sujet de la période d'observation était conforme à la loi (TF C 266/06 du 26 juillet 2007, consid. 3.2 et les références; cf. aussi les références citées dans la Circulaire IC).

c) En l'espèce, il est constant qu'à la date déterminante - la date de la présentation de la demande de prestations à l'ORP - le contrat de travail n'avait pas duré suffisamment longtemps pour qu'une période de référence pertinente puisse être retenue. Il s'ensuit que c'est à bon droit et sans violer l'art. 11 al. 1 LACI que la caisse a refusé de reconnaître au recourant le droit aux prestations de l'assurance-chômage.

4. En définitive, le recours, mal fondé, doit être rejeté, ce qui entraîne la confirmation de la décision entreprise.

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. 55 al. 1 LPA-VD [loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36]).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
prononce :**

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision sur opposition rendue le 26 novembre 2009 par la Caisse de chômage UNIA est confirmée.
- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires.
- IV.** Il n'est pas alloué de dépens.

Le président :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- A. _____,
- Caisse de chômage UNIA,
- Secrétariat d'Etat à l'économie,

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).

La greffière :