

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 9 octobre 2012

---

Présidence de M. MÉTRAL, juge unique  
Greffière : Mme Berberat

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

**V.** \_\_\_\_\_, à [...], recourant,

et

**CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, DIVISION JURIDIQUE**, à Lausanne,  
intimée.

---

**Art. 11 et 24 LACI**

**E n f a i t :**

**A.** V.\_\_\_\_\_ (ci-après : l'assuré ou le recourant) a travaillé pour l'entreprise de vitrerie et glaces F.\_\_\_\_\_ SA, du 1<sup>er</sup> novembre 2009 au 30 septembre 2010. Il a ensuite été engagé par l'entreprise A.\_\_\_\_\_ SA, dont l'administrateur est A.G.\_\_\_\_\_, à [...], pour une durée déterminée, du 1<sup>er</sup> octobre au 30 novembre 2010. Le contrat de travail que lui a remis l'employeur, le 29 septembre 2010 précise toutefois "*Notre activité s'exerçant exclusivement à l'extérieur, il est difficile de confirmer une date avec précision (c'est une estimation). Elle peut être modifiée selon les conditions météorologiques.*" La rémunération horaire prévue était de 24 francs, pour 184 heures mensuelles en moyenne. Une indemnité de vacances de 8.33 % du salaire brut s'y ajoutait. Bien que le contrat de travail écrit ne le précise pas, il ressort des fiches de salaire et d'attestations d'employeur figurant au dossier qu'un treizième salaire de 8.33 % du salaire brut était également convenu.

Le 24 novembre 2010, A.\_\_\_\_\_ SA a rappelé à V.\_\_\_\_\_, par écrit, que son contrat de travail de durée déterminée prendrait fin au 30 novembre 2010. Le même jour, V.\_\_\_\_\_ s'est annoncé comme demandeur d'emploi à l'Office régional de placement de [...] (ci-après : l'ORP). La Caisse cantonale de chômage (ci-après : la caisse ou l'intimée) lui a ouvert un délai-cadre d'indemnisation. Son gain assuré a été fixé à 4'372 fr. 30.

Nonobstant la résiliation des rapports de travail, l'assuré a poursuivi sa collaboration avec A.\_\_\_\_\_ SA. Pour le mois de décembre 2010, son activité peut se résumer comme suit :

Semaine du jeudi 1<sup>er</sup> au vendredi 3 décembre 2010 : 8.75 heures le lundi 1<sup>er</sup>; l'assuré n'a pas travaillé les jeudi 2 et vendredi 3.

Semaine du lundi 6 au vendredi 10 décembre 2010 : 5 heures le lundi 6; 8.50 heures le mardi 7; 8.75 heures par jour du mercredi 8 au vendredi 10.

Semaine du lundi 13 au vendredi 17 décembre 2010 : 8.75 heures par jour les lundi 13, mardi 14 et vendredi 17; 5.25 heures le mercredi 15; l'assuré n'a pas travaillé le jeudi 16.

Semaine du lundi 20 au vendredi 24 décembre 2010: 8.75 heures par jour les lundi 20 et mercredi 22; 8 heures le mardi 21; 8.50 heures le jeudi 23; l'assuré n'a pas travaillé le vendredi 24 décembre.

Semaine du lundi 27 au vendredi 31 décembre 2010 : l'assuré n'a pas travaillé.

Pour le mois de janvier 2011, son activité pour A. \_\_\_\_\_ SA était la suivante :

Semaine du lundi 3 au vendredi 7 janvier 2011 : l'assuré n'a pas travaillé.

Semaine du lundi 10 au vendredi 14 janvier 2011 : 8.75 heures par jour les lundi 10, mardi 11 et jeudi 13; 7.00 heures le mercredi 12; 8.50 heures le vendredi 14.

Semaine du lundi 17 au vendredi 21 janvier 2011 : 8.75 heures par jour du lundi 17 au mercredi 19; l'assuré n'a pas travaillé les jeudi 20 et vendredi 21.

Semaine du lundi 24 au vendredi 28 janvier 2011 : l'assuré n'a pas travaillé les lundi 24 et mardi 25; 8.75 heures par jour du jeudi 26 au vendredi 28.

Lundi 31 janvier 2011 : 8.75 heures.

**B.** Le 15 décembre 2010, V. \_\_\_\_\_ a remis à la Caisse cantonale de chômage un formulaire "Indications de la personne assurée pour le mois de décembre 2010" sur lequel il est indiqué qu'il n'a pas travaillé pendant cette période. Le 3 janvier 2011, il a remis à la caisse le

formulaire "Indication de la personne assurée pour le mois de janvier 2011", sans répondre à la question relative à l'exercice d'une activité lucrative pendant cette période.

Parallèlement, l'employeur a rempli, le 20 décembre 2010, un formulaire d'attestation de gain intermédiaire dans lequel il indique les heures travaillées par l'assuré du 1<sup>er</sup> décembre jusqu'à cette date. Il y indique également que les heures travaillées du 20 au 23 décembre 2010 seraient communiquées ultérieurement et que la période du 24 au 31 décembre 2010 correspondait à des vacances. L'employeur précise que l'horaire de travail est d'environ 43.75 heures par semaine (moyenne à l'année), que le salaire horaire est de 24 francs, auxquels s'ajoute une indemnité de vacance de 8.33 % et une indemnité de 8,33 % à titre de treizième salaire. Enfin, à la question "L'activité se poursuit-elle ?", il a coché la case "Oui, pour une durée indéterminée". A la question relative aux motifs de la résiliation du rapport de travail, il a toutefois répondu : "Période hivernale qui nous oblige à réduire notre activité qui est exercée uniquement à l'extérieur".

Le 12 janvier 2011, A. \_\_\_\_\_ SA a rempli une attestation de gain intermédiaire pour le mois de décembre 2010, sur laquelle il a indiqué les jours travaillés entre le 20 et le 23 décembre 2010. Les cases relatives à la période du 24 au 31 décembre 2010 étaient barrées de traits obliques, sans plus d'indication relative à une période de vacances. L'attestation comprenait pour le surplus les mêmes informations que celle remplie le 20 décembre 2010, notamment en ce qui concerne la poursuite de l'activité pour une durée indéterminée.

Le 1<sup>er</sup> février 2011, l'employeur a rempli un formulaire d'attestation de gain intermédiaire dans lequel il indique les heures travaillées par l'assuré du 1<sup>er</sup> au 31 janvier 2011. Pour le surplus, le formulaire était rempli de manière identique à ceux des 20 décembre 2010 et 12 janvier 2011.

**C.** Dès le mois de février 2011, V.\_\_\_\_\_ a été engagé et salarié par la société L.\_\_\_\_\_ Sàrl, dont les associés-gérants sont B.G.\_\_\_\_\_ et C.G.\_\_\_\_\_, à [...].

**D.** Le 1<sup>er</sup> mars 2011, la Caisse cantonale de chômage a écrit à V.\_\_\_\_\_ en constatant qu'il avait indiqué ne pas travailler, dans le formulaire "Indications de la personne assurée pour le mois de décembre 2010", ce qui semblait contraire aux attestations de gain intermédiaire établies par A.\_\_\_\_\_ SA les 20 décembre 2010 et 12 janvier 2011. L'assuré était invité à se déterminer, étant précisé qu'une mesure de suspension du droit aux indemnités ainsi qu'une demande de restitution des prestations étaient envisagées. L'autorité attirait également l'attention de l'assuré sur les art. 105 et 108 LACI.

Le 6 mars 2011, l'assuré a répondu ce qui suit :

"[...] D'après la lettre que j'ai reçue le 1<sup>er</sup> Mars, on m'accuse de vouloir tromper la caisse de chômage concernant le travail que j'ai effectué chez A.\_\_\_\_\_.

Le 15 décembre, j'ai dû passer à la caisse de chômage et on m'a demandé si je travaillais. Je leur ai répondu que oui mais que je ne savais pas combien de jour j'allais travailler jusqu'au 23 Décembre. On m'a alors dit qu'ils voulaient savoir combien de jours je travaillerais pour pouvoir boucler le salaire du mois de Décembre.

Ils m'ont alors proposé de mettre n'importe quel nombre de jours mais, moi je n'ai rien mis. Alors, sur le formulaire où on me demande si j'ai travaillé chez un ou plusieurs employeurs, on a rajouté la croix à ma place, car comme je l'ai dit plus haut, je n'avais pas répondu à cette question.

Vous pourrez alors comparer la croix de cette question avec celles des autres questions et vous verrez qu'elles ne sont pas pareilles.

La feuille de gain intermédiaire, c'est moi qui vous l'ai envoyé donc si vos suppositions seraient justes pourquoi aurais-je envoyé moi-même cette feuille-ci.

Tous ces problèmes viennent du fait qu'à la caisse, ils étaient plus pressés de me payer le mois de décembre que moi de le recevoir. Ils auraient pu attendre la fin du mois de Décembre et me payer ce qui m'était dû en Janvier sans problèmes".

**E.** Par décisions des 15 et 17 mars 2011, la Caisse cantonale de chômage a considéré que le gain intermédiaire réalisé par l'assuré en décembre 2010 excluait le droit aux indemnités journalières de chômage pour cette période de contrôle, dès lors qu'il était supérieur au montant des indemnités ; partant, la caisse a exigé la restitution des indemnités journalières versées, soit un montant de 3'551 fr. 30.

Le 24 mars 2011, V.\_\_\_\_\_ s'est opposé à la restitution des prestations exigée par la caisse, en joignant notamment une attestation de gain intermédiaire "corrigée" par l'employeur. Il a également contresigné une lettre du 24 mars 2011 d'A.\_\_\_\_\_ SA à la Caisse cantonale de chômage, dans laquelle l'employeur expose ce qui suit :

"[...] V.\_\_\_\_\_ a bien travaillé au sein de notre société durant le mois de décembre et ce, en gain intermédiaire.

Les jours de travail étaient les suivants : 01.12.2010 ; 06.12.2010 ; 07.12.2010 ; 08.12.2010 ; 09.12.2010 ; 10.12.2010 ; 01.12.2010 ; 13.12.2010 ; 14.12.2010 ; 15.12.2010 ; 17.12.2010 ; 20.12.2010 ; 21.12.2010 ; 22.12.2010 ; 23.12.2010.

Concernant les jours de vacances indiqués sur le formulaire pour la période du 24.12.2010 au 31.12.2010, ceci est une erreur de notre part. Notre société était fermée pour cause de vacances durant cette période et ne pouvait pas engager de personnel. Dès lors, Monsieur V.\_\_\_\_\_ était libre de tout engagement et non en vacances du bâtiment. Ce dernier a touché un pourcentage de 8.33 % pour les indemnités de vacances pour les jours travaillés durant notre entreprise et non pour les jours indiqués sous le poste E. Le total d'heures effectuées et payées est de 114 heures [...]"

L'attestation de gain intermédiaire pour le mois de décembre 2010, "corrigée" par l'employeur et datée du 24 mars 2011, reprenait pour l'essentiel celles des 20 décembre 2010 et 12 janvier 2011, la périodes du 24 au 31 décembre 2010 étant barrée de traits obliques, comme les autres jours non travaillés pendant ce mois (2, 3 et 16 décembre). Aucune période de vacances n'était indiquée et l'attestation précisait que l'activité se poursuivait pour une durée indéterminée.

Le 26 mai 2011, A.\_\_\_\_\_ SA a écrit à la Caisse cantonale de chômage pour contester le montant du gain intermédiaire pris en considération par la Caisse cantonale de chômage pour le mois de décembre 2010. L'employeur a notamment allégué qu'une partie de ce

gain intermédiaire correspondait à un salaire versé pour la dernière semaine de novembre 2010, ainsi qu'à une part de 13<sup>ème</sup> salaire pour l'activité exercée en octobre et novembre 2010. Enfin, il a contesté son obligation de restituer un montant correspondant à des allocations pour enfants.

**F.** Par décision sur opposition du 7 juillet 2011, la Caisse cantonale de chômage a, en substance, nié le droit de l'assuré à des indemnités de chômage pour la période courant dès le 1<sup>er</sup> décembre 2010 et a confirmé l'obligation de restituer les prestations versées. La caisse a notamment considéré que l'assuré n'avait pas subi de perte de travail à prendre en considération pendant les vacances de l'entreprise, à la fin du mois de décembre 2010.

**G.** Le 1<sup>er</sup> septembre 2011, A. \_\_\_\_\_ SA a communiqué à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal un recours contre cette décision sur opposition, en précisant l'avoir rédigé pour son ancien employé. Ce dernier a contresigné la lettre. En substance, le recourant demande que soit prise en considération une perte de travail pour les jours pendant lesquels il n'a pu travaillé en décembre 2010, après la fin de son contrat de durée déterminée, et que le salaire versé par A. \_\_\_\_\_ SA pour les jours pendant lesquels il a travaillé soit considéré comme un gain intermédiaire, de manière à ce que le droit à des indemnités compensatoires lui soit reconnu. Il conteste, par ailleurs, que l'intégralité du montant pris en considération par la caisse à titre de gain intermédiaire, dans sa décision du 17 mars 2011, corresponde à une activité exercée en décembre 2010 et demande par conséquent que le montant pris en considération à titre de gain intermédiaire dans cette décision soit recalculé.

L'intimée a conclu au rejet du recours, le 4 octobre 2011. Elle a exposé que le procédé consistant à engager des travailleurs pour une durée déterminée, puis à les mettre au chômage durant les vacances d'entreprise et à les réengager par la suite constituait une pratique abusive.

Le 14 octobre 2011, A. \_\_\_\_\_ SA, toujours pour l'assuré, a maintenu ses conclusions en précisant que celui-ci avait été engagé pour une durée déterminée du 1<sup>er</sup> octobre 2010 au 30 novembre 2010; "*il [avait] travaillé ensuite sous le régime du gain intermédiaire quelques jours en décembre et n'[avait] pas retrouvé de travail suite à la fin du gain intermédiaire.*" L'ancien employeur ajoutait ce qui suit :

"Nous soulignons que M. V. \_\_\_\_\_ était plaçable à 100 % dès le 1<sup>er</sup> décembre 2011, c'est-à-dire dès la fin de son contrat avec A. \_\_\_\_\_ SA.

Nous vous informons que M. V. \_\_\_\_\_ n'a pas recommencé une activité dans notre entreprise au début 2011. Dès le 1<sup>er</sup> février 2011 il a été engagé par la société L. \_\_\_\_\_ Sàrl, [...], société dans laquelle il est toujours employé à ce jour. Pour preuves, il dépose en annexe ses bulletins de salaires de février à avril 2011.

Nous pensons qu'il doit bénéficier de la prestation du chômage jusqu'au 31 janvier 2011, date de son engagement chez L. \_\_\_\_\_ Sàrl, [...] (sous réserve de quelques heures effectuées en gain intermédiaire c/A. \_\_\_\_\_ SA en janvier 2011).

Nous réfutons donc l'argument qui voudrait que nous mettions au chômage nos employés pendant la période où nous ne pouvons travailler en extérieur. Certains de nos employés sont sous le régime d'un contrat à durée déterminée (pour la plupart de mars à fin novembre) et sont plaçables dès le 1<sup>er</sup> décembre, libre à eux de trouver un autre emploi ou de nous proposer leurs services aux environs du début mars de l'année suivante [...]."

Chaque partie s'est à nouveau déterminée, le 26 octobre 2011, pour l'intimée, et le 4 novembre 2011, pour le recourant. Chacune a maintenu ses conclusions.

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

**1. a)** Les dispositions de la LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales; RS 830.1) s'appliquent aux contestations relevant de la LACI (art. 1 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité; RS 837.0]). La procédure devant le tribunal cantonal des assurances institué par chaque canton en application de l'art. 57 LPGA est réglée par le droit cantonal, sous réserve de l'art. 1 al. 3 PA (loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative, RS 172.021) et des exigences minimales fixées par l'art. 61 LPGA.

Dans le cas présent, le recours a été formé en temps utile et dans le respect des formalités prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), de sorte qu'il est recevable.

**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., la présente cause relève de la compétence d'un membre de la Cour des assurances sociales, statuant comme juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

**2.** Le litige porte sur le droit du recourant à des prestations de l'assurance-chômage pour la période du 1<sup>er</sup> décembre 2010 au 31 janvier 2011, ainsi que sur son obligation de restituer les indemnités journalières perçues en décembre 2010, à savoir un montant de 3'551 fr. 30.

**3. a)** Aux termes de l'art. 8 al. 1 let. b LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage, en autres conditions, s'il subit une perte de travail à prendre en considération. 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 (art. 11 al. 1 LACI). 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 (art. 11 al. 2 LACI).

**b)** Est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle. L'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain (art. 24 al. 1, 1<sup>ère</sup> et 2<sup>ème</sup> phrase LACI). Le droit à la compensation de la perte de gain est limité aux douze premiers mois de l'activité visée à l'al. 1; pour les assurés qui ont une obligation d'entretien envers des enfants de moins de 25 ans ou qui sont âgés de 45 ans ou plus il est limité au terme du délai-cadre d'indemnisation (art. 24 al. 4 LACI). Si l'assuré, afin d'éviter d'être au chômage, accepte d'exercer pendant au moins une période de contrôle une activité à plein temps pendant laquelle il touche une rémunération inférieure aux indemnités auxquelles il aurait droit, l'art. 11, al. 1, n'est pas applicable durant les délais fixés à l'al. 4 (art. 24 al. 5 LACI). En cas de gain intermédiaire, le seul critère d'indemnisation est la perte de gain et non la perte de travail.

**c)** Aux termes de l'art. 334 al. 1 CO (loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse [Livre cinquième: Droit des obligations] ; RS 220), le contrat de travail prend fin sans qu'il soit nécessaire de donner son congé. Si, après l'expiration de la période convenue, le contrat de durée déterminée est reconduit tacitement, il est réputé être un contrat de durée indéterminée (art. 334 al. 2 CO). Le contrat de durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties (art. 335 al. 1 CO). Une fois le temps d'essai passé, le contrat peut être résilié pour la fin d'un mois moyennant un délai de congé d'un mois pendant la première année de service (cf. art. 335c al. 1 CO).

4. En l'espèce, le recourant et A. \_\_\_\_\_ SA ont conclu un contrat de travail pour une durée déterminée, du 1<sup>er</sup> octobre au 30 novembre 2010. A l'échéance de ce contrat, nonobstant la lettre du 24 novembre 2010 d'A. \_\_\_\_\_ SA à son employé, les rapports de travail se sont poursuivis en décembre 2010 et janvier 2011. On doit présumer, conformément à l'art. 334 al. 2 CO, que le contrat a été reconduit tacitement pour une durée indéterminée, ce qui est corroboré par les attestations de gain intermédiaire établies les 20 décembre 2010, 12 janvier 2011 et 24 mars 2011 par l'employeur. Toutes indiquent des conditions de travail identiques, en décembre 2010 et janvier 2011, à celles convenues précédemment pour la période du 1<sup>er</sup> octobre au 30 novembre 2010, hormis la précision que l'activité se poursuit désormais pour une durée indéterminée. La durée hebdomadaire du travail était fixée à 43.75 heures par semaine, l'attestation du 20 décembre 2010 précisant toutefois qu'il s'agissait d'une moyenne approximative à l'année. La durée normale du travail convenue entre les parties n'était donc pas inférieure à celle qui prévalait auparavant (184 heures mensuelles en moyenne). L'attestation de gain intermédiaire du 20 décembre 2010 indique même que la période du 24 au 31 décembre 2010 correspond à une période de vacances. Contrairement à ce que soutient le recourant, les pièces au dossier ne permettent donc pas de considérer qu'il réalisait uniquement un gain intermédiaire en décembre 2010 et janvier 2011. Certes, les vacances d'entreprise entre le 24 décembre 2010 et le 10 janvier 2011, liées à la période hivernale, ont conduit à une inactivité pendant cette période. Dans ce contexte, le point de savoir si le recourant était en droit ou non d'exiger de son employeur qu'il lui procure du travail pendant cette période, en vertu de l'art. 324 al. 1 CO, est incertain compte tenu du caractère approximatif de l'horaire de travail convenu entre les parties au contrat de travail. Il n'en reste pas moins que le recourant était bien au bénéfice d'un tel contrat du 1<sup>er</sup> décembre 2010 au 31 janvier 2011 et que ce contrat n'avait pas subi de modification notable par rapport à celui qui prévalait en octobre et novembre 2010, hormis le fait qu'il était désormais de durée indéterminée.

En réalité, en demandant à l'assurance-chômage de compenser la perte de gain subie par le recourant en raison de plusieurs jours d'inactivité en décembre 2010 et janvier 2011, parmi lesquels les vacances d'entreprise, mais pas uniquement, A.\_\_\_\_\_ SA entend faire supporter à l'assurance-chômage un inconvénient inhérent à son domaine d'activité, à savoir l'inactivité liée au climat hivernal. L'assurance-chômage n'a pas vocation à couvrir les pertes salariales de l'entreprise liées à cet inconvénient. Dans ce contexte, il n'est pas nécessaire de décider dans la présente procédure si la conclusion de contrats de travail de durée déterminée pour la période du 1<sup>er</sup> mars au 30 novembre, chaque année, pour certains employés d'A.\_\_\_\_\_ SA, puis leur réengagement l'année suivante aux mêmes conditions, doit être ou non qualifiée d'abusive, de manière générale. En l'espèce, la question ne se pose pas dans ces termes, puisque le contrat de travail avec V.\_\_\_\_\_ s'est poursuivie pour une durée indéterminée en décembre 2010 et janvier 2011. Cette circonstance exclut de prendre en considération une perte de travail indemnisable.

**5.** Vu ce qui précède, le recours est mal fondé. Le recourant n'était pas défendu par un avocat et voit, qui plus est, ses conclusions rejetées, de sorte qu'il ne peut pas prétendre de dépens à la charge de l'intimée (art. 61 let. g LPGA). Il n'y a pas lieu de percevoir des frais de justice (art. 61 let. a LPGA).

**Par ces motifs,  
le juge unique  
p r o n o n c e :**

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision sur opposition rendue le 7 juillet 2011 par la Caisse cantonale de chômage est confirmée.

**III.** Il n'est pas alloué de dépens ni perçu de frais de justice.

Le juge unique :

La greffière :

**Du**

L'arrêt qui précède est notifié à :

- V. \_\_\_\_\_ (recourant), à [...],
- Caisse cantonale de chômage, division juridique, à Lausanne,
- Secrétariat d'Etat à l'Economie, à Berne,

L'arrêt qui précède est communiqué, pour information, à :

- A. \_\_\_\_\_ SA, à [...],

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 :