

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 11 juin 2012

---

Présidence de M. MÉTRAL  
Juges : M. Schmutz et Mme Férolles, assesseurs  
Greffier : M. Germond

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

**Z.** \_\_\_\_\_, à Morges, recourant,

et

**A.** \_\_\_\_\_ **Caisse de chômage**, à Lausanne, intimée.

---

**Art. 8 al. 1, 9, 13 al. 1, 23 al. 1 et al. 3bis LACI**

**E n f a i t :**

**A.** Z.\_\_\_\_\_ était au bénéfice d'un délai-cadre d'indemnisation par l'assurance-chômage, pour la période du 1<sup>er</sup> octobre 2009 au 30 septembre 2011.

En octobre 2010, dans le cadre d'un programme d'emploi temporaire de l'E.\_\_\_\_\_ (ci-après: l'E.\_\_\_\_\_), il a été engagé en qualité de boulanger auprès de l'institution d'accueil M.\_\_\_\_\_. Les conditions contractuelles suivantes étaient applicables:

- "1. Votre lieu d'engagement est fixé à [...], et pendant cette période, M. T.\_\_\_\_\_ est votre responsable hiérarchique.
2. Votre contrat de durée déterminée débute le 01 oct. 2010 et se termine le 30 sept. 2011.
3. La période d'essai est égale à la moitié de la durée du contrat de travail, mais elle ne peut pas excéder 3 mois. Pendant cette période, le contrat peut être résilié de part et d'autre moyennant un préavis d'une semaine.
4. Après le temps d'essai, vous pouvez, pour une reprise d'emploi durable, résilier le présent contrat avec un préavis de 7 jours.
5. Votre salaire de base mensuel brut pour un travail à 100% est fixé à Fr. 3200.-.
6. L'horaire de travail hebdomadaire est celui en vigueur dans l'institution d'accueil. Les éventuelles heures supplémentaires sont compensées, elles ne sont en aucun cas payées. Pour une activité à 100%, selon l'horaire convenu avec votre responsable hiérarchique.
7. Chaque mois vous faites signer votre rapport de travail à votre responsable hiérarchique qui nous le transmettra le 15 de chaque mois. Ce rapport nous est indispensable, car il nous sert de justificatif pour votre salaire mensuel ainsi qu'auprès de votre Centre Social Régional pour le paiement de votre éventuel complément RI.
8. La formation organisée par l'E.\_\_\_\_\_ fait partie intégrante de votre Emploi d'Insertion (EI).
9. Pendant la durée du contrat, vous bénéficiez, conformément aux conditions générales du contrat de travail à durée déterminée annexées, d'une période de vacances, au prorata de votre durée d'activité.

10. En cas d'incapacité de travail, sans faute de votre part, le versement du salaire, pour les contrats de travail de plus de 3 mois, est assuré selon les dispositions des art. 324a et 324b du Code des Obligations (CO). Pour les contrats de travail allant jusqu'à 3 mois, veuillez vous référer à l'art. 7 des conditions générales du contrat de travail à durée déterminée.
11. L'assurance de prévoyance professionnelle auprès de la Fondation collective [...] est obligatoire, conformément au règlement en vigueur. Cette assurance couvre le minimum légal.
12. Pour un taux d'activité de 100%, au moins 10% est affecté à la recherche d'emploi. Celle-ci est effectuée dans le cadre d'un Atelier de Recherches d'Emploi (ARE) ou sur le lieu habituel de l'activité, à l'exception des visites aux entreprises et des entretiens d'embauche.
13. En apposant votre signature au bas du présent contrat, vous reconnaissez l'avoir reçu, lu et accepté avec ses annexes. Tous les autres cas seront réglés conformément aux dispositions du CO."

Le 5 octobre 2011, Z. \_\_\_\_\_ a déposé une nouvelle demande d'indemnités de chômage auprès de l'ORP compétent. Il indiquait avoir travaillé de fin septembre 2010 (recte: depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2010) au 30 septembre 2011 pour l'institution d'accueil M. \_\_\_\_\_ et a produit une attestation de l'employeur datée du 28 septembre 2011 ainsi que des pièces comptables de l'E. \_\_\_\_\_ démontrant la véracité de ses allégations.

Par décision du 6 octobre 2011, A. \_\_\_\_\_ Caisse de chômage (ci-après: la caisse) a refusé d'ouvrir un nouveau délai-cadre d'indemnisation en faveur de Z. \_\_\_\_\_ pour la période courant dès le 1<sup>er</sup> octobre 2011. Elle considérait que durant son délai-cadre de cotisation, soit du 1<sup>er</sup> octobre 2009 au 30 septembre 2011, aucune période de cotisation n'avait pu être enregistrée, de sorte que Z. \_\_\_\_\_ ne remplissait pas les conditions relatives à la période de cotisation, sans qu'il n'existe l'un des motifs de libération. Elle a précisé que l'emploi réalisé auprès de l'E. \_\_\_\_\_ ne pouvait être pris en compte, ceci en conformité avec l'art. 23 al. 3bis LACI (loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982, RS 837.0).

Z.\_\_\_\_\_ a formé opposition contre la décision de refus précitée. Il a relevé que lors de la signature du contrat du 27 septembre 2010 avec l'E.\_\_\_\_\_, relatif à son emploi d'insertion à la M.\_\_\_\_\_, il ne lui avait pas été stipulé que la période de douze mois de travail ne serait pas prise en compte pour l'ouverture d'un nouveau droit aux indemnités de chômage. Considérant qu'il avait cotisé pendant ces douze mois, il revendiquait le droit à l'ouverture d'un nouveau délai-cadre d'indemnisation à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2011.

Par décision sur opposition rendue le 14 novembre 2011, la caisse a rejeté l'opposition et confirmé sa décision de refus du 6 octobre 2011. Elle a souligné que lors de la signature du contrat de travail, le 27 septembre 2010, la LACI n'opérait pas de distinction entre emploi primaire et mesure de (ré)insertion. A la suite de l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> avril 2011, de la modification de la loi fédérale sur l'assurance-chômage, un nouvel article 23 al. 3bis LACI était applicable, dont le but était de garantir que "seuls les emplois sur le marché primaire du travail (re)créent un droit aux prestations de chômage". Or, l'emploi de boulanger exercé auprès de la M.\_\_\_\_\_ n'entrait pas dans cette dernière catégorie, nonobstant le fait qu'une cotisation à l'assurance-chômage avait été prélevée sur le salaire versé.

**B.** Le 18 novembre 2011, Z.\_\_\_\_\_ a recouru devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal contre la décision sur opposition précitée, dont il conclut à la réforme en ce sens que le droit aux indemnités de chômage lui soit reconnu pour la période courant dès le mois d'octobre 2011. Reprenant les motifs développés à l'appui de son opposition, il rappelle que lors de la signature de son contrat, il ne lui aurait pas été stipulé que les douze périodes de cotisations ne seraient pas prises en compte pour l'ouverture d'un nouveau droit aux indemnités de chômage. Il souligne que le contrat signé avec l'E.\_\_\_\_\_ est soumis au Code des obligations (loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse [Livre cinquième: Droit des obligations], RS 220), sans qu'il n'y soit fait mention d'une différence avec un travail ordinaire. Il se plaint également de n'avoir pas été averti qu'à la suite d'une modification

de la législation, son contrat subirait un changement de "nature" en passant d'un travail à une mesure de (ré)insertion. Il aurait ainsi été opportun selon lui, de dénoncer son contrat pour le 31 mars 2011 et de lui en faire signer un nouveau comportant les nouvelles données juridiques et administratives.

Dans sa réponse du 6 décembre 2011, la caisse conclut au rejet du recours ainsi qu'à la confirmation de la décision sur opposition attaquée. Elle confirme sa position pour les motifs exposés dans ses précédentes décisions des 6 octobre et 14 novembre 2011.

Par réplique du 20 décembre 2011, le recourant confirme les termes de son recours. Il requiert l'application d'une "clause de transition" aux contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la modification de la LACI au 1<sup>er</sup> avril 2011.

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

**1.** Interjeté dans le délai légal de trente jours dès la notification de la décision sur opposition entreprise, le recours est recevable en la forme (art. 60 al. 1 LPGA [loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1]).

La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36]).

**2. a)** Aux termes de l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage, notamment s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a) et s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (let. e).

L'art. 9 LACI fixe les délais-cadres de deux ans qui s'appliquent à la période d'indemnisation et à celle de cotisation (al. 1). Le délai-cadre

applicable à la période d'indemnisation commence à courir le premier jour où toutes les conditions dont dépend le droit à l'indemnité sont réunies (al. 2). Le délai-cadre applicable à la période de cotisation commence à courir deux ans plus tôt (al. 3).

Selon l'art. 13 al. 1 LACI, celui qui, dans les limites du délai-cadre applicables à la période de cotisation - c'est-à-dire deux ans avant le premier jour où toutes les conditions dont dépend le droit à l'indemnité sont réunies (art. 9 al. 3 LACI) - a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation remplit les conditions relatives à la période de cotisation. On entend par là tous les revenus d'une activité dépendante, effectivement réalisés, sous la forme d'un salaire ou d'une indemnité (ATF 131 V 444 consid. 1.1), dont il incombe à l'assuré d'apporter la preuve du versement (ATF précité consid 1.2).

**b)** Est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou plusieurs rapports de travail durant une période de référence (art. 23 al. 1 LACI).

L'art. 23 al. 3bis LACI, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> avril 2011 (Modification du 19 mars 2010 de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RO 2011 pp. 1167 ss.), précise qu'un gain réalisé dans le cadre d'une mesure relative au marché du travail financée par les pouvoirs publics n'est pas assuré. Les mesures visées aux art. 65 (allocations d'initiation au travail) et 66a (allocations de formation) étant réservées. Dans son message du 3 septembre 2008 relatif à la modification de la loi fédérale sur l'assurance-chômage (FF 2008 pp. 7029 ss., spéc. 7046), le Conseil fédéral a notamment relevé que la politique du marché du travail vise à se focaliser sur la réinsertion des demandeurs d'emploi en empêchant dès lors que des programmes d'emploi temporaire soient mis en œuvre dans l'unique but de générer des périodes de cotisation. Ainsi, le nouvel art. 23 al. 3bis LACI vise précisément à garantir que seule une activité lucrative normale, et non la fréquentation d'une mesure relative au marché du travail (MMT), donne

droit à l'indemnité de chômage. La situation est par contre différente pour les allocations d'initiation au travail (art. 65 LACI) et les allocations de formation (art. 66a LACI), leurs bénéficiaires travaillant sur le marché du travail primaire de sorte que les revenus et les périodes de cotisation en résultant peuvent générer un droit aux prestations de l'assurance-chômage.

**3. a)** En l'occurrence, le recourant a revendiqué les indemnités de chômage à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2011 (ouverture d'un nouveau délai-cadre d'indemnisation dès cette date), de sorte que le délai-cadre de cotisation s'étend du 1<sup>er</sup> octobre 2009 au 30 septembre 2011, ce que le recourant ne conteste pas. Il estime toutefois que la caisse aurait dû prendre en considération dans le délai précité, le montant de son gain assuré sur la base des revenus qu'il avait obtenus durant une période de douze mois (à savoir du 1<sup>er</sup> octobre 2010 au 30 septembre 2011) à l'occasion de son emploi de boulanger auprès de l'institution d'accueil M.\_\_\_\_\_, ceci en application des art. 23 al. 1 et 13 al. 1 LACI.

A lecture du contrat conclu le 27 septembre 2010 avec l'E.\_\_\_\_\_, on observe que le recourant ne pouvait ignorer que l'emploi de boulanger auprès de l'institution d'accueil M.\_\_\_\_\_ pour la période du 1<sup>er</sup> octobre 2010 au 30 septembre 2011 consistait en un programme d'emploi temporaire dont il bénéficiait au titre de mesure relative au marché du travail. Le contrat en question mentionne déjà en en-tête "Programme d'Emplois temporaires PET". En son chiffre n°7, le contrat précise le caractère indispensable qu'il y a, pour le recourant, à faire signer chaque mois son rapport de travail par son responsable hiérarchique, document nécessaire à l'E.\_\_\_\_\_ pour l'établissement du salaire mensuel ainsi que pour un éventuel complément RI versé par le Centre Social Régional (CSR) compétent. Le chiffre n°8 mentionne expressément que la formation organisée est partie intégrante de l'"Emploi d'Insertion". Quant au chiffre n°12 il précise que pour un taux d'activité équivalent à 100%, au minimum 10% doit être affecté à la recherche d'emploi. C'est donc en vain que le recourant avance que le

contrat passé avec l'E. \_\_\_\_\_ constituerait un contrat de travail "ordinaire". Ce contrat avait bien pour objet une mesure relative au marché du travail, ceci sous la forme d'un programme d'emploi temporaire.

En vertu des dispositions légales applicables lors de la signature du contrat, l'intimée a constaté à raison que la loi fédérale sur l'assurance-chômage n'opérait aucune distinction, sous l'angle de l'exercice du droit aux prestations, entre les notions d'emploi primaire et de mesure de (ré)insertion. Cependant à la suite de la modification législative entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2011, l'art. 23 al. 3bis LACI prévoit désormais qu'un gain réalisé dans le cadre d'une mesure relative au marché du travail financée par les pouvoirs publics n'est pas assuré (cf. consid. 2b supra). Cette modification de la LACI est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2011 sans comporter de disposition transitoire prévoyant un régime particulier pour sa mise en œuvre (cf. RO 2011 pp. 1167 ss., spéc. 1176).

**b)** En cas de changement de règles de droit et en l'absence de disposition transitoire particulière, les dispositions en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques sont applicables (ATF 130 V 445 consid. 1.2.1 et les références). En présence d'un état de chose durable, non encore révolu lors du changement de législation, le nouveau droit est applicable (rétroactivité impropre). Il n'y a pas, dans ce cas, de rétroactivité proprement dite, en principe inadmissible (cf. TFA C 89/2001 du 19 mars 2002, consid. 4a et les références; voir également ATF 137 II 371 consid. 4.2 et les références).

En l'espèce, le délai-cadre de cotisation a couru, pour le recourant, du 1<sup>er</sup> octobre 2009 au 30 septembre 2011. Il n'était pas révolu au moment de l'entrée en vigueur du nouveau droit, ce qui conduit à l'application de ce nouveau droit à l'ensemble de la période de cotisation, conformément à la jurisprudence citée ci-avant. Il ne s'agit pas d'une application rétroactive, au sens propre, de la loi nouvelle. Au demeurant,

même si l'on voulait appliquer la législation en vigueur jusqu'au 31 mars 2011, seules les périodes de travail du recourant jusqu'à cette date (soit six mois, du 1<sup>er</sup> octobre 2010 au 31 mars 2011) pourraient entrer en considération comme périodes de cotisation, ce qui serait insuffisant pour l'ouverture d'un nouveau délai-cadre d'indemnisation dès le 1<sup>er</sup> octobre 2011.

**c)** Enfin, le recourant est d'avis qu'il eût été opportun de dénoncer son contrat au 31 mars 2011 afin de lui en faire conclure un nouveau tenant compte des nouvelles données juridiques et administratives. Toutefois, la qualification d'un revenu en tant que gain assuré au sens de la législation fédérale en matière de chômage est indépendante de la volonté des parties et relève exclusivement de la loi. La disposition de l'art. 23 al. 3bis LACI étant entrée en vigueur dès le 1<sup>er</sup> avril 2011, on ne voit donc pas en quoi il y aurait motif à exiger la conclusion d'un nouveau contrat de travail dès cette date pour faire application immédiate de cette norme. Le grief soulevé par le recourant ne peut qu'être rejeté.

**4.** En définitive, on retient que l'intimée était fondée à nier le droit à l'indemnité de chômage en considérant qu'aucune période de cotisation n'avait pu être enregistrée durant le délai-cadre du 1<sup>er</sup> octobre 2009 au 30 septembre 2011.

**5.** Il résulte de ce qui précède que le recours doit être rejeté et la décision attaquée confirmée.

Il n'y a pas lieu de percevoir des frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA). Le recourant, qui succombe, ne peut pas prétendre à des dépens (art. 61 let. g a contrario LPGA); il n'était au demeurant pas représenté par un mandataire professionnel.

**Par ces motifs,  
la Cour des assurances sociales  
p r o n o n c e :**

- I. Le recours est rejeté.
  
- II. La décision sur opposition rendue le 14 novembre 2011 par A.\_\_\_\_\_ Caisse de chômage est confirmée.
  
- III. Le présent arrêt est rendu sans frais ni dépens.

Le président :

Le greffier :

**Du**

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

- Z.\_\_\_\_\_,
- A.\_\_\_\_\_ Caisse de chômage,
- Office fédéral des assurances sociales (OFAS),

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 :