

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 25 juin 2014

---

Présidence de M. MERZ  
Juges : Mme Thalmann et M. Berthoud  
Greffier : M. Bohrer

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

**J.** \_\_\_\_\_, à [...], recourante, représentée par Me Nicole Diserens, avocate à Lausanne,

et

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

---

**Art. 8 al. 1, 10 al. 1, 10 al. 2 let. b et 11 al. 1 LACI ; 9 al. 1 let. a  
LTr**

**E n f a i t :**

**A.** J. \_\_\_\_\_ (ci-après : l'assurée ou la recourante), née en 1977, de nationalité suisse, a vécu quelque temps en Italie où elle a notamment travaillé en tant que « commesso di negozio », étant ainsi assurée en Italie du 1<sup>er</sup> janvier 2010 au 9 août 2010, du 14 septembre 2010 au 31 janvier 2011 et du 25 mars 2011 au 31 décembre 2011 ; elle a d'ailleurs touché du 8 janvier 2012 au 7 septembre 2012 des prestations de chômage octroyées par ce pays (cf. attestation italienne E 301 établie par l'Istituto nazionale della previdenza sociale [ci-après : INPS] du 13 mars 2013, pièce 244 du dossier de l'intimée).

Dès le 1<sup>er</sup> avril 2012, l'assurée a travaillé en tant que conseillère de vente auprès de C. \_\_\_\_\_, division A, à [...]. Le contrat avait été conclu en date du 16 mars 2012 pour une durée déterminée allant jusqu'au 30 juin 2012 et avec un temps d'essai jusqu'au 30 avril 2012 (pièce 250 du dossier de l'intimée). Le contrat stipulait : « Les heures de travail sont déterminées par le plan d'affectation. Elles sont effectuées sur une période de 52 semaines, à raison de 8 à 20 heures par semaine ».

L'assurée a conclu en date du 4 décembre 2012 un nouveau contrat de travail en tant que conseillère de vente auprès du même employeur, cette fois-ci pour une durée indéterminée et un salaire horaire de base légèrement supérieur (pièce 270 du dossier de l'intimée). Selon ce contrat, les heures de travail devaient également être déterminées par un plan d'affectation et être effectuées sur une période de 52 semaines, à raison de 8 à 20 heures par semaine. Le début du contrat était fixé au 1<sup>er</sup> janvier 2013 tout en précisant qu'il remplaçait tous les contrats précédents conclus avec C. \_\_\_\_\_.

Il ressort des décomptes de salaire établis par C. \_\_\_\_\_ entre avril 2012 et janvier 2013 (pièces 223 et 252-260 du dossier de l'intimée), que les heures de travail mensuelles effectuées par l'assurée et ses salaires de base bruts (hors indemnités de vacances et jours fériés que

l'employeur a ajouté chaque mois et hors quotes-parts au 13e salaire versées en novembre et décembre 2012) ont été les suivants :

avril 2012	2'520.35 fr.	pour 121.170 heures
mai 2012	3'234.40 fr.	pour 155.500 heures
juin 2012	3'447.60 fr.	pour 165.750 heures
juillet 2012	3'596.75 fr.	pour 172.920 heures
août 2012	3'102.75 fr.	pour 149.170 heures
septembre 2012	2'901.60 fr.	pour 139.500 heures
octobre 2012	3'942.00 fr.	pour 189.520 heures
novembre 2012	2'714.40 fr.	pour 130.500 heures
décembre 2012	3'159.95 fr.	pour 151.920 heures
janvier 2013	1'079.90 fr.	pour 50.580 heures.

**B.** Le 4 février 2013, l'assurée s'est inscrite auprès de l'Office régional de placement [...] (ci-après : ORP). Elle a demandé dès cette date des indemnités journalières de l'assurance-chômage auprès de la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la caisse ou l'intimée). Il ressort du formulaire de demande (pièces 263-266 du dossier de l'intimée) que l'assurée obtenait encore un revenu d'une activité salariée ou indépendante « comme horticultrice depuis le 01.04.2012 », l'employeur étant C.\_\_\_\_\_, division A. Pour le reste, elle était disposée à travailler à plein temps.

Dans le formulaire d'attestation de l'employeur daté du 7 février 2013 (pièces 261-262 du dossier de l'intimée), C.\_\_\_\_\_ a notamment retenu que l'horaire normal de travail contractuel de l'assurée était de huit à vingt heures par semaine, tandis que l'horaire normal de travail à plein temps dans l'entreprise était de 41 heures. Du 1<sup>er</sup> avril au 31 décembre 2012, le salaire total soumis à cotisations AVS aurait été de 35'429.15 fr. et du 1<sup>er</sup> au 31 janvier 2013 de 1'234 francs.

Lors d'un entretien avec son conseiller ORP le 21 février 2013, l'assurée a expliqué en substance que C.\_\_\_\_\_ l'avait occupée à environ 100% en 2012 avant de changer son taux d'activité dès janvier 2013.

Par décision du 4 avril 2013 (pièces 237-238 du dossier de l'intimée), la caisse a rejeté la demande d'indemnisation déposée par l'assurée le 4 février 2013. En substance, elle a retenu que l'emploi de l'assurée auprès de C.\_\_\_\_\_, division A, ne lui garantissait ni un certain volume d'occupation, ni un certain revenu. Il s'agissait d'un travail sur appel. Lors de tels emplois, le travailleur ne subissait, en principe, pas de perte de travail, respectivement pas de perte de gain à prendre en considération lorsqu'il n'était pas appelé. Exceptionnellement, une telle perte de gain pouvait être prise en considération « lorsque les appels diminuent après que l'assuré a été appelé de manière plus ou moins constante pendant une période prolongée ». Pour qu'un temps de travail puisse être présumé normal, il faudrait que les fluctuations mensuelles ne dépassent pas 20%, en plus ou en moins, du nombre moyen des heures de travail fournies mensuellement pendant une période d'observation de 12 mois. Or, selon la caisse, pendant les 10 derniers mois d'activité, le taux d'occupation de l'assurée avait « subi des variations importantes, dépassant les 16.67% (20% : 12 mois x 10 mois) en plus ou en moins ». Le caractère irrégulier de son horaire de travail devait être considéré comme normal et l'assurée ne subissait aucune perte de travail à prendre en considération dès lors que son employeur ne l'appelait pas pour travailler.

**C.** Par une autre décision du 10 avril 2013, l'ORP a suspendu l'assurée dans son droit à l'indemnité de chômage pendant six jours à compter du 4 février 2013 au motif que ses recherches d'emploi présentées à l'ORP pour la période précédant la date dès laquelle elle revendiquait l'indemnité de chômage étaient insuffisantes (cf. pièce 119 du dossier de l'intimée). Le Service de l'emploi, Instance Juridique Chômage, a confirmé, en date du 6 août 2013, cette décision suite à l'opposition de l'assurée. Il a retenu qu'à teneur d'une liste récapitulative que l'assurée avait établi le 1<sup>er</sup> mars 2013, cette dernière avait indiqué n'avoir effectué qu'une seule recherche avant le 4 février 2013, ce qui était objectivement insuffisant. Selon cette décision, l'assurée avait par ailleurs indiqué sept recherches d'emploi pour la période du 4 au 21

février 2013 (cf. pièce 228 du dossier de l'intimée). L'assurée n'a pas recouru contre la décision du Service de l'emploi.

**D.** Par écriture de sa mandataire du 10 mai 2013, l'assurée a également formé opposition à l'encontre de la décision précitée de la caisse du 4 avril 2013. Elle y a notamment exposé qu'elle était rentrée en Suisse fin février 2012 et que C.\_\_\_\_\_ lui avait proposé un contrat de durée déterminée de trois mois, avec un horaire « théorique » de huit à vingt heures par semaine. Souhaitant travailler au plus vite, elle avait accepté cette offre, dès lors qu'on lui avait clairement dit que, si elle donnait satisfaction après le premier mois de formation, son taux de travail serait pratiquement à plein temps et son contrat prolongé. Dans ce cadre, l'assurée a relevé que son contrat de travail avait été prolongé jusqu'à la fin de l'année 2012 et que son taux d'occupation, de mai à décembre 2012, avait été en moyenne de 155.7 heures par mois (cf. pièce 148 du dossier de l'intimée).

La caisse a demandé un avis de droit au Secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO), qui lui a répondu le 20 août 2013 en concluant que la décision du 4 avril 2013 devait être confirmée (pièce 3 du dossier de l'intimée).

Par décision sur opposition du 28 août 2013, la caisse a rejeté l'opposition et confirmé sa décision du 4 avril 2013 (cf. pièce 108 du dossier de l'intimée). En substance, elle a repris l'argumentation de sa décision du 4 avril 2013, relevant que l'emploi auprès de C.\_\_\_\_\_ était un travail sur appel et qu'il fallait donc appliquer la pratique à ce sujet. Elle a toutefois limité la période de référence à neuf mois, soit du mois d'avril au mois de décembre 2012 alors que dans la décision du 4 avril 2013, le mois de janvier 2013 avait été inclus dans les calculs. Dans cette mesure, la caisse a exposé ce qui suit (aux consid. 12 ss de sa décision sur opposition) :

« (...) Il convient donc de calculer les fluctuations de cet emploi au cours des huit mois, avant la perte de travail invoquée par l'assurée, soit courant dès le mois de janvier 2013.

La période de référence de l'assurée court d'avril à décembre 2012, soit 9 mois. Durant cette période, l'assurée a effectué une moyenne de 152.88 heures mensuelles. Ainsi, les heures mensuelles de l'assurée doivent se trouver dans la fourchette des 15%, soit de 129.95 heures à 175.81 heures.

L'assurée a travaillé 121.17 heures durant le mois d'avril 2012 (hors limite), 155.5 heures durant le mois de mai 2012, 165.75 heures durant le mois de juin 2012, 172.92 heures durant le mois de juillet 2012, 149.17 heures pour le mois d'août 2012, 139.5 heures pour le mois de septembre 2012, 189.5 pour octobre 2012 (hors limite), 130.5 heures durant le mois de novembre 2012 et 151.92 heures pour le mois de décembre 2012.

Le taux d'occupation de l'assurée a subi des variations importantes durant les neuf derniers mois, dépassant le seuil de 15%. Il y a ainsi lieu de considérer que le caractère irrégulier de l'horaire de travail à prendre en considération doit être considéré comme normal. L'assurée ne subit ainsi pas de perte de travail. »

**E.** Par acte de sa mandataire du 30 septembre 2013, l'assurée a interjeté un recours auprès de la Cour de céans en concluant à la réforme de la décision sur opposition du 28 août 2013 « en ce sens qu'[elle] est mise au bénéfice des indemnités de chômage dès le 4 février 2013 ». Elle a joint à son recours différentes pièces que l'on trouve aussi dans le dossier de l'intimée.

Par réponse du 19 novembre 2013, l'intimée a maintenu sa position et proposé le rejet du recours. Elle a ajouté que si l'assurée n'était plus sous contrat de travail, elle aurait vraisemblablement droit à bénéficier de l'assurance-chômage. Il en serait de même pour une personne ayant toujours travaillé en Suisse.

Par réplique du 2 décembre 2013, l'assurée a confirmé ses conclusions. Ce mémoire a été transmis pour information à l'intimée qui n'a pas déposé de nouvelles déterminations.

Dans la mesure utile, les arguments des parties seront repris par la suite.

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

**1.** Le litige porte sur l'indemnisation depuis le 4 février 2013 de la perte de travail et de gain que la recourante allègue subir.

**1.1** 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, comme en l'espèce, de la LACI (cf. art. 1 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0]). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours (cf. art. 56 al. 1 LPGA) auprès du tribunal des assurances compétent, à savoir celui du canton auquel appartient l'autorité qui a rendu la décision attaquée (cf. art. 100 al. 3 LACI et 128 al. 2 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]), dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (cf. art. 60 al. 1 LPGA).

Dans le cas présent, le recours a été formé en temps utile et dans le respect des formes prévues par la loi contre une décision sur opposition (cf. art. 61 let. b LPGA notamment). Il y a donc lieu d'entrer en matière sur le recours, qui est en conséquence recevable.

**1.2** Les dispositions de la LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 173.36) s'appliquent aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (cf. art. 2 al. 1 let. c LPA-VD). La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer (cf. art. 93 al. 1 let. a LPA-VD). Il est statué dans la composition ordinaire à trois juges (cf. art. 94 al. 1 let. a, al. 3 et 4 LPA-VD, 83c LOJV [loi cantonale vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.01]).

**2.** Dans un premier temps, on peut se demander si et dans quelle mesure les autorités de chômage suisses sont compétentes, vu que la recourante avait perdu fin décembre 2011 un précédent emploi en Italie

où elle résidait. Elle avait alors été mise au bénéfice de prestations de l'assurance chômage italienne jusqu'en septembre 2012, selon l'attestation de l'INPS du 13 mars 2013.

Même si la recourante est ressortissante suisse, s'appliquent à elle en Italie, et en Suisse aussi, les dispositions prévues par l'ALCP (Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes ; RS 0.142.112.681), étant donné qu'elle a fait usage de son droit à la libre circulation des personnes en allant travailler en Italie entre 2010 et 2011.

Selon l'art. 11 du Règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004 du Parlement européen et du Conseil portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (RS 0.831.109.268.1 et RO 2012 2627), applicable, selon l'art. 1 et la section A de l'annexe II à l'ALCP, dans les rapports entre la Suisse et les pays de l'Union européenne dès le 1<sup>er</sup> avril 2012, respectivement selon l'art. 13 du Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (RO 2004 121), applicable jusqu'au 31 mars 2012, une personne qui exerce une activité salariée sur le territoire d'un Etat membre est en principe soumise à la législation de cet Etat (principe de la compétence exclusive de l'Etat d'activité).

Suite à son emploi en Italie, suivi d'une période de chômage, l'assurée était donc dans un premier temps soumise à la législation et aux autorités compétentes en matière de chômage de ce pays.

Pour qu'il y ait transfert de compétence à la suite d'une prise d'emploi dans un autre Etat signataire de l'ALCP au cours d'une période de chômage, la compétence assumée jusque-là par l'Etat qui sert les prestations doit être préalablement éteinte. La compétence s'éteint lorsque la prise d'un emploi met un terme au chômage. Il suffit qu'une seule des conditions du droit à l'indemnité de chômage ne soit plus

remplie (cf. Circulaire du SECO relative aux conséquences des règlements (CE) n° 883/2004 et 987/2009 sur l'assurance-chômage [Circulaire IC 883], D38 ss ; cf. aussi art. 61 par. 2 du Règlement n° 883/2004 précité).

En l'espèce, après avoir travaillé en Suisse dès avril 2012, où la recourante a repris résidence, la compétence des autorités italiennes a pris fin. L'autorité de chômage italienne a d'ailleurs mis fin à ses prestations dès septembre 2012.

On aurait certes pu songer à ce que cette compétence italienne subsiste si le travail sur appel (cf. ci-dessous au sujet de cette notion consid. 6.1) avait été effectué dès avril 2012 uniquement en vue de diminuer le dommage (cf. Bulletin LACI IC du SECO, B97a et 97b, cité dans leur intégralité ci-dessous au consid. 4.3). Cela aurait eu toutefois comme condition que la recourante continue pour le moins à rechercher un autre emploi pour le changer contre le travail sur appel trouvé auprès de C.\_\_\_\_\_. Comme l'a retenu le Service de l'emploi, Instance Juridique Chômage, dans sa décision sur opposition du 6 août 2013 (cf. ci-dessus let. C), la recourante n'a toutefois plus entrepris de recherches d'emploi sérieuses entre sa prise d'emploi chez C.\_\_\_\_\_ et le 1<sup>er</sup> mars 2013. De plus, la recourante s'était retrouvée chez C.\_\_\_\_\_ avec un emploi impliquant des heures de travail conséquentes et un revenu convenable selon les fiches de salaire d'avril à décembre 2012. Dès lors, il ne peut être envisagé que l'emploi chez C.\_\_\_\_\_ en 2012 ne présente qu'une activité en vue de diminuer le dommage et que l'assurée reste soumise à la compétence des autorités de chômage italiennes. Les autorités suisses s'avèrent ainsi compétentes pour un éventuel octroi de prestations de chômage et le litige doit être tranché en application de la législation suisse.

**3.** Aux termes de l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage pour autant qu'il remplisse les conditions suivantes :

- 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) ;
- 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 253/2006 du 6 novembre 2007, consid. 4.2).

#### **4.**

**4.1** Le droit à l'indemnité de chômage suppose donc notamment que l'assuré soit sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 8 al. 1 let. a LACI). Est réputé sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et qui cherche à exercer une activité à plein temps (art. 10 al. 1 LACI), tandis qu'est réputé partiellement sans emploi notamment celui qui occupe un emploi à temps partiel et cherche à le remplacer par une activité à plein temps ou à le compléter par une autre activité à temps partiel (art. 10 al. 2 let. b LACI). En outre, le droit à l'indemnité suppose que l'assuré ait subi une perte de travail à prendre en considération (art. 8 al. 1 let. b LACI). Selon l'art. 11 al. 1 LACI, la perte de travail doit être prise en considération lorsqu'elle se traduit par un manque à gagner et dure au moins deux journées de travail consécutives.

**4.2** Selon la jurisprudence, la perte de travail est calculée en règle générale en fonction de l'horaire de travail habituel dans la profession ou le domaine d'activité concernés ou, le cas échéant, en fonction de l'horaire de travail prévu par une convention particulière. En cas de travail sur

appel (ou travail à la demande), le travailleur 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, car le nombre de jours ou d'heures où il est amené à travailler est considéré comme normal. 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 (ATF 107 V 59 consid. 1 ; TFA C 9/06 du 12 mai 2006 consid. 1.2 et 1.3, in : SVR 2006 AIV n° 29 p. 99 ; C 281/97 du 17 novembre 1997 consid. 2a, in : DTA 1998 n° 20 p. 98 ; TF 8C\_379/2010 du 28 février 2011 consid. 1.2, in : DTA 2011 n° 9 p. 150).

**4.3** Comme le retient à juste titre l'intimée, ni la LACI, ni l'OACI n'indiquent à partir de quel moment un rapport de travail sur appel entraîne une négation du droit à l'indemnité de chômage pour absence de perte de travail. De la manière de procéder et du calcul de la marge de fluctuation applicable, il apparaît que l'intimée s'est à ce sujet notamment basée sur les directives du SECO relatives au travail sur appel, même si elle ne les a pas mentionnées dans sa décision sur opposition et uniquement citées brièvement dans sa décision du 4 avril 2013, sans toutefois les paraphraser ou reproduire leur texte exact. Ces directives sont formulées par le SECO dans le Bulletin LACI IC (version en vigueur depuis octobre 2012, disponible sur le site Internet du SECO), qui a remplacé la Circulaire relative à l'indemnité de chômage de 2007, comme suit :

**« Principe : non prise en considération**

**B95** 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 du 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.

### **Dérogation à ce principe**

**B96** 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.

**B97** 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.

[Suivent des renvois à la jurisprudence rendue entre l'ATF 107 V 59 du 23 février 1981 et l'arrêt du TF C 266/06 du 26 juillet 2007.]

### **Rapports de travail conclus en vue de diminuer le dommage**

**B97a** Aussi bien lors de l'ouverture d'un premier délai-cadre que d'un délai-cadre consécutif, il convient de déterminer jusqu'à quand, lorsqu'il commence à durer, un rapport de travail sur appel qui avait été accepté initialement pour diminuer le dommage peut être pris en compte sans entraîner une négation du droit pour absence de perte de travail.

**B97b** Ni la LACI, ni l'OACI n'indiquent à partir de quel moment un rapport de travail sur appel entraîne une négation du droit pour absence de perte de travail. Il n'est ainsi pas possible

d'établir une durée de référence qui pourrait s'appliquer à tous les cas de ce type. Il faut partir du principe qu'un rapport de travail qui a été accepté pour diminuer le dommage n'entraîne pas systématiquement une suppression du droit aux indemnités. Cependant, plus le rapport de travail sur appel s'inscrit dans la durée, plus il faut partir de l'idée que cette nouvelle situation professionnelle revêt un caractère de normalité pour l'assuré. Parallèlement, plus les rapports de travail vont durer, plus le principe de diminution du dommage perdra de sa pertinence. A titre indicatif, une activité sur appel qui dure depuis plus d'un an peut être qualifiée de normale. Dès lors, les périodes où l'assuré n'est pas appelé n'engendrent pas de perte de travail à prendre en considération.

Si un rapport de travail sur appel ne peut plus être considéré comme une diminution du dommage, il y a lieu d'appliquer B95 et ss.

→ Exemples

Premier délai-cadre

- Une personne perd son emploi à 100% et accepte dans la foulée un travail sur appel sans s'inscrire immédiatement au chômage. Après sept mois, cette personne s'annonce auprès de l'AC sans pour autant abandonner cette activité sur appel. Il convient ici d'octroyer le droit aux prestations dans le sens où le travail sur appel a été accepté en vue de diminuer le dommage.
- Si cette même personne ne s'inscrit auprès de l'AC qu'après une période de 20 mois sans abandonner son activité sur appel, le droit aux prestations doit lui être nié au motif qu'il n'y a plus de perte de travail, son activité sur appel s'inscrivant dans la normalité.

Délai-cadre consécutif

- Dès lors qu'une personne accepte une activité sur appel durant son DCI en vue de diminuer le dommage, elle perçoit des versements compensatoires. Si cette personne ne dispose, pour ce délai-cadre consécutif, que de périodes de cotisation issues d'une activité sur appel qu'elle poursuit, le droit aux prestations pour le délai-cadre consécutif doit lui être nié car il n'y a pas de perte de travail. La personne ne peut plus invoquer son devoir de diminuer le dommage dans la mesure où l'activité sur appel s'inscrit dans la normalité. »

**4.4** Certes, les directives du SECO n'ont pas force de loi et ne lient ni les administrés ni les tribunaux ; elles ne peuvent sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elles sont censées concrétiser. En d'autres termes, elles ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation et de la jurisprudence du Tribunal fédéral (ci-après : TF). Cependant, les directives sont destinées à assurer l'application uniforme

des prescriptions légales, voire à codifier la pratique des organes d'exécution et la jurisprudence du TF. Elles ont aussi pour but d'assurer une égalité de traitement des ayants droits. Lorsque les directives se tiennent dans le cadre de l'interprétation licite de la loi supérieure et de la jurisprudence du TF et qu'elles présentent une solution adéquate pour le cas d'espèce, le tribunal des assurances ne s'en écarte pas sans motif valable. Les directives ne dispensent toutefois ni l'administration, ni les tribunaux de se prononcer à la lumière des circonstances du cas d'espèce (cf. ATF 138 V 50 consid. 4.1 ; 133 II 305 consid. 8.1 ; 132 V 121 consid. 4.4, 200 consid. 5.1.2 ; 131 V 42 consid. 2.3 ; 130 V 163 consid. 4.3.1, 229 consid. 2.1 ; 129 V 200 consid. 3.2).

**4.5** Le TF a jugé que la période de douze mois fixée au ch. B97 du Bulletin LACI IC du SECO est en principe compatible avec les dispositions légales et réglementaires, ainsi qu'avec la jurisprudence, dès lors qu'elle apparaissait appropriée pour des relations de travail relativement courtes. Dans le cas de rapports de travail s'étendant sur plusieurs années, il a considéré toutefois qu'il convenait de prendre en compte le nombre d'heures de travail annuel et les fluctuations par rapport à la moyenne annuelle (TF 8C\_379/2010 cité consid. 2.2.2, in : DTA 2011 n° 9 p. 150 ; TF 8C\_417/2013 du 30 décembre 2013 consid. 5.2.2 ; TFA C 9/06 cité consid. 3.3, in : SVR 2006 AIV n° 29 p. 99 ; TFA C 8/06 du 1<sup>er</sup> février 2007 consid. 4.2). En revanche, le TF ne s'est pas encore prononcé définitivement lorsque le travail sur appel a duré, comme en l'espèce, moins de douze mois. Il en va de même des exemples cités par le SECO au ch. B97b de son Bulletin LACI IC.

**5.** Dans un premier moyen, la recourante critique le fait que l'intimée qualifie son rapport de travail avec C.\_\_\_\_\_ de travail sur appel. Contrairement à la définition du travail sur appel dans la circulaire du SECO relative à l'indemnité de chômage, son contrat prévoyait à tout le moins un taux d'occupation minimum. De plus, il avait été convenu en 2012 entre elle et son employeur, certes oralement, que si elle donnait satisfaction, son taux de travail, après le premier mois de formation, serait pratiquement à plein temps et qu'elle pouvait espérer à terme un contrat

à durée indéterminée. Tel aurait bien été le cas s'agissant de l'emploi à plein temps puisque de mai à décembre 2012 elle aurait travaillé en moyenne 156 heures par mois. Si elle n'a pu continuer à ce poste dès janvier 2013, c'était au motif que son employeur, procédant à un reclassement, a créé des postes nécessitant du personnel qualifié ; elle n'était malheureusement pas au bénéfice d'un CFC en [...].

C'est ainsi que la recourante fait également valoir, dans un second moyen, qu'elle avait accepté le nouveau contrat de travail avec C.\_\_\_\_\_ dès janvier 2013 pour diminuer le dommage de l'assurance-chômage. Si elle n'avait pas accepté de signer le nouveau contrat, la caisse aurait dû entrer en matière sur sa demande d'indemnités, toutes les conditions d'octroi de prestations prévues par la loi étant alors clairement remplies. En acceptant le nouveau contrat proposé par C.\_\_\_\_\_ en 2013, la recourante savait, étant donné qu'elle n'avait pas de CFC en [...], que ses heures de travail seraient drastiquement réduites ; elle a alors uniquement tenté de réduire le dommage de l'assurance-chômage par un gain intermédiaire auprès de C.\_\_\_\_\_, le temps qu'elle trouve un nouvel emploi à plein temps.

## **6.**

**6.1** Certes, les contrats de travail entre la recourante et C.\_\_\_\_\_ prévoyaient comme heures de travail huit à vingt heures par semaine, tandis que les directives du SECO mentionne qu'aucun temps d'occupation minimum n'est convenu contractuellement, lorsqu'il expose la problématique du travail sur appel (cf. ch. B95 du Bulletin LACI IC).

Le fait qu'un temps minimum d'occupation soit convenu, ne s'oppose toutefois pas à la qualification d'un emploi comme travail sur appel, voire à l'application des règles susmentionnées. En effet, le contrat de travail sur appel (ou travail à la demande) est caractérisé par le fait que le travailleur s'oblige à exercer l'activité exigée chaque fois que l'employeur requiert ses services (cf. TF 8C\_379/2010 cité consid. 2.3, in : DTA 2011 n° 9 p. 150 ; Jean-Philippe Dunand, in : Dunand/Mahon, Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 54 ss ad art. 319 CO ;

Tercier/Favre/Eigenmann, Les contrats spéciaux, 4e éd. 2009, n. 3284 ; Philippe Carruzzo, Le contrat individuel de travail, 2009, n. 13 ad art. 319 CO ; Rémy Wyler/Boris Heinzer, Droit du travail, 3e éd. 2014, p. 38). Si le nombre d'heures de travail au total est toujours identique, voire a même été fixé d'avance, et que ce sont juste les horaires qui varient selon les exigences ou besoins de l'employeur, on est aussi en présence d'un travail sur appel. Les principes évoqués ci-dessus au consid. 4 sous le titre de travail sur appel ne concernent cependant que les relations de travail où le nombre d'heures de travail rémunérées diverge selon les demandes de l'employeur. C'est ce qui est décisif pour savoir s'il faut appliquer lesdits principes. Le TF a d'ailleurs expliqué vouloir appliquer ces principes aussi au rapport de travail occasionnel ou auxiliaire, où le travailleur n'est, au contraire du travail sur appel, pas obligé d'accepter les missions proposées, mais où le nombre d'heures de travail rémunérées peut aussi varier selon les missions proposées par l'employeur, puis acceptées par le travailleur (cf. TF 8C\_379/2010 cité consid. 2.3, in : DTA 2011 n° 9 p. 150 ; TFA C 319/96 du 31 janvier 1997 consid. 4b ; critique : arrêt de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal ACH 79/13 du 20 mars 2014 consid. 5). Qu'un taux d'occupation minimum ou maximum, soit prévu contractuellement n'y change rien ; cela a tout au plus des répercussions pour le calcul du montant des indemnités de chômage, le taux d'occupation minimum garantissant en principe aussi un salaire minimum en fonction de ce taux.

La fixation dans le contrat de travail d'un taux minimum d'occupation ne s'oppose donc pas à l'application des principes évoqués aux consid. 4.2, 4.3 et 4.5 au sujet du travail sur appel. En fait, en définissant le nombre d'heures de travail minimales et maximales les parties aux contrats de travail ont suivi, si ce n'est des exigences posées par la loi, du moins des recommandations de la doctrine relatives au travail sur appel (cf. Dunand, op. cit., n. 59 ad art. 319 CO ; Gabriel Aubert, in : Commentaire romand du Code des obligations I, 2e éd. 2012, n. 4 ad art. 324 CO).

**6.2** L'intimée a appliqué les principes évoqués aux ch. B95 à B97 du Bulletin LACI IC. Elle a pris en considération la période de travail dès avril 2012 et a retenu que les fluctuations des heures de travail chez C.\_\_\_\_\_ avait été en 2012 trop importantes et ne permettaient donc pas d'admettre un caractère régulier de l'occupation auprès de cette entreprise (cf. ci-dessus let. D).

**6.2.1** On pourrait toutefois se demander qu'elle aurait été la situation sous l'angle de l'assurance chômage, si toute l'activité de la recourante chez C.\_\_\_\_\_ dès avril 2012 n'avait pas été acceptée par cette dernière uniquement pour diminuer le dommage dans l'attente de trouver un autre emploi à plein temps. Dans cette mesure, selon les ch. B97a et 97b du Bulletin LACI IC, la caisse n'aurait pas pu s'opposer à sa demande d'indemnisation pour absence de perte de travail, du moins aussi longtemps que son activité sur appel n'avait pas duré plus d'un an, soit au-delà du mois de mars 2013 au moins.

Comme déjà exposé ci-dessus au consid. 2, vu le taux d'occupation de la recourante plus ou moins régulier dès mai 2012 qui revenait environ à un plein temps, celle-ci n'a plus entrepris d'autres recherches d'emploi. Elle a travaillé, hormis quelques exceptions, entre 36 et 41 heures par semaine de mai à décembre 2012. Selon les explications de la recourante, c'est ce qui lui avait été annoncé lors de son engagement en 2012. Dès lors, le rapport de travail avec C.\_\_\_\_\_ ne peut être considéré pour la période de mai 2012 à décembre 2012 comme un emploi accepté pour diminuer le dommage dans l'attente de trouver un autre emploi.

**6.2.2** Reste à examiner si l'emploi auprès de C.\_\_\_\_\_ dès janvier 2013 doit être considéré comme une activité en vue de diminuer le dommage de l'assurance-chômage.

Aux dires de la recourante, suite à un reclassement auquel C.\_\_\_\_\_ a procédé en tenant compte des qualifications de ses employés, cette société lui a proposé fin 2012 un nouveau contrat de travail effectif

dès janvier 2013 en lui annonçant que ses heures de travail seraient drastiquement réduites par rapport à 2012. Il lui avait alors été opposé qu'elle ne disposait pas d'un CFC en [...]. La réduction annoncée s'est effectivement réalisée. Malgré les horaires réguliers effectifs de la recourante de 36 à 41 heures par semaine en 2012, C.\_\_\_\_\_ a d'ailleurs retenu dans le nouveau contrat de travail conclu le 4 décembre 2012 un horaire de huit à vingt heures par semaine. A ce titre, on relèvera que le nombre d'heures hebdomadaire finalement effectué auprès de C.\_\_\_\_\_ par la recourante de janvier à avril 2013 se situe à peu près dans cette fourchette (cf. à ce sujet les décomptes d'heures pour 2012 et 2013, pièces 162-200 et 207-222 du dossier de l'intimée). S'il avait été prévu que le taux d'occupation reste similaire en 2013 à celui des mois de mai à décembre 2012, on aurait pu s'attendre à une quelconque modification de ces indications dans le nouveau contrat conclu le 4 décembre 2012. Certes, dans le premier contrat de mars 2012, le temps de travail hebdomadaire devait également se situer entre huit à vingt heures. Toutefois, l'employeur avait alors prévu un temps d'essai d'un mois (avril 2012) ; ce n'est que lorsque la recourante a fait ses preuves que le temps de travail a alors été plus élevé qu'indiqué dans le premier contrat pour la période de mai à décembre 2012.

On rappellera que les explications d'un assuré sur le déroulement d'un fait allégué sont au bénéfice d'une présomption de vraisemblance. Lorsque des déclarations successives de l'intéressé sont contradictoires entre elles, il convient toutefois de retenir en principe la première affirmation, qui correspond généralement à celle que l'assuré a faite alors qu'il n'était pas encore conscient des conséquences juridiques qu'elle aurait, les nouvelles explications pouvant être, consciemment ou non, le produit de réflexions ultérieures (ATF 121 V 45 consid. 2a ; TF 8C\_788/2012 du 17 juillet 2013 consid. 4).

Les explications de l'assurée ne sont pas contradictoires entre elles et elles trouvent en grande partie, notamment en ce qui concerne le taux d'occupation en 2012 et en 2013 et la conclusion d'un nouveau contrat pour 2013, leur confirmation dans les pièces au dossier. La Cour

de céans admet donc leur vraisemblance. L'intimée n'a par ailleurs pas contesté en soit les explications de la recourante. L'intimée s'est ainsi bornée à appliquer les directives du SECO, singulièrement les ch. B95 à B97 du Bulletin LACI IC, sans se demander, s'il y avait une raison de traiter le cas d'espèce d'une manière différente. Dans sa décision sur opposition du 28 août 2013, elle a tout de même reconnu l'existence d'une coupure dès janvier 2013 dans les relations de travail entre la recourante et son employeur, puisqu'elle n'a, contrairement à sa décision originale, plus tenu compte du mois de janvier 2013 pour la période de référence.

Par ailleurs, il est à supposer que la jurisprudence du TF en matière de droit du travail n'a pas échappé à C.\_\_\_\_\_. Selon le TF, lorsqu'un contrat de travail sur appel permet une diminution brutale du volume mensuel de travail, il vide de sa substance la protection impérative liée au délai de congé fixé à l'art. 335c CO (ATF 125 III 65). En concluant début décembre 2012 un nouveau contrat pour l'année 2013, les parties à ce contrat ont évité, ou songer à éviter, à enfreindre la loi.

Au vu de ce qui précède et notamment des explications de la recourante, la Cour de céans estime qu'en l'espèce, les ch. B95 à 97 du Bulletin LACI IC (cf. également ci-dessus consid. 4.4) ne peuvent servir de base à la demande d'indemnisation déposée par la recourante en février 2013. Dans le cas de la recourante, il s'agit en effet en 2013 du maintien d'une activité partielle en vue de diminuer le dommage de l'assurance-chômage jusqu'à l'obtention d'un nouvel emploi à un taux d'activité plus élevé, la recourante étant intéressée à un emploi à plein temps. Certes, il s'agit du même employeur qu'en 2012. Toutefois, un nouveau contrat a été conclu pour 2013 et l'employeur a, conformément à son annonce à la conclusion de ce contrat, fortement réduit le temps de travail de la recourante dès janvier 2013. Dans cette mesure, il y a une réelle coupure entre le rapport de travail de 2012 et celui de 2013. On ne peut donc admettre une continuité qui permette de procéder comme l'a fait l'intimée. La façon de procéder de l'intimée aurait pour effet de contraindre un assuré, en l'espèce la recourante, de renoncer à un emploi (temporaire) sur appel, avec un manque à gagner ce qui serait à la charge

de toute l'assurance-chômage. Cela ne correspondrait pas aux buts de la loi, d'une part, d'éviter le chômage et, d'autre part, de ne soutenir les assurés que dans la mesure du nécessaire.

**6.2.3** On soulignera toutefois qu'un rapport de travail en vue de diminuer le dommage ne devra être admis que sous la condition et aussi longtemps que la recourante a effectivement la volonté de trouver un nouvel emploi à plein temps et déploie de sérieux efforts pour la recherche d'un tel emploi. Le dossier ne contient pas d'éléments suffisants à ce sujet ; on peut uniquement déduire de la décision sur opposition du Service de l'emploi du 6 août 2013 que la recourante avait effectué sept recherches d'emploi entre le 4 et le 21 février 2013, ce qui paraît, a priori, suffisant pour cette période. Il appartiendra à l'intimée de procéder (régulièrement) à ce contrôle, tout comme elle devra examiner si les autres conditions de l'art. 8 LACI sont remplies. Dans l'affirmative, elle devra calculer en fonction du salaire perçu par la recourante, le montant des indemnités auxquelles cette dernière aura (encore) droit.

**6.2.4** De manière superfétatoire, on retiendra ce qui suit :

L'intimée, qui s'est basée sur les ch. B95 à B97 du Bulletin LACI IC, a pris en compte comme période de référence les mois d'avril à décembre 2012. En procédant ainsi, elle a considéré que les mois d'avril et octobre 2012 présentaient des fluctuations en-dehors de la marge appliquée par elle de 15%, les autres mois étant dans cette fourchette. Compte tenu de ces « dépassements », elle a refusé des prestations à la recourante.

D'une part, on ne voit pas de motif justifiant la réduction de la fourchette de 20 à 15% lorsque la période de référence dure moins d'un an, même si c'est ce que prévoit le ch. B97 du Bulletin LACI IC. Pourquoi accepter pour des assurés des fluctuations plus grandes parce que le rapport de travail a duré une année ou plus ? En particulier, la Cour de céans relève qu'il n'existe pas de justifications ressortissant de la législation en vigueur ou de la jurisprudence fédérale en son état actuel,

permettant de créer une inégalité de traitement entre les travailleurs dont la durée des rapports de travail a été égale ou supérieure à une année de ceux qui ont travaillé moins de douze mois, en admettant une fourchette de fluctuation plus importante pour les premiers au détriment des seconds.

D'autre part, il est douteux d'inclure dans cette appréciation le mois d'avril 2012. En effet, comme exposé de manière vraisemblable par la recourante, ce premier mois devait servir à la former et à la tester. En cas de succès, il était d'emblée prévu d'augmenter son taux d'activité pour les mois suivants. Le mois d'avril 2012 n'est donc pas représentatif de la période d'occupation en 2012.

Au sujet du mois d'octobre 2012, qui est le seul autre mois pendant lequel la marge admise par l'intimée a été dépassée, on relèvera qu'il présente, sur cinq semaines (la dernière semaine incluant quelques jours de novembre), des durées de travail de 46.50, 45.75, 40.00, 49.00 et 39.77 heures par semaine (pièces 187-191 du dossier de l'intimée) ou 189.520 heures pour tout le mois (cf. fiche de salaire 10/2012, pièce 257 du dossier de l'intimée). Selon l'art. 9 al. 1 let. a LTr (Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail ; RS 822.11) applicable notamment, comme en l'espèce, pour le personnel de vente des grandes entreprises [...], la durée maximale de la semaine de travail est de 45 heures. Il paraît donc aussi douteux de tenir compte des heures de travail effectuées au-delà de ce qui est admis par la loi (soit en l'espèce 6.25 heures).

En appliquant un taux de fluctuation de 20% sur la période de mai à décembre 2012 et en écartant les heures au-delà de ce qu'admet la LTr, on constatera qu'il n'y a aucun dépassement de la marge (moyenne mensuelle de 156 heures sur ladite période avec, au taux de 20%, un seuil maximum admis de 187.2 heures et minimum de 124.8 heures).

Sur cette base, l'intimée est également tenue de reconnaître en 2013 une perte d'emploi et de travail au sens de l'art. 8 al. 1 let. a et b LACI.

**7.** Au vu de ce qui précède, il convient d'admettre le recours, d'annuler la décision attaquée et de renvoyer la cause à la caisse pour nouvelle décision dans le sens des considérants (notamment consid. 3, 6.2.2 et 6.2.3).

**8.** La procédure étant gratuite, il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. a LPGA). Ayant obtenu gain de cause avec l'assistance d'un mandataire professionnel, la recourante a droit à des dépens qu'il convient de fixer à 1'400 francs, TVA incluse, eu égard à l'importance et à la complexité du litige et aux efforts déployés, mais indépendamment de la valeur litigieuse. Les dépens consistent en une participation aux honoraires et débours indispensables de la recourante représentée pour la procédure judiciaire par un avocat (cf. art. 61 let. g LPGA, 55 LPA-VD et 7 TFJAS (Tarif des frais judiciaires et des dépens en matière de droit des assurances sociales ; RSV 173.36.5.2)).

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

- I.** Le recours est admis.
- II.** La décision sur opposition rendue le 28 août 2013 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est annulée, la cause étant renvoyée à cette caisse pour nouvelle décision dans le sens des considérants.
- III.** Il n'est pas perçu de frais de justice.
- IV.** La Caisse cantonale de chômage, Division juridique, versera à J.\_\_\_\_\_ la somme de 1'400 fr. (mille quatre cents francs) à titre de dépens.

Le président :

Le greffier :

**Du**

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

- Me Nicole Diserens, avocate (pour J. \_\_\_\_\_),
- Caisse cantonale de chômage, Division juridique,
- 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).

Le greffier :