

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 10 octobre 2014

---

Présidence de       Mme     BERBERAT  
Juges     :       Mmes Röthenbacher et Dessaux  
Greffière     :       Mme     Berseth Béboux

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

**J.**\_\_\_\_\_, à [...], recourante, représentée par Me Olivier Flattet, avocat à Lausanne,

et

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

---

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

**E n f a i t :**

**A.**           **a)** J.\_\_\_\_\_ (ci-après : l'assurée ou la recourante), née en [...], de langue maternelle [...], est notamment titulaire d'une licence de langues et littérature obtenue à [...]. Mère de deux enfants nés en [...] et [...], elle travaille depuis le 17 mai 2001 auprès de E.\_\_\_\_\_ à [...]. Du 17 mai 2001 au 31 décembre 2008, elle était engagée en qualité de professeur auxiliaire de [...], puis du 1<sup>er</sup> janvier 2009 au 31 août 2010 en qualité de collaboratrice régulière, contrat proposé aux professeurs de langues qui enseignent au moins 20 périodes par semaine. Ledit contrat prévoyait qu'un plein temps était fixé à 30 périodes par semaine pour un professeur externe, avec une rémunération mensuelle de 5'152 francs. Compte tenu d'un enseignement de 25 périodes par semaine, le salaire de l'assurée a été fixé à 4'293 fr. pour l'année 2008-2009, puis à 4'683 fr. dès le 1<sup>er</sup> janvier 2010.

A partir du 1<sup>er</sup> septembre 2010, l'assurée a à nouveau été engagée par E.\_\_\_\_\_ en tant que professeur auxiliaire, soit sur la base des leçons effectives données.

Parallèlement, elle a exercé à temps partiel en qualité de professeur de [...] pour le compte de la Y.\_\_\_\_\_ (ci-après : Y.\_\_\_\_\_ depuis octobre 1992, une activité flexible rémunérée selon un tarif horaire. Selon l'art. 2 du contrat de travail du 27 janvier 2009, « *L'étendue, le moment et le rythme des affectations sont déterminés par le travail à effectuer. Les enseignants sont tenus de fournir leur prestation de travail à la demande de l'entreprise. Ils n'ont aucun droit à une occupation d'une ampleur déterminée* ».

J.\_\_\_\_\_ s'est inscrite le 18 août 2010 en tant que demandeuse d'emploi auprès de l'Office régional de placement de [...] (ci-après : l'ORP) et a sollicité l'octroi de l'indemnité de chômage dès le 3 septembre 2010 auprès de la Caisse cantonale de chômage, agence de [...] (ci-après : l'agence). Un délai-cadre d'indemnisation lui a été ouvert

du 1<sup>er</sup> septembre 2010 au 31 août 2012. L'assurée a poursuivi les deux emplois en gain intermédiaire durant le délai-cadre précité.

Par décision sur opposition du 11 octobre 2011, la Caisse cantonale de chômage, Division juridique (ci-après : la caisse ou l'intimée), a admis l'opposition formée par l'assurée contre une décision de l'agence du 5 janvier 2011 relative à la fixation de son gain assuré. Elle a ainsi retenu que l'intéressée avait travaillé à 90% pour le compte de E. \_\_\_\_\_ et que le salaire réalisé auprès de Y. \_\_\_\_\_ devait être pris en compte pour les 10% restant. En effet, l'horaire normal de travail dans l'école Y. \_\_\_\_\_ étant de 25 heures par semaine, l'assurée avait ainsi travaillé à un taux de 11% pour la période de mars à août 2010 et à un taux de 12.4% sur les douze mois précédant son inscription auprès de l'assurance-chômage. Au vu de ces éléments, la caisse a fixé le gain mensuel déterminant à 5'351 fr, soit une indemnité journalière de 197 fr. 27.

**b)** A l'échéance du délai-cadre d'indemnisation couvrant la période du 1<sup>er</sup> septembre 2010 au 31 août 2012, l'assurée a sollicité à nouveau les prestations de l'assurance-chômage à 100% et ce, dès le 1<sup>er</sup> septembre 2012 (demande d'indemnités de chômage du 12 septembre 2012).

Par lettre du 26 septembre 2012 à l'agence, E. \_\_\_\_\_ SA a précisé que l'assurée était une employée auxiliaire rémunérée à la période. Elle ne percevait pas de salaire durant les périodes de vacances. Il n'existait pas de contrat écrit. Sa rémunération subissait toutefois un décalage : par exemple, les cours dispensés en septembre 2012 étaient rétribués à la fin du mois d'octobre 2012, et ainsi de suite. Le salaire versé en juillet 2012 correspondait dès lors aux cours de juin 2012.

Par attestation du 26 septembre 2012, l'employeur a indiqué que l'assurée était professeur auxiliaire de [...] depuis le 17 août 2011 et qu'elle était toujours employée. L'horaire normal de travail contractuel était de 30 heures par semaine, mais l'assurée était payée à l'heure pour l'enseignement de leçons privées.

Par décision du 28 mars 2013, l'agence a indiqué à l'assurée qu'elle n'avait pas droit à l'indemnité de chômage dès le 1<sup>er</sup> septembre 2012. En effet, les emplois qu'elle occupait auprès de E. \_\_\_\_\_ et de Y. \_\_\_\_\_ lui avaient procuré un salaire de 6'659 fr. 35 pour le mois de septembre 2012, alors que l'indemnisation mensuelle de chômage s'élevait en moyenne à 4'297 fr. 70. Ces activités se poursuivant depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2012 et procurant à l'assurée un salaire supérieur aux indemnités de chômage, l'intéressée ne pouvait se voir accorder les prestations revendiquées dès le 1<sup>er</sup> septembre 2012. Cette décision est entrée en force.

**c)** Le 8 avril 2013, l'assurée a déposé en personne le formulaire « Indication de la personne assurée » (ci-après : IPA) du mois de février 2013 auprès de l'agence. A cette occasion, elle a fait savoir que son revenu avait fortement baissé depuis le 13 décembre 2012. L'assurée ayant ensuite continué à remettre ses IPA, l'agence a considéré que l'intéressée avait formulé une nouvelle demande d'indemnité « de fait » dès le 13 décembre 2012.

Par décision du 31 mai 2013, l'agence a refusé de donner suite à la demande précitée, en retenant pour l'essentiel les éléments suivants :

« (...).

Vous êtes engagée depuis plus d'une année en qualité de professeur auxiliaire de langue [...], auprès de E. \_\_\_\_\_ à [...]. Cet emploi ne vous garantit ni un certain volume d'occupation, ni un certain revenu. En outre, pendant les douze derniers mois d'activité, votre taux d'occupation a subi des variations importantes, dépassant les 20% en plus ou en moins.

Dès lors, le caractère irrégulier de votre horaire de travail est considéré comme normal et vous ne subissez aucune perte de travail à prendre en considération lorsque vous n'êtes pas appelée.

Au vu de ce qui précède, vous n'êtes pas en droit de bénéficier des prestations de l'assurance-chômage ».

Le 20 juin 2013, l'assurée, par son conseil, a formé opposition contre la décision précitée. Elle a rappelé qu'elle exerçait simultanément deux activités lucratives, l'une à E. \_\_\_\_\_ avec un statut, depuis le 1<sup>er</sup>

septembre 2010, de professeur auxiliaire, l'autre, en tant que professeur de [...] pour le compte de Y.\_\_\_\_\_, depuis 1992. Elle a allégué qu'elle subissait une perte de travail totale, momentanée et annuelle, et non une variation de son taux d'activité, ses deux employeurs ne lui fournissant aucun travail en été. Durant les mois d'été, elle se retrouvait ainsi dépourvue de tout revenu et n'était plus en mesure de faire face à ses dépenses incompressibles. Elle demandait à être indemnisée pendant les mois de juillet et août, mois au cours desquels elle était apte au travail, mais sans emploi, sans faute de sa part.

Par décision sur opposition du 4 novembre 2013, la caisse a rejeté l'opposition formée par l'assurée et a confirmé la décision rendue le 31 mai 2013 par l'agence. La caisse a retenu que l'assurée était partie à un rapport de travail sur appel, sans temps de travail ni salaire garantis et ce, pour les deux emplois. En outre, les rapports de travail n'avaient pas été résiliés au début puis repris à la fin des vacances. L'assurée n'avait au demeurant pas été engagée en qualité de temporaire durant son délai-cadre d'indemnisation. Enfin, si l'assurée ne percevait pas de revenu durant les vacances scolaires, ce n'était pas en raison d'une réduction de l'horaire de travail pour motifs économiques ou pour cause de mauvais temps. Elle ne pouvait donc pas être considérée comme étant au chômage (complet). Elle ne pouvait pas non plus être considérée comme partiellement sans emploi sur la base de l'art. 10 al. 2 let. a LACI, dans la mesure où, même si elle cherchait à exercer une autre activité durant les vacances scolaires, elle était partie à deux rapports de travail. Or, elle n'avait pas la volonté de quitter son emploi dans l'hypothèse où elle trouverait un emploi à plein temps durable, si bien que l'art. 10 al. 2 let. b LACI ne trouvait pas application dans le cas d'espèce. L'assurée ayant toutefois essayé de se faire titulariser auprès de E.\_\_\_\_\_, la caisse a admis qu'elle serait disposée à abandonner cet emploi et a finalement appliqué l'art. 10 al. 2 let. b LACI, pour considérer l'intéressée comme partiellement sans emploi. La caisse a dès lors examiné la perte de travail à prendre en considération sous l'angle de l'art. 11 al. 1 LACI et des règles applicables aux contrats sur appel. Elle a relevé que durant les douze derniers mois d'activité, le taux d'occupation de l'assurée avait subi des

variations importantes dépassant les 20% en plus ou en moins, raison pour laquelle la perte de travail et la perte de gain ne pouvaient pas être prises en considération. La caisse a toutefois estimé qu'il convenait de déterminer jusqu'à quand un rapport de travail sur appel, qui avait été accepté initialement pour diminuer le dommage, pouvait être pris en compte sans entraîner une négation du droit pour absence de perte de travail. Ainsi, le 1<sup>er</sup> septembre 2010, soit durant son délai-cadre d'indemnisation s'étendant du 1<sup>er</sup> septembre 2010 au 31 août 2012, l'assurée avait accepté l'activité sur appel, en vue de diminuer le dommage. Elle avait perçu des indemnités compensatoires. Pour le délai-cadre d'indemnisation consécutif souhaité, l'assurée ne disposait que de périodes de cotisation issues d'activités sur appel, qu'elle poursuivait. Dès lors, le droit aux prestations pour le délai-cadre consécutif devait lui être nié, car il n'y avait pas de perte de travail. Elle ne pouvait en outre plus invoquer son devoir de diminuer le dommage, dans la mesure où l'activité sur appel s'inscrivait dans la normalité. Enfin, dans l'hypothèse où le délai-cadre d'indemnisation allant du 13 décembre 2012 au 12 décembre 2014 devrait être considéré comme un premier délai-cadre d'indemnisation, il convenait également de nier le droit aux prestations, dans la mesure où il n'y avait pas de perte de travail et que son travail sur appel s'inscrivait dans la normalité. Ainsi, dès le 1<sup>er</sup> septembre 2010, l'assurée avait conclu (oralement) un contrat de travail sur appel avec son employeur précédent, soit E. \_\_\_\_\_, en vue de diminuer le dommage. Auparavant, elle occupait un poste régulier à plein temps (attestation d'employeur du 10 septembre 2010). Elle avait donc perdu son emploi qualifié de « fixe » et s'était vue contrainte d'accepter ce nouveau contrat. Abstraction faite du délai-cadre d'indemnisation allant du 1<sup>er</sup> septembre 2010 au 31 août 2012, l'assurée avait alors attendu plus de deux ans avant de s'inscrire au chômage, puisqu'elle avait sollicité le versement d'indemnités de chômage depuis le 13 décembre 2012.

**B.** Par acte de son mandataire du 22 novembre 2013, J. \_\_\_\_\_ recourt contre la décision précitée et conclut, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de la décision attaquée et au renvoi de la cause à l'agence pour nouvelle décision. Elle admet être partie à deux rapports de

travail sur appel sans temps de travail garanti, lesquels n'ont pas été résiliés. Elle relève cependant qu'elle justifie d'une période de cotisation suffisante pendant le délai-cadre de cotisation. Elle conteste le raisonnement de l'intimée, selon lequel elle ne peut plus invoquer son devoir de diminuer le dommage dans la mesure où l'activité sur appel s'inscrit dans la normalité. Arguant du fait qu'elle recherche un emploi durable à plein temps depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2010 et qu'elle a effectué toutes les démarches que l'on pouvait attendre d'elle pour arriver à ses fins, elle affirme qu'en cas de succès, elle abandonnerait ses activités actuelles, très contraignantes (déplacements à [...], au [...]) et, en hiver, à [...] pour le campus de E.\_\_\_\_\_). Elle dépose un bordereau de pièces et sollicite la production de son dossier par l'ORP.

Dans sa réponse du 7 janvier 2014, l'intimée conclut au rejet du recours et au maintien de sa décision sur opposition du 4 novembre 2013.

Le 30 janvier 2014, la recourante sollicite l'audition en qualité de témoin de Q.\_\_\_\_\_, conseillère en personnel à l'ORP.

Le 24 février 2014, l'intimée confirme ses précédentes conclusions.

Par courrier du 10 mars 2014, la juge instructeur a notamment sollicité la production du dossier complet de l'ORP, le contrat de travail de la recourante du 27 janvier 2009 avec Y.\_\_\_\_\_, le courrier du 26 septembre 2012 de E.\_\_\_\_\_, ainsi que la demande d'indemnités de chômage du 13 décembre 2012.

Dans ses déterminations du 17 mars 2014, l'intimée précise que la demande d'indemnité de chômage du 13 décembre 2012 ne figurant pas formellement au dossier de la recourante, elle avait interpellé l'agence, laquelle avait exposé ce qui suit :

« (...) L'assurée a bénéficié d'un premier délai-cadre d'indemnisation (ci-après : DCI) courant du 1<sup>er</sup> septembre 2010 au 31 août 2012.

Dès le 1<sup>er</sup> septembre 2012, la recourante a sollicité l'ouverture d'un DCI consécutif (DI du 12.09.12).

Par décision rendue le 28 mars 2013, l'agence a refusé d'y donner suite, l'assurée réalisant, depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2012, un gain intermédiaire (GI) supérieur à son indemnisation chômage.

Le 8 avril 2013, la recourante a dûment complété la formule « Indications de la personne assurée » (IPA) du mois de février 2013.

Elle l'a déposée en personne à l'agence et a sollicité une entrevue.

Lors de cette entrevue, elle a contesté oralement la décision de GI supérieur précitée.

Pour elle, une telle décision n'avait pas lieu d'être dans la mesure où son revenu avait fortement baissé en décembre 2012.

L'assurée a continué à revendiquer le versement d'indemnités de chômage (IC) en présentant les IPA, raison pour laquelle il n'existe pas de nouvelle demande d'indemnité.

Faisant suite à l'entrevue susmentionnée et aux déclarations de l'assurée s'agissant de la baisse de ses revenus en décembre 2012, l'agence a à nouveau analysé sa situation.

L'agence a alors effectivement constaté qu'en décembre 2012, ses revenus avaient baissé en raison de la fin de la période d'enseignement au 12 décembre 2012.

De ce fait, l'agence a considéré que l'assurée revendiquait les IC dès le 13 décembre 2012 (revendication de fait).

En effet, pour rappel, la recourante réalisait un GI supérieur depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2012.

Cependant, nonobstant la baisse de revenus, l'indemnisation moyenne calculée dans la décision du 28 mars 2013 était inférieure au total des GI réalisés en décembre 2012.

Ainsi en décembre 2012, la recourante était toujours en GI supérieur.

Il était donc impossible pour l'agence de donner une suite favorable à la demande de «reconsidération» de la décision du 28 mars 2013 demande faite oralement par la recourante en avril 2013, lors de son passage à l'agence.

Afin de justifier, et par là même expliquer à l'assurée, par un autre moyen que malheureusement sa demande d'indemnisation de fait du 13 décembre 2012 (première baisse de revenu depuis le 01.09.12) ne pouvait être prise en compte, l'agence a alors rendu la décision du 31 mai 2013.

Dite décision a été confirmée par décision sur opposition rendue le 4 novembre 2013 ».

Le 20 mars 2014, l'ORP a produit le dossier complet de l'assurée.

Dans ses déterminations datées du 22 novembre 2013, mais reçues le 14 avril 2014, la recourante maintient ses conclusions telles qu'elles figurent dans l'acte de recours. Elle constate que l'intimée a refusé le versement d'indemnités de chômage au motif de la normalité, argument qu'elle conteste. Si l'on suivait le raisonnement de l'intimée, elle aurait dû abandonner ses deux emplois sur appel, ce qui aurait entraîné une suspension dans son droit à l'indemnité pour faute grave.

Par courrier du 12 août 2014, la juge instructeur a informé les parties que sur la base d'une appréciation anticipée des preuves, elle n'estimait pas nécessaire de procéder à l'audition de Q.\_\_\_\_\_. Par ailleurs, un jugement serait notifié prochainement. Les parties ne se sont pas déterminées plus avant.

### **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 à l'assurance-chômage (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 (art. 56 al. 1 LPGA) auprès du tribunal des assurances compétent, à savoir celui du lieu où l'assuré se soumet au contrôle obligatoire lorsque la cause concerne l'indemnité de chômage (art. 100 al. 3 LACI, 128 al. 1 et 119 al. 1 let. a OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.02]). Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA).

En l'occurrence, le recours a été interjeté dans le délai imparti par la loi et satisfait en outre aux autres conditions formelles de recevabilité (art. 61 let. b LPGA), de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

**b)** La LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RS 173.36), 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 est compétente pour statuer (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD). La cause portant sur la question de l'ouverture d'un délai-cadre d'indemnisation de deux ans, et plus particulièrement du droit à l'indemnité de chômage, la valeur litigieuse est susceptible de dépasser 30'000 francs. Elle ressort dès lors de la compétence de la Cour des assurances sociales, statuant à trois juges (art. 94 al. 1 let. a et 4 LPA-VD).

**2. a)** En tant qu'autorité de recours contre les décisions prises par des assureurs sociaux, le juge des assurances sociales ne peut, en principe, entrer en matière – et le recourant présenter ses griefs – que sur les points tranchés par cette décision. De surcroît, dans le cadre de l'objet du litige, le juge ne vérifie pas la validité de la décision attaquée dans son ensemble, mais se borne à examiner les aspects de cette décision que le recourant a critiqués, exception faite lorsque les points non critiqués ont des liens étroits avec la question litigieuse (ATF 131 V 164 ; 125 V 413 consid. 2c ; 110 V 48 consid. 4a).

**b)** En l'espèce, est litigieuse la question du droit de l'assurée à l'ouverture d'un nouveau délai-cadre d'indemnisation dès le 13 décembre 2012 et à l'indemnité de chômage dès cette date. Il s'agit plus particulièrement de déterminer si l'intéressée a subi dès cette date une perte de travail à prendre en considération, susceptible d'être indemnisée.

**3. a)** Le droit à l'indemnité de chômage n'est ouvert – entre autres conditions cumulatives prévues à l'art. 8 al. 1 let. a à g LACI – que si l'assuré a subi une perte de travail à prendre en considération, ceci au sens de l'art. 11 LACI, auquel renvoie art. 8 al. 1 let. b LACI. Selon l'art. 11 al. 1 LACI, il y a lieu de prendre en considération la perte de travail lorsqu'elle se traduit par un manque à gagner et dure au moins deux journées de travail consécutives. À cet égard, l'art. 4 al. 1 OACI précise

qu'est réputé jour entier de travail, au sens de l'art. 11 al. 1 LACI, la cinquième partie de la durée hebdomadaire du travail que l'assuré a normalement accomplie durant son dernier rapport de travail. La perte de travail des assurés partiellement sans emploi (art. 10 al. 2 let. b LACI) est prise en considération lorsqu'elle s'élève au moins à deux jours entiers de travail en l'espace de deux semaines (art. 5 OACI).

**b)** Dans un contrat de travail sur appel, les parties conviennent que le temps de travail dépend du volume du 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 de 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'indemnité de chômage pour le temps où il n'est pas appelé à travailler (cf. Bulletin LACI Indemnité Chômage du Secrétariat d'Etat à l'économie [ci-après : SECO] de janvier 2014 [ci-après : Bulletin LACI IC], chiffre B95).

Par conséquent, selon la jurisprudence (DTA 1998 n° 20 consid. 2a p. 101 ; 1995 n° 9 consid. 2b p. 48), le travailleur sur appel ne subit en principe pas de perte de travail, respectivement pas de perte de gain à prendre en considération lorsqu'il n'est pas appelé, car le nombre de jours 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. En revanche, si la fréquence des appels

varie d'un mois à l'autre et que la durée des interventions subit d'importantes fluctuations, la période de référence sera d'autant plus longue. L'horaire de travail normal ne peut être calculé simplement sur la moyenne (ATF 107 V 61 consid. 1 et les références citées ; TFA C 304/05 du 20 janvier 2006, consid. 2.1).

Selon le chiffre B97 du Bulletin LACI IC, 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 12 mois mais supérieure à 6, le taux plafond des fluctuations admises sera proportionnellement ajusté ; pour une période d'observation de huit mois par exemple, ce plafond est de 13 % ( $20 \% : 12 \times 8$ ). 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 (DTA 2011 p. 149 consid. 2.2.2 p. 151). Mais plus le contrat dure, plus le travailleur sera réputé s'accommoder de sa situation professionnelle, qui revêtira alors un caractère de normalité empêchant toute prise en considération de la perte de travail. Cette présomption s'applique même lorsque l'assuré a été indemnisé par l'assurance-chômage durant une partie du contrat en question (TF 8C\_783/2012 du 25 avril 2013, publié à l'ATF 139 V 259). Le Tribunal fédéral a ainsi précisé dans l'arrêt précité (consid. 5) que lorsque le contrat de travail sur appel avait été conclu au cours d'un délai-cadre d'indemnisation et qu'il avait également été pris en considération à titre de gain intermédiaire pour le droit aux prestations dans le délai-cadre suivant, on ne peut plus parler, dans le cadre du nouvel examen des conditions du droit aux prestations pour l'ouverture éventuelle d'un délai-cadre supplémentaire, d'une activité exercée en vue de diminuer le dommage, compte tenu de la longue durée du rapport de travail.

**c)** Selon les chiffres B97a et B97b du Bulletin LACI IC, 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. 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. 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 les chiffres B95 et ss du Bulletin LACI IC. Selon la doctrine (Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Schulthess 2014, ad. art 11. LACI, n°23 p. 110), il sied de rappeler que lorsque l'assuré a bénéficié d'une indemnisation par l'assurance-chômage durant tout ou partie de son emploi sur appel, c'est que l'autorité compétente a été en mesure de vérifier qu'il était apte au placement et par conséquent désireux de trouver un autre emploi mettant fin au chômage. En définitive, il a été considéré comme ne s'accommodant pas de sa situation professionnelle (DTA 1996/1997 p. 209). Selon Rubin, la présomption posée à l'ATF 139 V 259 ne devrait s'appliquer, dans les cas où l'assuré bénéficiait d'une indemnisation par l'assurance-chômage, qu'après une période d'au moins deux ans d'emploi sur appel (et non une période plus courte).

**4. a)** En l'espèce, il n'est pas contesté, ni contestable, que les activités exercées par la recourante pour E.\_\_\_\_\_ et Y.\_\_\_\_\_ constituent un travail sur appel. Il n'est pas contestable non plus que ce type de travail sur appel durait depuis plus de deux ans, soit respectivement depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2010 pour E.\_\_\_\_\_, et depuis le 1<sup>er</sup> mai 2009 pour Y.\_\_\_\_\_. L'agence a ouvert un délai-cadre d'indemnisation du 1<sup>er</sup> septembre 2010 au 30 août 2012, considérant que

la recourante avait accepté l'emploi sur appel auprès de E.\_\_\_\_\_ en vue de diminuer le dommage. Autre est la question de savoir si un nouveau délai-cadre d'indemnisation pouvait être ouvert dès le 13 décembre 2012.

**b)** Au regard de la jurisprudence précitée, il convient de déterminer le temps de travail normal de la recourante dans le cadre de ses deux emplois sur appel, durant les mois précédant sa nouvelle demande d'indemnités de décembre 2012.

**aa)** Le dossier en possession de la Cour de céans permet de déterminer les salaires versés par E.\_\_\_\_\_ de décembre 2011 à novembre 2012. Le salaire mensuel moyen incluant la totalité de ces mois s'élève à 5'132 fr. 50 ([3'330 fr. (décembre 2011) + 5'020 fr. (janvier 2012) + 6'730 fr. (février 2012) + 3'080 fr. (mars 2012) + 5'170 fr. (avril 2012) + 9'480 fr. (mai 2012) + 4'750 fr. (juin 2012) + 0 fr. (juillet 2012) + 0 fr. (août 2012) + 6'740 fr. (septembre 2012) + 7'630 fr. (octobre 2012) + 9'660 fr. (novembre 2012) ] = 61'590 fr. : 12 ). Par rapport à ce salaire moyen, les variations mensuelles s'étendent de moins 40% (mars 2012) (voire même moins 100% si l'on compare le salaire moyen aux mois juillet et août 2012, sans revenu), à plus 88 % (novembre 2012). Si, comme l'a confirmé le Tribunal fédéral des assurances dans une affaire similaire (TFA C 304/05 du 20 janvier 2006), on procède au même calcul tout en faisant abstraction dans le calcul du salaire moyen des mois de juillet et août 2012, durant lesquels aucune heure de travail n'a été effectuée en raison des vacances des établissements de formation, le salaire mensuel moyen se monte à 6'159 fr. (61'590 fr. : 10). Par rapport à ce salaire moyen, les variations mensuelles vont de moins 50% (mars 2012) (voire même moins 100%, si l'on prend en considération les mois de juillet et août 2012), à plus 57% (novembre 2012). En outre, même une moyenne sur 12 mois travaillés, au lieu de 10 comme effectué ci-dessus, ne permettrait pas de conclure à une constance suffisante aboutissant à une conclusion différente. Ainsi, dans toutes les hypothèses de calcul, les fluctuations d'horaire connues dans le cadre de l'emploi à l'E.\_\_\_\_\_ sont très importantes et largement supérieures au taux de 20% (ou 16,66% pour une période d'observation de 10 mois (selon le Bulletin LACI IC B97,

cf. consid. 3b supra) évoqué précédemment. Il s'ensuit que durant la période d'observation, la recourante n'a pas été appelée suffisamment régulièrement par E.\_\_\_\_\_ pour qu'une perte de travail ou de gain puisse être prise en compte par l'intimée en cas de diminution ou d'absence d'appels.

**bb)** Les pièces en mains de la Cour de céans renseignent sur les salaires réalisés auprès de Y.\_\_\_\_\_ d'avril 2012 à novembre 2012, à savoir : 1'020 fr. 85 (avril 2012), 765 fr. 65 (mai 2012), 1'049 fr. 20 (juin 2012), 0 fr. (juillet 2012), 0 fr. (août 2012), 446 fr. 65 (septembre 2012), 1'116 fr. 60 (octobre 2012) et 893 fr. 25 (novembre 2012). Le salaire mensuel moyen en découlant s'élève à 661 fr. 50 ou 882 fr., selon qu'on inclut, ou non, les mois de juillet et août 2012 dans la moyenne. Les variations mensuelles vont ainsi de moins 32% (septembre 2012) à plus 69% (octobre 2012) compte tenu du salaire moyen de 661 fr., ou de moins 49% (septembre 2012) à plus 27% (octobre 2012) en prenant le salaire moyen de 882 fr. comme référence. A nouveau, ces fluctuations sont bien trop importantes, dans un cas comme dans l'autre, pour conférer à l'horaire de travail effectué par la recourante pour le compte de Y.\_\_\_\_\_ une régularité permettant de conclure à un horaire contractuel convenu, et donc à une perte de travail ou une perte de gain susceptible d'être indemnisée. A noter que, selon le SECO, le plafond de variation toléré s'élève respectivement à 10 % et 13,3% en cas de période d'observation de 6 et 8 mois (cf. Bulletin LACI IC B97, cf. consid. 3b supra). Tout comme pour E.\_\_\_\_\_, une moyenne effectuée sur une période plus longue n'aurait aucune chance de parvenir à un résultat favorable à la recourante, compte tenu des écarts au-delà du simple au double existant entre certains salaires.

**cc)** Enfin, par surabondance, une confrontation des salaires mensuels des deux activités cumulées n'a pas lieu d'être, tant il est vrai que la comparaison préconisée par le SECO et confirmée par la jurisprudence vise à déterminer la régularité du travail fourni à un employeur et à vérifier si l'on peut parler d'un horaire contractuellement convenu, malgré la qualification du contrat de travail « sur appel ». Or,

c'est la nature de chacun des contrats sur appel qui doit être examinée de manière distincte, sans que, par le biais du cumul des deux activités, les irrégularités d'un horaire puissent être compensées que celles, inverses, de l'autre horaire, et aboutir à la conclusion, erronée, de l'existence d'un seul contrat de travail sur appel à horaire régulier. En tout étant de cause, la comparaison des salaires cumulés sur la période de 6 mois à disposition (avril à novembre 2012) aboutirait également à des écarts dépassant les 20% en dessus et en dessous du salaire mensuel moyen.

**c)** Il convient encore de préciser que le fait que les activités sur appel de la recourante soient poursuivies par cette dernière pour diminuer son dommage est sans pertinence quant à l'issue du présent litige. En effet, de par l'écoulement du temps depuis la conclusion de son contrat de travail sur appel en septembre 2010, la situation professionnelle de l'intéressée s'est inscrite dans la normalité, ce qui exclut tout droit à l'indemnité de chômage (cf. Bulletin IC, chiffre B97b). A l'instar du Tribunal fédéral dans la cause C 304/05 précitée, il sied de retenir que les employeurs n'ont pas mis fin au travail sur appel de la recourante, mais que celui-ci est par la force des choses suspendu pendant les vacances scolaires. Le fait que l'intéressée n'ait pas été appelée durant les vacances est inhérent à la nature de son contrat de travail sur appel et s'inscrit donc dans son temps de travail normal.

**d)** Compte tenu de ces éléments, c'est à juste titre que l'intimée a refusé à la recourante le droit à des indemnités de chômage depuis décembre 2012. En outre, en l'absence d'une perte de travail à prendre en considération, il importe peu de savoir si le revenu réalisé par l'intéressée durant le mois de décembre 2012 excède ou non l'indemnité de chômage à laquelle elle aurait eu droit, selon la décision de l'agence du 28 mars 2013. Cette dernière question peut donc rester ouverte.

**5.** Par surabondance, il sied de relever que l'indemnité de vacances est déduite du gain intermédiaire à prendre en considération, pour être prise en compte comme gain intermédiaire au moment où l'assuré prend ses vacances (Bulletin LACI IC C149 et 152 et la référence

citée). En cours de période d'indemnisation, lorsque l'assuré exerce une activité dont la rémunération est prise en compte à titre de gain intermédiaire, l'indemnité de vacances acquise en plus du salaire ordinaire doit être prise en compte à titre de gain intermédiaire pour les mois où il y a effectivement eu vacances. Ce principe met sur pied d'égalité les assurés qui reçoivent une indemnité de vacances versée avec le salaire de base sous forme de pourcentage et ceux qui continuent à percevoir leur salaire durant les vacances (Boris Rubin, op. cit, ad. art. 11 LACI, n°36 p. 113).

Ainsi, même si la recourante avait pu se prévaloir d'une perte de travail à prendre en considération dès décembre 2012, elle n'aurait pu prétendre à l'indemnisation par l'assurance-chômage de l'intégralité de ses périodes de vacances, dès lors qu'elle a perçu, au cours des mois précédents, une indemnité de vacances en sus de son salaire horaire de base (10,64% auprès de Y.\_\_\_\_\_ [cf. décomptes de salaire] et apparemment 16,6% auprès de l'E.\_\_\_\_\_ [cf. « Relevé mensuel de facture » du 8 mars 2013]), constituant une rémunération pour les périodes de vacances futures, ou tout au moins une partie d'entre elles.

**6.** En définitive, le recours, mal fondé, doit être rejeté, ce qui entraîne la confirmation de la décision litigieuse.

La procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), il n'est pas perçu de frais de justice, ni alloué de dépens dès lors que la recourante n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA).

**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 4 novembre 2013 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est confirmée.
  
- III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires ni alloué de dépens.

La présidente :

La greffière :

**Du**

L'arrêt qui précède est notifié à :

- Me Olivier Flattet (pour la recourante), à Lausanne,
- Caisse cantonale de chômage, Division juridique, à Lausanne,
- Secrétariat d'Etat à l'économie, à Berne,

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 :