

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 16 novembre 2015

Composition : M. DÉPRAZ, juge unique
Greffière : Mme Parel

Cause pendante entre :

N._____, à [...], recourante,

et

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, Division juridique, à Lausanne,
intimée.

**Art. 22 et 23 LACI; 321c CO; 61 let. a LPGA; 94 al. 1 let. a LPA-VD;
37 al. 2 OACI**

E n f a i t :

A. Le 18 décembre 2012, N._____, née en ...]1962, (ci-après : l'assurée ou la recourante) a signé un "contrat de mission" avec la société D._____ (ci-après : l'employeur). Dit contrat prévoyait que la mission, temporaire, en qualité de "Logistic Coordinator & Analyst", devait s'effectuer dans l'entreprise P._____ à compter du 7 janvier 2013 pour une durée indéterminée. L'horaire de travail était en principe de 40 heures hebdomadaires, le contrat de mission se référant pour le surplus aux dispositions du contrat-cadre de travail de D._____, édition 2005. Il était encore précisé que, chaque semaine, l'employée temporaire remettrait son rapport de travail dûment signé par elle-même et par l'entreprise utilisatrice. Le salaire horaire soumis à l'AVS (comprenant un salaire horaire de base de 40 fr. 20, l'indemnité pour jours fériés [3.50 %] de 1 fr. 41, le salaire horaire vacances [10.64 %] de 4 fr. 28 et la part au 13^{ème} salaire de 3 fr. 35) s'élevait à 49 fr. 24.

L'art. 19 du contrat-cadre de travail de D._____ précise notamment que l'horaire indiqué dans le contrat de mission est un horaire hebdomadaire moyen et que, par sa signature sur le contrat de mission, l'employé temporaire déclare accepter sans aucune réserve l'horaire qu'il doit effectuer auprès de l'entreprise cliente. L'art. 20 spécifie que les heures de travail exécutées dans l'entreprise utilisatrice en plus de l'horaire normal sont considérées comme des heures supplémentaires pour autant que l'entreprise utilisatrice les accepte comme telles, qu'elles figurent sur le relevé d'heures et que rien d'autre n'ait été convenu. Sous réserve d'un accord différent, les heures de travail supplémentaires sont payées au tarif de base sans supplément. L'art. 21 indique que, dans la règle, le travail supplémentaire est compensé en temps, une heure pour une heure, dans l'espace d'une année. L'art. 39, intitulé "délai de résiliation du contrat de mission de durée indéterminée", prévoit notamment que les rapports de travail peuvent être résiliés par chacune

des parties en respectant le délai d'un mois calendaire pour la même date du mois suivant dès le 7^{ème} mois d'un emploi ininterrompu.

Par courrier du 26 septembre 2014 rédigé en anglais et adressé à D._____, l'assurée a mis fin aux relations de travail la liant à la société P._____ en indiquant qu'elle effectuerait son dernier jour de travail le 24 octobre 2014. Elle a exposé qu'après avoir travaillé pour cette société durant 21 mois, elle avait le sentiment que son poste de travail ne correspondait plus à ses attentes et qu'il était temps pour elle de le quitter. L'assurée a précisé qu'elle s'était toujours efforcée de se montrer professionnelle et avait donné le meilleur d'elle-même et qu'elle espérait par conséquent que sa décision serait comprise. Se déclarant toujours passionnée par son travail, elle se disait prête à rédiger toutes notes de passation de pouvoir ou à effectuer toute autre tâche que D._____ estimerait nécessaires.

L'assurée s'est inscrite à l'Office régional de placement (ci-après : ORP) de [...] le 6 octobre 2014, en requérant l'octroi des indemnités de chômage dès le 25 octobre suivant. La Caisse cantonale de chômage, Agence de [...], l'a mise au bénéfice de son quatrième délai-cadre d'indemnisation pour la période allant du 27 octobre 2014 au 26 octobre 2016.

Dans le formulaire « Attestation de l'employeur » daté du 29 octobre 2014, l'employeur a indiqué que l'horaire normal de travail en vigueur dans l'entreprise était de 40 heures par semaine et que l'horaire normal de travail contractuel de l'assuré était également de 40 heures par semaine.

Par décision du 14 novembre 2014, la caisse a suspendu le droit de l'assurée aux indemnités de chômage par une durée de 31 jours indemnifiables à compter du 27 octobre 2014 en raison du fait qu'elle s'était trouvée sans travail par sa propre faute. Cette sanction a été confirmée par une décision sur opposition du 30 janvier 2015. La Cour de

céans a rejeté le recours dirigé contre cette décision sur opposition par un arrêt du 6 octobre 2015 (ACH 4/15).

Par décision du 23 janvier 2015, la caisse a fixé le montant du gain déterminant mensuel (et non celui de l'indemnité journalière comme indiqué à la suite d'une erreur de plume manifeste en gras dans dite décision) à 7'579 fr. et celui de l'indemnité journalière à 279 fr. 40, comme cela ressort explicitement de la page 2 de dite décision. La caisse a considéré que, dans la période de référence des six derniers mois (« avril à octobre 2014 »), la recourante avait réalisé un revenu de 45'473 fr. 15 soit un salaire mensuel moyen de 7'578 fr. 85 et que, dans la période de référence des douze derniers mois (octobre 2013 à octobre 2014), celle-ci avait réalisé un revenu de 89'190 fr. 40, soit un salaire mensuel moyen de 7'536 fr. 45.

Par courrier du 23 février 2015, l'assurée a formé opposition contre cette décision. Elle exposait que son horaire de travail était flexible, comme le démontrerait la mention « en principe » dans son contrat de mission. Cet horaire souple devait permettre l'exécution d'une importante masse de travail dès lors qu'elle avait été engagée dans un service surchargé. La recourante indiquait avoir travaillé en moyenne 45 heures par semaine d'entente avec son employeur. Elle concluait à l'annulation de la décision et à l'octroi d'une indemnité journalière plus élevée, calculée sur la base des heures de travail effectuées.

Dans sa décision sur opposition du 5 mai 2015, l'instance juridique de la Caisse cantonale de chômage a confirmé la décision de la caisse fixant le montant de l'indemnité journalière à 279 fr. 40. Elle exposait que le gain assuré avait été calculé sur la base de l'horaire convenu contractuellement entre l'assurée et son employeur, à savoir « en principe » 40 heures par semaine.

B. Par courrier du 3 juin 2015, N._____ a formé un recours contre la décision sur opposition ci-dessus mentionnée auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal. A l'appui de celui-ci, elle

expose d'abord qu'elle n'a été payée en supplément que pour les heures dépassant le seuil des 45 heures hebdomadaires et que les heures effectuées jusqu'à ce seuil devaient être considérées comme « normales ». Elle invoque également l'art. 9 de la loi sur le travail qui prévoit que la durée maximale de la semaine de travail est de 45 heures ainsi que la réglementation sur le paiement des heures supplémentaires. Enfin, elle indique avoir travaillé de nombreuses semaines entre 50 et 60 heures mais demander uniquement à avoir une compensation pour les heures considérées comme « normales » allant jusqu'au seuil des 45 heures hebdomadaires.

Dans sa réponse du 3 juillet 2015, la caisse a conclu au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. Elle expose qu'à ses yeux, les heures de travail qui dépassaient la durée de travail convenu de 40 heures étaient déjà des heures supplémentaires, même si elles n'avaient pas fait l'objet d'une rémunération supplémentaire. Cela ne signifiait pas que l'horaire était flexible mais uniquement que l'employeur avait choisi de ne pas les compenser. En outre, les termes « en principe » utilisés dans le texte du contrat de mission ne seraient pas déterminants car toujours utilisés par l'employeur. La caisse s'est aussi référée à la réglementation de la convention collective de travail de la branche du travail temporaire qui prévoit un temps de travail hebdomadaire normal de 42 heures et une compensation sans supplément jusqu'à 45 heures de travail hebdomadaires. Seules les heures excédant les 10 heures quotidiennes ou 45 heures hebdomadaires sont considérées comme des heures supplémentaires justifiant un supplément de salaire. Toutes les heures excédant 42 heures hebdomadaires devaient donc être considérées comme des heures supplémentaires selon la convention collective, et toutes celles excédant 40 heures dans le présent cas de figure.

Le 26 août 2015, la recourante a produit un nouveau contrat, rédigé en langue anglaise, conclu avec son employeur ainsi qu'une nouvelle attestation de celui-ci, datée du 28 juillet 2015 faisant état d'un rapport de travail entre le 7 janvier 2013 et le 26 octobre 2014 et d'un

horaire normal de travail en vigueur dans l'entreprise « d'en principe 40 heures par semaine » et également d'un horaire contractuel de l'assurée « d'en principe 40 heures par semaine ». Elle expose qu'il ressort de ce contrat que l'horaire de travail se réfère à l'art. 12 de la convention collective de travail, qui prévoit une durée hebdomadaire de 42 heures. Elle fait valoir que son précédent contrat se fondait lui aussi sur la CCT et qu'il serait contraire à la loi d'y faire figurer la clause selon laquelle la durée de travail serait en principe de 40 heures hebdomadaires. Seules les heures effectuées au-delà de la 42^{ème} heure devaient donc être considérées comme des heures supplémentaires. Elle exposait en outre avoir contacté son employeur qui lui aurait confirmé que son horaire de travail était flexible de manière à ce qu'elle puisse s'adapter à la charge de travail.

Par écriture du 28 septembre 2015, l'intimée a maintenu ses précédentes déterminations.

E n d r o i t :

1. a) Les dispositions de la LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales; RS 830.1) s'appliquent aux contestations relevant de la LACI (art. 1 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité; RS 837.0]). 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 (art. 100 al. 3 LACI et 119 al. 1 let. a OACI [Ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983; RS 837.02], applicable par renvoi de l'art. 128 al. 1 OACI), dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA).

b) Dans le cas présent, le recours a été formé en temps utile et dans le respect des formalités prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), de sorte qu'il est recevable. La loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; RSV 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 valeur litigieuse est inférieure à 30'000 fr., compte tenu d'une différence d'au maximum 34 fr. 87 ($[279 \times (45-40)/40]$) quant au montant de l'indemnité journalière ainsi que du nombre maximum d'indemnités journalières auxquelles la recourante a droit. La cause relève donc de la compétence du juge instructeur statuant en tant que juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

2. a) En tant qu'autorité de recours contre des 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, et 110 V 48 consid. 4a; RCC 1985 p. 53).

b) Le litige porte sur le montant du gain assuré permettant de calculer l'indemnité journalière de la recourante.

La décision attaquée fixe, en se fondant sur une durée hebdomadaire du travail de 40 heures, le montant du gain assuré sur la base du salaire moyen des six derniers mois à 7'597 fr. et celui de l'indemnité journalière à 279 francs. La recourante soutient qu'il convient de calculer le gain assuré sur la base d'une durée hebdomadaire du travail de 45 heures, subsidiairement de 42 heures.

Est donc litigieuse la prise en considération dans le gain assuré des montants reçus en compensation des heures effectuées au-delà de la 40^{ème} heure de travail hebdomadaire.

3. a) D'après l'art. 22 al. 1 LACI, l'indemnité journalière pleine et entière s'élève à 80% du gain assuré, ou à 70% pour les personnes visées à l'art. 22 al. 2 LACI.

Selon l'art. 23 LACI, est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence, y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement, dans la mesure où elles ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail. Le montant maximum du gain assuré (art. 18 LPGA) correspond à celui de l'assurance-accidents obligatoire. Le gain n'est pas réputé assuré lorsqu'il n'atteint pas un montant minimum. Le Conseil fédéral détermine la période de référence et fixe le montant minimum.

Le calcul du gain assuré ne peut en principe porter que sur le montant du gain sur lequel des cotisations ont été prélevées, eu égard au principe de la primauté de la période de cotisation. Le gain assuré est ainsi calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (art. 37 al. 1 OACI, en relation avec l'art. 23 al. 1, dernière phrase, LACI). Il est déterminé sur la base du salaire moyen des douze derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation si ce salaire est plus élevé que le salaire moyen visé à l'alinéa 1 (art. 37 al. 2 OACI).

b) Le salaire pris en compte comme gain assuré se rapproche de la notion de salaire déterminant au sens de la LAVS ([loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946; RS 831.10], cf. art. 5 al. 2), mais ne se recouvre pas exactement avec celui-ci, ce qui ressort d'ailleurs de la formulation « normalement » contenue dans le texte légal de l'art. 23 al. 1 LACI (Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n. 8 ad art. 23 LACI p. 248; cf. également Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], 2^{ème} éd. 2007, ch. 303

p. 116). Certains montants perçus par le salarié, certes soumis à cotisations, n'entrent pas dans la fixation du gain assuré (DTA 2006 p. 305 consid. 4.1).

Entrent notamment dans le salaire déterminant : le salaire de base (au mois, à l'heure ou à la tâche), les prestations en nature, au maximum jusqu'aux montants plafonds fixés dans l'AVS, le 13^{ème} mois de salaire et les gratifications si l'assuré les a effectivement touchés, les commissions, les primes, les suppléments tels que les allocations de résidence et de renchérissement ainsi que les suppléments pour travail de nuit, travail par équipes, travail du dimanche et service de piquet si ces allocations sont normalement versées à l'assuré en raison de la nature de son poste de travail. N'entrent en revanche notamment pas dans le gain déterminant : les heures supplémentaires dépassant le temps de travail contractuel, les suppléments pour autres inconvénients liés au travail, comme par exemple les primes de chantier ou de travail salissant convenues contractuellement, les primes d'ancienneté et de fidélité, les indemnités de frais, de même que les allocations familiales et de ménage; si l'assuré est payé à l'heure, les allocations de vacances et pour jours fériés incluses dans le salaire horaire ne sont pas prises en compte (Rubin, op. cit., n. 10 et 11 ad art. 23 LACI p. 249-250; Bulletin LACI IC C2)

Comme l'a encore récemment rappelé le Tribunal fédéral (TF 8C_479/2014 du 3 juillet 2015, consid. 5.1), par heures supplémentaires exclues du calcul du gain assuré, il y a lieu de comprendre non seulement les heures supplémentaires ("Überzeit") au sens des art. 12 et 13 de la LTR (loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce; RS 822.11), mais également les heures effectuées en sus de l'horaire habituel ("Überstunde"). Par temps de travail accompli en sus de l'horaire habituel, il faut comprendre l'activité accomplie en plus de la durée de travail en vigueur dans l'entreprise ou habituelle dans la branche, telle qu'elle a été fixée par le contrat individuel de travail ou la convention collective. Tant les rémunérations perçues dans l'accomplissement d'heures supplémentaires que les gains réalisés au cours d'heures effectuées en sus de l'horaire habituel ne constituent pas

un salaire obtenu "normalement" au sens de l'art. 23 al. 1 LACI (ATF 129 V 105 consid. 3 p. 107 s.; 116 II 69 consid. 4a p. 70; DTA 2013 p. 68 [8C_379/2012] consid. 3.2; 2003 p. 189 [C 108/02] consid. 2). L'assurance-chômage n'a en effet pas vocation d'indemniser les pertes d'activités qui dépassent l'horaire normal de travail (TFA C 139/2005 du 26 juin 2006, consid. 4.1).

On relèvera que la terminologie employée en français par le Tribunal fédéral dans l'arrêt le plus récent ne correspond pas à celle habituellement utilisée selon laquelle constituent des *heures* supplémentaires (« Überstunde ») toutes les heures effectuées en sus de l'horaire contractuel au sens de l'art. 321c CO tandis que constitue du *travail* supplémentaire (« Überzeit ») celui qui excède la durée du travail légal au sens des art. 12 et 13 LTr (Rémy Wyler/Boris Heinzer, Droit du travail, 3^{ème} édition intégralement revue et complétée, Berne 2014, p. 92 ss). Cette confusion terminologique est toutefois sans incidence sur la portée juridique de l'arrêt du point de vue du droit de l'assurance-chômage en ce sens que tant la rémunération des heures supplémentaires que celle du travail supplémentaire n'entrent pas en considération dans le calcul du gain assuré, tant en ce qui concerne le salaire lui-même que l'éventuel supplément de rémunération de 25%.

4. a) L'assureur social – et le juge des assurances sociales en cas de recours – doit examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis décider si les documents à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux. Le juge apprécie librement les preuves, sans être lié par des règles formelles, en procédant à une appréciation complète et rigoureuse de celles-ci (art. 61 let. c LPGA).

b) Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde généralement sa décision sur des faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse

possible; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération. En droit des assurances sociales, il n'existe pas de principe selon lequel le juge ou l'administration devrait, en cas de doute, statuer en faveur de l'assuré (ATF 135 V 39 consid. 6.1 et les références).

c) Le principe inquisitoire, applicable en droit des assurances sociales, dispense les parties de l'obligation de prouver, mais ne les libère pas du fardeau de la preuve : ainsi, en l'absence de preuve, la décision sera défavorable à la partie qui voulait déduire un droit de l'état de fait non prouvé, sauf si l'impossibilité de prouver pouvait être imputée à la partie adverse (Rubin, op. cit., n. 57 ad art. 1 LACI p. 50 et les références; TFA C 273/2003 du 7 mars 2005, consid. 3.3).

5. a) Il convient donc de déterminer quel était en l'espèce l'horaire habituel de travail de la recourante.

Selon le contrat cadre de travail de l'employeur (art. 19), l'horaire indiqué dans le contrat de mission est un horaire hebdomadaire moyen. En l'espèce, le contrat de mission signé par la recourante indiquait que cet horaire était de « en principe 40 heures ». Le contrat cadre de travail distingue entre les « heures supplémentaires » (art. 20) et le « travail supplémentaire » (art. 21). Sont considérées comme « heures supplémentaires » au sens de l'art. 20 les heures de travail exécutées dans l'entreprise utilisatrice en plus de l'horaire normal pour autant que l'entreprise utilisatrice les accepte comme telles, qu'elles figurent sur le relevé d'heures et que rien d'autre n'était convenu. Les heures supplémentaires sont payées au tarif de base sans supplément. Quant au « travail supplémentaire » au sens de l'art. 21 du contrat cadre, il est dans la règle compensé en temps et, lorsqu'il est payé, fait l'objet d'un supplément de salaire de 25%. Les employés de bureau, les techniciens et les autres employés, y compris le personnel de vente des grands établissements de commerce de détail n'ont droit au supplément de 25%

qu'à partir de la 61^e heure de travail supplémentaire accomplie dans l'année civile.

Par arrêté du 13 décembre 2011 (FF 2011 8459), valable selon son art. 4, jusqu'au 31 décembre 2014, le Conseil fédéral a étendu le champ d'application de certaines clauses de la convention collective de travail de la branche du travail temporaire. Fait partie de ces clauses l'art. 12 selon lequel « le temps de travail normal de la semaine est de 42 heures. Les 43^e à 45^e heures hebdomadaires sont réputées heures supplémentaires à payer sans supplément ou à compenser à 1 : 1 (al. 1). Les 10^e à 12^e heures de travail quotidien au maximum et les 46^e à 54^e heures de travail hebdomadaires au maximum sont réputées heures supplémentaires et seront payées les jours de semaine avec un supplément de 25%, les dimanches avec un supplément de 50%. Demeurent réservées les dispositions de la loi sur le travail (RS 822.11) et de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail (RS 822.111) (al. 2) ».

Du point de vue de la rémunération des heures supplémentaires, soit celles dépassant la durée contractuelle du travail, tant le contrat cadre de travail que la convention collective constituent ainsi des clauses dérogatoires à la réglementation de l'art. 321c al. 3 CO qui prévoit que l'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé en versant le salaire normal majoré d'un quart au moins. Une dérogation dans le cadre d'un accord écrit, d'un contrat-type ou d'une convention collective de travail est cependant admissible (Rémy Wyler/Boris Heinzer, op. cit., p. 106). Tel est le cas lorsque, comme en l'espèce, il est prévu que les heures supplémentaires qui ne constituent pas du travail supplémentaire au sens de l'art. 12 LTr sont à payer sans supplément. En revanche, le travail supplémentaire – soit celui qui excède la durée légale du travail prévue par l'art. 9 LTr – doit impérativement être rémunéré par un supplément de salaire de 25% (art. 13 LTr). Le travailleur ne peut renoncer volontairement à cette rétribution (Wyler/Heinzer, op. cit., p. 97 et les références citées, not. ATF 126 III 337, consid. 6c). Celle-ci n'est toutefois due qu'à partir de la 61^{ème} heure accomplie dans l'année civile pour

certaines travailleurs dont les employés de bureau. S'agissant de la rémunération du travail supplémentaire, la réglementation de l'art. 12 CCT est plus favorable que le contrat cadre puisqu'elle prévoit le paiement d'un supplément de salaire dès la première heure de travail supplémentaire.

b) En l'espèce, l'intimée a calculé le gain assuré de la recourante en se référant à une durée hebdomadaire du travail de 40 heures (cf. Table de calcul du gain assuré du 14 novembre 2014, pièce 39 du bordereau de l'intimée). Le gain assuré a été calculé sur la base du salaire mensuel moyen pour les six derniers mois de cotisations, celui-ci étant supérieur à celui des douze derniers mois (art. 37 OLACI).

Dans un premier moyen, la recourante soutient que la durée hebdomadaire de travail serait dans son cas de 45 heures puisque seules les heures effectuées en sus de ce quantum ont donné lieu à un supplément de salaire. Comme on l'a relevé plus haut, la jurisprudence en matière d'assurance-chômage n'opère pas de distinction entre les heures supplémentaires et le travail supplémentaire puisque toutes les heures effectuées au-delà de l'horaire contractuel n'entrent pas en considération dans le calcul du gain assuré. Peu importe donc qu'en l'espèce, en dérogation à l'art. 321c CO, tant le contrat cadre que la convention collective de travail prévoient que les heures supplémentaires qui n'excèdent pas la durée légale du travail sont à rémunérer sans supplément. Comme le relève à juste titre l'intimée, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit bien d'heures supplémentaires au sens où elles excèdent la durée contractuelle du travail. C'est donc à juste titre que la caisse n'a pas considéré que la durée contractuelle du travail hebdomadaire était de 45 heures du seul fait que seules les heures effectuées au-delà de cette durée avaient fait l'objet d'un supplément de salaire.

Dans sa seconde écriture, la recourante soutient que la durée contractuelle du travail hebdomadaire ne pourrait dans son cas pas être inférieure à 42 heures au moins, soit la durée prévue par l'art. 12 al. 1 de la convention collective de travail de la branche du travail temporaire.

Toutefois, en l'espèce, le contrat de mission de la recourante prévoyait que la durée hebdomadaire du travail était d'en principe 40 heures. Or, selon l'art. 357 al. 2 CO, les dérogations à des clauses impératives d'une convention collective de travail stipulées en faveur des travailleurs sont valables.

Il convient dès lors de déterminer quelle était en l'espèce la durée contractuelle de travail de la recourante compte tenu de l'ensemble des circonstances. La recourante soutient que l'utilisation dans le contrat de mission de l'expression « en principe » démontre qu'elle était au bénéfice d'un horaire flexible, ce qui est confirmé par le fait qu'elle a travaillé d'entente avec son employeur en moyenne 45 heures hebdomadaires en raison de la charge de travail qui lui était imposée. Dans la décision attaquée, l'intimée, se référant notamment au contenu d'une conversation téléphonique avec l'employeur, fait valoir que la locution « en principe » serait utilisée de manière systématique par l'employeur si bien qu'on ne saurait y voir un indice en faveur d'une flexibilité.

En l'espèce, il est constant que les parties ont convenu dans le contrat de mission d'une durée hebdomadaire d'en principe 40 heures. Toutefois, il résulte du décompte produit par la recourante en annexe à son opposition, dont il n'y a pas lieu de mettre en doute l'exactitude, que celle-ci a travaillé du 7 janvier 2013 au 4 octobre 2014 au total 3'522.57 heures pour un total de 390 jours soit en moyenne 9.03 heures ou un peu plus de 45 heures hebdomadaires. Si l'on prend plus spécifiquement en considération la période de référence pour le calcul du gain assuré - soit les six derniers mois de cotisation - le total atteint même 47.14 heures hebdomadaires (soit 1'103.2 heures sur 117 jours correspondant à 9.42 heures journalières).

Il n'y a donc pas eu de flexibilité de l'horaire de travail mais bien accomplissement durable d'un horaire de travail plus étendu que celui convenu en principe dans le contrat de mission. Dans une telle situation, il y a lieu d'admettre que les parties ont convenu par actes

concluants d'une augmentation de la durée contractuelle de travail. En effet, il apparaît que les heures effectuées en plus de l'horaire contractuel ne se justifiaient plus en raison de circonstances particulières mais avaient un caractère durable. Cette conclusion est renforcée par le fait que l'art. 20 du contrat cadre de l'employeur prévoit que la durée figurant dans le contrat est un horaire hebdomadaire « moyen », qui n'a en l'espèce pas été respecté, et ce pendant plusieurs mois consécutivement. En outre, il n'existe aucun indice au dossier permettant d'affirmer que l'employeur, qui était au courant du nombre d'heures effectuées par la recourante par l'envoi des rapports de travail, ait pris des mesures, en demandant à la recourante de réduire à l'avenir son horaire de travail. Dans ce type de situation, il y a lieu de considérer que les heures accomplies en sus de la durée antérieurement convenue ne constituent pas des heures supplémentaires mais bien des heures contractuelles (cf. Gabriel Aubert, in Commentaire romand, CO I, 2^{ème} éd. 2015, n. 11 ad art. 321c CO; Jean-Philippe Dunand in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, n. 13 ad art. 321c CO). Compte tenu de la réglementation contenue à l'art. 12 de la convention collective de travail, les heures exécutées en sus de la durée hebdomadaire maximale de 42 heures doivent toutefois être considérées comme des heures supplémentaires (Aubert, op. cit., n. 12 ad art. 321c CO).

c) En conclusion, il y a lieu de considérer que, pendant la période de référence du calcul du gain assuré, la durée contractuelle du travail était de 42 heures. Les heures exécutées en sus de la durée de 40 heures initialement prévue dans le contrat de mission doivent donc être intégrées dans le calcul du gain assuré et, partant, de l'indemnité journalière dans cette mesure. Pour le surplus, le calcul du gain assuré, dont les autres aspects ne sont pas contestés par la recourante, n'échappe pas à la critique, si bien que la décision attaquée doit être confirmée pour le surplus.

6. a) Au vu de ce qui précède, le recours doit être admis et la décision litigieuse annulée, la cause étant renvoyée à l'intimée pour

qu'elle calcule à nouveau le montant du gain assuré et, partant, celui de l'indemnité journalière à laquelle la recourante a droit, en tenant compte de ce qui précède.

b) Il reste à statuer sur les frais et dépens (art. 91 LPA-VD, applicable par renvoi de l'art. 99 LPA-VD). En l'occurrence, il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer de dépens, la recourante n'étant pas assistée et les conditions pour une indemnité particulière n'étant en l'espèce pas remplies (cf. art. 61 let. g LPGA a contrario; art. 55 LPA-VD).

**Par ces motifs,
le juge unique
prononce :**

I. Le recours est admis.

II. La décision sur opposition rendue le 5 mai 2015 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est annulée, la cause lui étant renvoyée pour fixer le montant de l'indemnité journalière dans le sens des considérants.

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

Le juge unique :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- N._____, recourante, à [...],
- 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 :