

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 19 janvier 2018

Composition : Mme RÖTHENBACHER, présidente

Mmes Feusi et Férolles, assesseuses

Greffière : Mme Kreiner

Cause pendante entre :

S._____, à [...], recourant,

et

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

Art. 8 al. 1 let. b et 11 al. 1 LACI

E n f a i t :

A. S._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], travaille auprès de H._____ SA (anciennement V._____ SA), à [...], depuis le 7 mars 2005 en qualité de « veilleur auxiliaire » appelé à effectuer des missions journalières. En vertu d'un courrier du 3 mars 2005, contresigné pour acceptation par l'intéressé le 11 mars 2005, l'horaire de travail de ce dernier est à définir entre l'employé et l'employeur selon les disponibilités. La rémunération horaire brute prévue s'élève à 31 fr. 35 (salaire horaire de base, vacances, jours fériés et treizième salaire inclus).

L'assuré s'est inscrit le 3 mai 2016 auprès de l'Office régional de placement de [...] (ci-après : l'ORP) en tant que demandeur d'emploi à 100 %. Il a sollicité l'octroi d'indemnités de chômage à compter de cette date auprès de la Caisse cantonale de chômage, Agence de [...] (ci-après : l'agence).

Par décision du 6 juin 2016, l'agence n'a pas donné suite à la demande d'indemnisation de l'intéressé, au motif qu'il n'avait pas subi de perte de travail à prendre en considération. En substance, elle a retenu que l'emploi de l'assuré ne lui garantissait ni un certain volume d'occupation, ni un certain revenu. Elle a également relevé que son taux d'occupation avait subi des variations importantes, dépassant les 20 % en plus ou en moins, au cours des douze mois précédents. Le caractère irrégulier de l'horaire de travail était dès lors considéré comme normal et l'intéressé ne subissait pas de perte de travail à prendre en considération lorsqu'il n'était pas appelé.

Le 5 juillet 2016, l'assuré a formé opposition contre cette décision. Considérant qu'elle n'était pas justifiée, il a en particulier allégué que ses activités de veilleur de nuit et de réceptionniste de jour, principalement les week-ends, lui avaient toujours garanti un volume de travail annuel plus ou moins régulier. L'horaire était décidé d'un commun accord avec ses collègues et sa cheffe de réception, les variations d'un

mois à l'autre étant principalement dues aux congés des uns et des autres. L'intéressé a également fait valoir que son inscription à la caisse de chômage était motivée par des changements de personnel. A cet égard, il a soutenu qu'un collègue avait quitté son poste en raison d'une maladie dix-huit mois plus tôt, ce qui avait occasionné une augmentation de travail d'environ 270 % pour les veilleurs restants et avait conduit l'employeur, à son initiative, à engager un remplaçant. Il était prévu avec sa cheffe que l'assuré reprenne le poste du veilleur ayant quitté la clinique. Or, il s'est avéré que ce poste avait été attribué à un autre candidat par le supérieur de ladite cheffe. Dans le même temps, son travail de jour les week-ends avait été supprimé et transféré aux réceptionnistes. Le veilleur appelé en renfort n'ayant pas été licencié, l'intéressé se retrouvait « *avec un volume annuel prévisible d'environ 30 %* ».

Par décision sur opposition du 19 janvier 2017, la Caisse cantonale de chômage, Division juridique (ci-après : la caisse ou l'intimée) a rejeté l'opposition de l'assuré et confirmé la décision rendue le 6 juin 2016 par l'agence. En résumé, elle a retenu que l'intéressé était partie à un contrat de travail sur appel (à temps partiel). Dans le cadre de l'examen de la perte de travail à prendre en considération, la caisse a relevé que les heures de travail effectuées par l'assuré en 2015 (1'971) dépassaient de plus de 20 % la moyenne des heures de travail fournies annuellement sur une période de référence de cinq ans courant du 1^{er} janvier 2011 au 31 décembre 2015 (1'476.99). Elle a estimé qu'il n'en allait pas différemment en prenant comme période de référence la période comprise entre le 1^{er} mai 2011 et le 30 avril 2016. La caisse en a conclu qu'elle ne pouvait pas retenir que l'assuré avait été appelé de manière constante pendant une période prolongée et qu'il était impossible de déterminer son horaire de travail normal. Il fallait par conséquent considérer que l'intéressé ne subissait pas de perte de travail lorsqu'il n'était pas appelé à travailler et n'avait pas droit à l'indemnité de chômage à compter du 3 mai 2016.

B. Par acte du 17 février 2017, S._____ a interjeté recours à l'encontre de la décision sur opposition précitée, en concluant implicitement à son annulation. En substance, il a considéré que cette décision était injuste, d'autant plus qu'il avait dû assumer une grande partie de l'horaire de son collègue malade entre février et juin 2015, en plus de son propre horaire. L'augmentation des heures de travail pendant cette période était donc due à un événement extraordinaire qui n'aurait pas dû être pris en considération, dans la mesure en particulier où, depuis onze ans, son volume de travail était stable, voire en légère évolution positive. Avant de demander un nouvel examen de son dossier, l'intéressé a ajouté que la somme des heures de travail effectuées depuis son inscription au chômage en mai 2016, à savoir 528 heures en dix mois, montrait clairement une perte de revenu d'environ 50 %. Il a par ailleurs produit son opposition du 5 juillet 2016 contre la décision de l'agence du 6 juin 2016.

Par réponse du 29 mars 2017, l'intimée a proposé le rejet du recours et a maintenu sa position en renvoyant à la décision sur opposition litigieuse.

Il résulte d'une « *attestation d'heures* » datée du 12 septembre 2017, imprimée sur le papier à en-tête de la Clinique V._____, que l'assuré a travaillé mensuellement le nombre d'heures suivant entre le 1^{er} janvier 2011 et le 31 décembre 2016 :

	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Janvier	102.00	72.00	144.00	48.00	158.00	132.00
Février	64.00	72.00	53.00	72.00	120.00	132.00
Mars	81.00	84.00	144.00	104.00	156.50	132.00
Avril	102.00	144.00	144.00	132.00	240.00	96.00
Mai	72.00	97.00	96.00	132.00	228.00	0.00
Juin	120.00	132.00	96.00	216.00	144.00	60.00
Juillet	220.00	108.00	192.00	144.00	156.00	108.50
Août	132.00	144.00	168.00	108.00	144.00	84.00
Septembre	108.00	180.00	96.00	144.00	144.00	60.00
Octobre	129.50	96.00	141.50	96.00	73.50	60.50
Novembre	48.75	72.00	72.00	132.00	216.00	48.00
Décembre	60.00	104.50	84.00	108.00	192.00	84.50

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 al. 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 art. 119 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02], 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).

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

b) La LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; 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 Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer (art. 93 let. a LPA-VD). La cause portant en l'espèce sur la question de l'ouverture d'un délai-cadre d'indemnisation de deux ans, et plus particulièrement sur celle du droit à l'indemnité de chômage pendant cette période, 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 134 V 418 consid. 5.2.1, 131 V 164, 125 V 413 consid. 2c et 110 V 48 consid. 4a ; RCC 1985 p. 53).

b) En l'espèce, le litige porte sur le droit de l'assuré à l'ouverture d'un délai-cadre d'indemnisation et à l'indemnité de chômage dès le 3 mai 2016. Il s'agit plus particulièrement de déterminer s'il 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 au sens

de l'art. 11 LACI (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.

b) Le contrat de travail sur appel, qui prend généralement la forme d'un contrat de durée indéterminée, se caractérise par le fait que le temps de travail est irrégulier. L'horaire, voire le nombre d'heures de travail, est adapté ou modifié régulièrement en fonction des besoins de l'employeur. Il en résulte que le travailleur doit se tenir à disposition de son employeur et répondre à ses « appels ». Le nombre d'heures de travail rémunérées varie donc selon les exigences ou besoins de l'employeur (Jean-Philippe Dunand in : Commentaire du contrat de travail, Dunand/Mahon [éd.], Berne 2013, n. 61 ad art. 319 CO ; Bulletin LACI IC [indemnité chômage], édition de janvier 2017 du Secrétariat d'Etat à l'économie [ci-après : bulletin LACI IC], B95).

Selon la jurisprudence, 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 (ATF 107 V 59 consid. 1 ; DTA 1998 n. 20 p. 98 consid. 2a, 1995 n. 9 p. 48 consid. 2a, 1991 n. 7 p. 82 consid. 2c ; TF 8C_318/2014 du 21 mai 2015 consid. 2.2, 8C_379/2010 du 28 février 2011 consid. 1.2 et C 8/06 du 1^{er} février 2007 consid. 4.1 ; TFA C 304/05 du 20 janvier 2006 consid. 2.1 et C 9/06 du 12 mai 2006 consid. 1.2). 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 ; TF 8C_379/2010 précité consid. 1.2 et les références citées et C 9/06 précité consid. 1.3 ; DTA 1998 n. 20 p. 98 consid. 2a). 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 59 consid. 1 ; TF C 8/06 précité consid. 4.1 ; TFA C 304/05 précité consid. 2.1).

c) 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 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. Ces règles ont été jugées compatibles avec les dispositions légales et réglementaires, ainsi que la jurisprudence, pour des relations de travail relativement courtes (DTA 2011 p. 149 consid. 2.2.2 ; TF 8C_318/2014 du 21 mai 2015 consid. 2.3 et 8C_625/2013 du 23 janvier 2014 consid. 2.2 ; TFA C 9/06 du 12 mai 2006 consid. 3.3). En revanche, dans le cas de rapports de travail s'étendant sur plusieurs années, il convient, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, de prolonger la période de référence au-delà de douze mois et de prendre en compte le nombre d'heures de travail annuel et les fluctuations par rapport à la moyenne annuelle (DTA 2011 p. 149 consid. 2.2.2 ; TF 8C_625/2013 du 23 janvier 2014 consid. 2.2 et 8C_417/2013 du 30 décembre 2013 consid. 5.2.2 ; TFA C 9/06 du 12 mai 2006 consid. 3). S'agissant de rapports de travail ayant duré plus de douze ans, la prise en considération d'une période de référence de cinq ans n'est pas critiquable (TFA C 9/06 du 12 mai 2006 consid. 3.4). Cette jurisprudence a été reprise au chiffre B97 du bulletin LACI IC. Il s'agit donc, en cas de rapports de travail s'étendant sur plusieurs années, de se fonder sur le nombre d'heures de travail accomplies par année (rétroactivement à partir de la date d'inscription au chômage) et d'examiner dans quelle mesure celui-ci s'écarte de la moyenne annuelle, soit du nombre moyen des heures accomplies annuellement. La caisse se fonde, au maximum, sur les cinq années précédant la baisse de travail.

4. a) En l'espèce, il n'est pas contesté, ni contestable, que les activités exercées par le recourant auprès de H._____ SA constituent un travail sur appel et que dites activités durent depuis mars 2005. Il convient dès lors d'examiner si l'intéressé a subi une perte de travail et une perte de gain à prendre en considération, autrement dit de déterminer, conformément à la jurisprudence précitée, s'il y a lieu de lui reconnaître un temps de travail normal dans le cadre de son emploi.

b) Relevant que les rapports de travail du recourant duraient depuis plus de onze ans lorsqu'il s'est inscrit au chômage en mai 2016, l'intimée a pris en considération le nombre d'heures de travail annuel et les fluctuations par rapport à la moyenne annuelle sur une période de référence de cinq ans. En se basant sur une période de référence courant du 1^{er} janvier 2011 au 31 décembre 2015, elle a observé que les fluctuations annuelles du temps de travail dépassaient 20 % de la moyenne annuelle (1'476.99 heures) au cours de la période comprise entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2015 (1'971.60 heures). Elle a considéré qu'il n'en allait pas autrement avec une période de référence allant du 1^{er} mai 2011 au 30 avril 2016, sans toutefois détailler ses calculs. Selon l'intimée, un tel taux de fluctuation ne permettait pas de déterminer l'horaire de travail normal du recourant.

Si la prise en compte du nombre d'heures de travail effectuées annuellement par l'intéressé et l'examen de la fluctuation de celles-ci par rapport à la moyenne annuelle des heures travaillées pendant une période de référence de cinq ans n'est pas critiquable au vu de la durée des rapports de travail de ce dernier, on relèvera toutefois que la seule période de référence véritablement pertinente dans le cas d'espèce est celle qui précède immédiatement l'inscription du recourant au chômage en mai 2016, à savoir celle comprise entre le 1^{er} mai 2011 et le 30 avril 2016. Or, il s'avère que pendant cette période, le nombre d'heures de travail annuel moyen s'élève à 1'505.25 ([1'262.25 (mai 2011 à avril 2012) + 1'418.50 (mai 2012 à avril 2013) + 1'301.50 (mai 2013 à avril 2014) + 1'754.50 (mai 2014 à avril 2015) + 1'789.50 (mai 2015 à

avril 2016)] : 5). Par rapport à ce nombre d'heures de travail annuel moyen, les variations annuelles s'étendent de moins 16.14 % (mai 2011 à avril 2012 avec 1'262.25 heures) à plus 18.88 % (mai 2015 à avril 2016 avec 1'789.50 heures). Elles ne dépassent jamais la limite de 20 % en plus ou en moins posée par la jurisprudence précitée. Il s'ensuit que, contrairement à ce qu'a retenu l'intimée, l'assuré a été appelé suffisamment régulièrement par H._____ SA pendant la période de référence pour qu'une perte de travail ou de gain puisse être reconnue.

c) Compte tenu de ce qui précède, l'intimée n'était pas fondée à considérer que l'intéressé n'avait pas subi de perte de travail au sens de la LACI. Il y a dès lors lieu d'admettre le recours, d'annuler la décision sur opposition litigieuse et de renvoyer la cause à l'intimée, à charge pour elle de rendre une nouvelle décision sur la demande d'indemnité de l'intéressé, après examen des autres conditions du droit à l'indemnité de chômage.

5. a) En définitive, le recours doit être admis, ce qui entraîne l'annulation de la décision sur opposition attaquée et le renvoi du dossier de la cause à l'intimée pour complément d'instruction dans le sens des considérants, puis nouvelle décision.

b) La procédure étant gratuite, il n'y a pas lieu de percevoir de frais de justice (art. 61 let. a LPGA). Par ailleurs, ayant obtenu gain de cause sans l'assistance d'un mandataire professionnel, le recourant n'a pas droit à des dépens (art. 55 LPA-VD ; art. 61 let. g a contrario LPGA).

**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 19 janvier 2017 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est annulée, la cause étant renvoyée à cette dernière pour complément d'instruction dans le sens des considérants et nouvelle décision.

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

La présidente :

La greffière :

Du

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

- S. _____,
- 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).

La greffière :