

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 16 février 2018

Composition : Mme DI FERRO DEMIERRE, présidente
Mme Röthenbacher et M. Piguet, juges
Greffière : Mme Chaboudez

Cause pendante entre :

H._____, à [...], recourant,

et

G._____, à [...], intimée.

Art. 11 LACI

E n f a i t :

A. Né en 1984, H. _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant) s'est inscrit auprès de l'Office régional de placement de [...] le 3 mars 2017. Dans la demande d'indemnités de chômage qu'il a adressée à la G. _____ (ci-après : la Caisse ou l'intimée), il a indiqué avoir effectué son dernier jour de travail auprès de la société X. _____ SA le 20 janvier 2017, mais que son contrat n'avait pas encore été résilié. Selon ce contrat, signé le 15 août 2016, l'assuré était engagé comme secrétaire de rédaction pour un salaire de 280 fr. par jour incluant le droit aux vacances de 8,33 % ; aucune durée de travail minimale n'était prévue.

Il ressort du formulaire « attestation de l'employeur » rempli par X. _____ SA le 20 avril 2017, que l'assuré travaillait à plein temps comme secrétaire de rédaction depuis le 15 août 2016. Il avait effectué son dernier jour de travail le 20 janvier 2017 et son contrat était maintenu comme contrat de collaborateur libre pour effectuer des remplacements.

Dans le cadre de cet emploi, l'assuré a touché les salaires bruts suivants :

- août 2016 : 4'890 fr. pour 13 jours de travail (3'640 fr.) ainsi que des honoraires pour des textes ;
- septembre 2016 : 6'160 fr. pour 22 jours de travail ;
- octobre 2016 : 5'880 fr. pour 21 jours de travail ;
- novembre 2016 : 6'160 fr. pour 22 jours de travail ;
- décembre 2016 : 4'480 fr. pour 16 jours de travail ;
- janvier 2017 : 3'920 fr. pour 14 jours de travail (versés en février 2017).

L'assuré a signé le 1^{er} mars 2017 avec X. _____ SA un avenant au contrat pour un collaborateur libre comme secrétaire de rédaction, remplaçant le précédent contrat et prévoyant que « les prestations conclues sur commande et selon le tarif en vigueur se suivent

selon un accord réciproque, chaque partie restant libre d'accepter ou refuser la mission ».

L'assuré a également fait parvenir à la Caisse un formulaire « attestation de l'employeur » rempli par Q._____ SA concernant un emploi à temps partiel d'environ 28 heures par semaine en qualité de rédacteur du 1^{er} juin 2014 au 30 novembre 2015 et un document similaire complété par le M._____ (ci-après : M._____) pour lequel il avait effectué des remplacements sur appel comme enseignant du 5 janvier 2015 au 22 juin 2016. L'assuré a par ailleurs travaillé comme assistant de rédaction pour le C._____ (ci-après : C._____), dans le cadre d'un contrat d'auxiliaire selon les besoins du service et ses disponibilités, en mars, avril et juillet 2016.

Par décision du 12 mai 2017, la Caisse a décidé de ne pas donner suite à la demande d'indemnisation présentée par l'assuré le 3 mars 2017 au motif qu'il était toujours sous contrat de travail en qualité de secrétaire de rédaction auprès de X._____ SA, de sorte qu'il n'était pas totalement ou partiellement sans emploi.

L'assuré a formé opposition contre cette décision le 16 mai 2017. Il a expliqué qu'il avait occupé un poste de secrétaire de rédaction à 100 % pour le magazine [...] entre le 15 août 2016 et le 20 janvier 2017, qu'il avait pris trois semaines de congé non payé dès le 20 janvier 2017 et qu'à son retour, le magazine [...] n'existait plus de sorte qu'il s'était retrouvé sans travail. Après discussion avec son employeur, il avait été décidé de modifier son contrat de travail afin qu'il puisse continuer à travailler, pour le journal [...], sur appel. Il a précisé n'avoir reçu aucune mission entre le 1^{er} mars et le 15 mai 2017 et estimait ainsi avoir été au moins partiellement sans emploi au cours de cette période, faisant également valoir que sa situation financière était extrêmement difficile. Il a expliqué qu'il était libre de chercher et d'occuper tout autre emploi à temps partiel ou à plein temps, en parallèle à son activité hypothétique de secrétaire de rédaction, et a produit un courrier de son employeur du 18 mai 2017, qui confirmait qu'il était sous contrat en tant que collaborateur

libre et n'avait reçu aucune rémunération pour les mois de janvier, mars et avril 2017, comme cela ressortait du décompte de salaire annexé. Il avait en revanche perçu un salaire brut de 840 fr. pour le mois de mai 2017.

Par décision sur opposition du 16 juin 2017, la G._____ a rejeté l'opposition formée par l'assuré et confirmé la décision litigieuse. La Caisse a relevé qu'en cas de contrat de travail sur appel, l'horaire variable était normal et un assuré ne subissait pas de perte de travail lorsqu'il n'était pas appelé, sous réserve des cas où l'assuré avait eu un volume de travail relativement constant pendant un certain temps avant que les appels diminuent. Cette exception était admise lorsque les fluctuations mensuelles du nombre moyen des heures de travail mensuelles ne dépassaient pas 20 % en plus ou en moins pendant une période d'observation de douze mois, ou alors 10 % pour une période d'observation de six mois. La Caisse a constaté que l'assuré n'avait pas travaillé durant douze mois consécutifs, puisqu'il n'avait perçu aucun revenu en février 2016 et février 2017. Elle a donc pris comme période de référence celle des derniers six mois de travail, à l'exclusion du mois de février 2017, afin de ne pas pénaliser l'assuré qui avait pris un congé non payé durant ce mois-là. La Caisse a relevé que le salaire de l'assuré, et par conséquent la quantité de travail fournie, avait dépassé à plusieurs reprises l'écart de 10 % admis par rapport à la moyenne semestrielle de 5'315 fr., de sorte que cette activité ne pouvait être considérée comme assez régulière au sens de la jurisprudence.

B. Par acte posté le 15 août 2017, H._____ a recouru contre cette décision sur opposition auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant implicitement à son annulation et à la reconnaissance de son droit à des indemnités de chômage. Il a fait valoir que son contrat de travail n'avait débuté que mi-août 2016 et qu'il avait pris trois semaines de congé non payé en janvier 2017, ce qui modifiait fortement son salaire pour ces mois-là. Il avait néanmoins travaillé à plein temps de mi-août au 20 janvier 2017 à l'exclusion des quelques jours fériés de fin d'année qui lui avaient été imposés. Il a relevé qu'il n'aurait dû travailler que deux semaines par mois pour avoir droit à des

indemnités de chômage, ce qui défiait le bon sens, et que la fermeture du magazine [...] ainsi que la disparition de son poste de travail constituaient à l'évidence un manque à gagner. Il a fait valoir que même dans l'hypothèse où il aurait continué à travailler pour ce magazine, le seul fait de prendre des vacances - lesquelles étaient non rémunérées - aurait occasionné des fortes variations par rapport à sa rémunération moyenne. Il ignorait les conséquences d'avoir souhaité continuer à travailler chez X._____ SA plutôt que de demander la résiliation de son contrat, précisant qu'il avait l'espoir d'être rappelé pour travailler, ayant d'ailleurs retrouvé un poste à temps partiel depuis mi-mai. Il s'est prévalu du fait qu'il n'avait jamais sollicité d'indemnités de chômage, s'efforçant de trouver divers mandats, et qu'il se sentait dès lors pénalisé par rapport à ceux qui faisaient appel au chômage dès la fin de leurs études.

Dans sa réponse du 7 novembre 2017, la Caisse a reconnu que la réglementation sur le chômage permettait en principe à une personne en fin de formation d'obtenir des indemnités alors qu'il en allait différemment d'un assuré qui avait accepté des emplois de nature instable. Elle a maintenu que les emplois exercés par le recourant étaient sur appel ou caractérisés par une durée de travail irrégulière et que les fluctuations mensuelles de son temps de travail avaient été trop importantes pour conclure qu'il avait subi une perte de travail à prendre en considération.

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, *a contrario*, LPA-VD).

2. En l'espèce, le litige porte sur le droit du recourant à l'ouverture d'un délai-cadre d'indemnisation et à l'indemnité de chômage dès le 3 mars 2017. Il s'agit plus particulièrement de déterminer s'il a subi une perte de travail à prendre en considération, susceptible d'être indemnisée.

3. 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. N'est en revanche pas prise

en considération la perte de travail pour laquelle le chômeur a droit au salaire ou à une indemnité pour cause de résiliation anticipée des rapports de travail (art. 11 al. 3 LACI).

4. a) En l'occurrence, le recourant a sollicité des indemnités de chômage à partir du 3 mars 2017 au motif qu'il s'était retrouvé sans emploi suite à la fermeture du magazine [...] pour lequel il travaillait dans le cadre du contrat de travail qu'il avait conclu avec X. _____ SA le 15 août 2016. La Caisse a toutefois estimé que le recourant ne subissait pas de perte de travail, au regard de l'assurance-chômage, du fait qu'il avait exercé son activité dans le cadre d'un contrat de travail sur appel et n'avait pas eu un volume de travail relativement constant pendant une période d'au moins six mois.

La jurisprudence prévoit en effet que 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 (ATF 107 V 59 consid. 1 ; TF 8C_318/2014 du 21 mai 2015 consid. 2.2 et 8C_379/2010 du 28 février 2011 consid. 1.2 in DTA 2011 p. 149).

b) Se pose tout d'abord la question de savoir si, comme le soutient la Caisse, le contrat de travail signé le 15 août 2016 entre le recourant et X. _____ SA est effectivement un contrat de travail sur appel.

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° 54 ss ad art. 319 CO ; Bulletin LACI IC [indemnité chômage], édition de janvier 2018 du Secrétariat d'Etat à l'économie [ci-après : SECO], B95).

Force est de constater en l'espèce que le contrat signé est très succinct et ne comporte comme indications que le début du contrat de travail, à savoir le 15 août 2016, le lieu de travail ([...]), la fonction (secrétaire de rédaction), le salaire, fixé à 280 fr. brut par jour et incluant le droit aux vacances de 8,33 %, ainsi que la couverture d'assurance-accidents. Il rappelle ensuite au collaborateur ses obligations relativement au maintien du secret, son devoir de diligence et de fidélité, et se réfère au code de conduite du groupe X. _____ ainsi qu'aux règles d'utilisation de l'informatique.

Dans les faits, comme il l'invoque dans son recours, l'assuré a travaillé à plein temps du 15 août 2016 au 20 janvier 2017, mise à part la période entre Noël et Nouvel an, et a ensuite pris trois semaines vacances. A son retour, le magazine [...] n'existait plus. Après discussion avec son employeur, il a été convenu qu'ils poursuivent leur collaboration, le recourant étant désormais employé comme « collaborateur libre ». Ils ont établi à cet égard un « avenant au contrat pour un collaborateur libre / CO », débutant le 1^{er} mars 2017 et précisant expressément que les prestations étaient conclues sur commande et selon le tarif en vigueur, qu'elles se suivaient selon un accord réciproque, chaque partie restant libre d'accepter ou refuser la mission. La fonction (secrétaire de rédaction) et le salaire (280 fr. brut par jour, comprenant l'indemnité de vacances à hauteur de 8,33 %) restaient inchangés. La rubrique concernant l'assurance-accidents précisait que l'employé était assuré contre les accidents professionnels et – lors d'un temps de travail de 8 heures minimum par semaine – aussi contre les accidents non professionnels. Cet avenant comportait en outre des indications sur le décompte de

prestations, la caisse de pension, les frais, le temps d'essai ainsi que le délai de préavis avant d'aborder des questions liées à la diligence journalistique et aux droits d'auteur.

Cet avenant prévoit ainsi clairement du travail sur appel, contrairement au contrat initial signé le 15 août 2016 qui ne précise rien à ce sujet. Dans la mesure où le recourant a travaillé à plein temps jusqu'à la fin du magazine [...], il y a lieu de retenir qu'il a exercé cette activité dans le cadre d'un contrat de travail de durée indéterminée « ordinaire », prévoyant un salaire journalier, et que « l'avenant » signé début mars 2017 constitue en réalité un nouveau contrat de travail aux conditions fondamentalement différentes du premier.

c) Dans sa demande d'indemnités de chômage, le recourant a indiqué que son contrat du 15 août 2016 n'avait pas été résilié, ce qu'a confirmé X. _____ SA dans l'attestation de l'employeur remplie le 20 avril 2017. Il ressort cependant des pièces du dossier que le recourant et son employeur ont convenu courant février 2017, au retour de vacances du recourant, que leur collaboration se poursuivrait dans le cadre d'un contrat de travail sur appel (cf. opposition du 16 mai 2017). Ce faisant, ils ont procédé à un congé-modification, à savoir une résiliation du contrat de travail initial, en vue de le remplacer par un nouveau contrat aux conditions modifiées (ATF 123 III 246 consid. 3 ; Aline Bonard, in : Commentaire du contrat de travail, op. cit., n° 17 ss ad art. 335 CO). Or il n'est pas admissible de faire entrer en vigueur les modifications contractuelles avant l'échéance du délai de résiliation, auquel cas le congé serait abusif (ATF 123 III 246 consid. 4a). Concrètement, cela signifie que les nouvelles conditions de travail convenues entre le recourant et son employeur courant février 2017 ne pouvaient prendre effet qu'après l'écoulement du délai de congé, qui était d'un mois (cf. attestation de l'employeur et également art. 335c CO, le recourant se trouvant dans sa première année de service). Les modifications du contrat ayant été discutées en février 2017, le contrat de travail conclu le 15 août 2016 ne pouvait par conséquent être résilié que pour le 31 mars 2017, et la modification du contrat de travail ne pouvait prendre effet qu'à partir du

1^{er} avril 2017. Il s'ensuit que le 3 mars 2017, date à partir de laquelle le recourant sollicite des indemnités de chômage, celui-ci était encore lié par le contrat de travail signé le 15 août 2016.

d) Or, dans le cadre de ce contrat, le recourant pouvait faire valoir des prétentions de salaire à l'encontre de son employeur pour autant qu'il ait démontré par son attitude être prêt à fournir sa prestation (cf. art. 324 CO). Dans la mesure où le risque de l'entreprise incombe à l'employeur, la fermeture du magazine [...] ne pouvait ainsi à elle seule libérer X. _____ SA de son obligation de payer le salaire au recourant.

Comme déjà évoqué ci-dessus, l'art. 11 al. 3 LACI pose le principe selon lequel l'assurance-chômage ne verse pas d'indemnités lorsqu'un chômeur peut faire valoir des droits envers son ancien employeur pour la période correspondant à la perte de travail alléguée. Dans ce cas, la perte de travail n'est pas accompagnée d'une perte de gain effective puisque l'assuré a encore des prétentions contractuelles à faire valoir envers son ancien employeur (cf. Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève / Zurich / Bâle 2014, n° 25 ad art. 11 LACI, p. 110). Demeure réservée une application de l'art. 29 LACI, qui permet à la caisse de verser l'indemnité de chômage si elle a de sérieux doutes que l'assuré ait droit, pour la durée de la perte de travail, au versement par son ancien employeur d'un salaire ou d'une indemnité au sens de l'art. 11 al. 3 LACI, ou que ces prétentions soient satisfaites.

Force est de constater qu'en l'occurrence, le recourant ne subissait pas encore de perte de gain durant le mois de mars 2017, compte tenu des prétentions salariales qu'il pouvait faire valoir. Par conséquent, il ne peut se prévaloir d'une perte de gain à prendre en considération qu'à partir du 1^{er} avril 2017, sous réserve d'une éventuelle application de l'art. 29 LACI par la Caisse.

e) Il s'avère ainsi qu'en raison de la modification de son contrat de travail signé le 15 août 2016, le recourant a subi une perte de travail et de gain à prendre en considération au sens des art. 8 al. 1 let. b

et 11 LACI. Son droit à l'indemnité de chômage dépend encore des autres conditions posées à l'art. 8 al. 1 LACI, que la Caisse est invitée à examiner.

5. a) En définitive, le recours doit être admis et la décision attaquée annulée, le dossier étant renvoyé à la Caisse intimée afin qu'elle examine si les autres conditions dont dépend le droit à l'indemnité de chômage sont réalisées.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA).

Le recourant, qui n'est pas représenté par un mandataire professionnel, n'a pas droit à des dépens.

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
prononce :**

- I.** Le recours est admis.

- II.** La décision sur opposition, rendue le 16 juin 2017 par la G. _____ 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 judiciaires 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 :

- M. H. _____,
- G. _____,
- 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 :