

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 14 mai 2018

Composition : Mme BERBERAT, présidente
Mmes Röthenbacher et Dessaux, juges
Greffière : Mme Chapuisat

Cause pendante entre :

D._____, à [...], recourante,

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. a) D._____ (ci-après : l'assurée ou la recourante), née en 1962, de langue maternelle chinoise, a été engagée en octobre 1992 par la société U._____ (ci-après : U._____) en qualité de professeur de mandarin, pour une activité flexible rémunérée selon un tarif horaire. Ce contrat a été requalifié en contrat de travail sur appel en août 2010.

Elle est également au bénéfice d'un contrat de travail sur appel à tout le moins depuis 2010 avec G._____. Dans ce cadre, son horaire de travail contractuel était de 30 heures par semaine, mais elle était payée à l'heure pour l'enseignement de leçons privées (cf. attestation de l'employeur du 26 septembre 2012).

Le 18 août 2010, l'assurée a déposé une première demande d'indemnités de chômage auprès de l'Office régional de placement de C._____ (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 R._____ (ci-après : l'agence). Un délai-cadre d'indemnisation lui a été ouvert du 1^{er} septembre 2010 au 31 août 2012, durant lequel elle a poursuivi ses deux emplois en gain intermédiaire.

A l'échéance du délai-cadre d'indemnisation précité, l'assurée a sollicité à nouveau les prestations de l'assurance-chômage à 100% et ce, dès le 1^{er} septembre 2012.

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^{er} septembre 2012, au motif que les emplois qu'elle occupait auprès de G._____ et de U._____ lui procuraient un salaire supérieur aux indemnités de chômage. Cette décision est entrée en force.

Le 31 mai 2013, l'agence a refusé de donner suite à une nouvelle demande d'indemnités de chômage présentée par l'assurée en décembre 2012. Elle a considéré que l'intéressée ne pouvait pas se prévaloir d'une perte de travail car, selon une comparaison mensuelle des douze derniers mois, son taux d'activité avait subi des variations importantes dépassant les 20% en plus ou en moins.

Cette décision a été confirmée sur opposition le 4 novembre 2013, puis par la Cour de céans dans un arrêt du 10 octobre 2014 (ACH 172/13 - 152/2014).

b) Le 16 septembre 2016, l'assurée s'est réinscrite à l'ORP, sollicitant l'octroi d'indemnités de chômage dès cette date.

Dans le formulaire de demande transmis à l'agence le 13 octobre 2016, l'assurée a indiqué qu'elle déployait encore une activité auxiliaire, rémunérée, auprès de U._____ à [...]. Par ailleurs, elle affirmait être toujours liée par un contrat de travail avec G._____, mais invoquait une réduction importante de cette activité.

Par décision du 22 novembre 2016, l'agence a refusé à l'assurée le droit à une indemnité de chômage dès le 16 septembre 2016, au motif que le salaire découlant de ses activités lui avait permis de réaliser un gain intermédiaire supérieur aux indemnités de chômage.

L'assurée a formé opposition à la décision précitée le 18 décembre 2016. Elle a relevé que la décision de l'agence prenait comme date de début de l'indemnisation le 16 septembre 2015 au lieu du 16 septembre 2016. Elle a en outre indiqué que « les revenus générés pour les mois d'octobre et de décembre lui permettaient de prétendre à l'obtention d'un gain intermédiaire ».

Dans sa décision sur opposition du 20 février 2017, la Caisse cantonale de chômage, Division juridique (ci-après : la Caisse ou

l'intimée), a considéré qu'il fallait déterminer si l'assurée avait ou non subi une perte de travail et que le calcul devait se faire sur une base annuelle eu égard à la durée des contrats de travail de l'intéressée. Annulant la décision du 22 novembre 2016, elle a enjoint l'agence d'établir, sur le tableau prévu à cet effet, si l'assurée pouvait se prévaloir d'une perte de travail par rapport à son horaire annuel moyen, en prenant en compte au maximum les années 2012 à 2016.

Par décision du 6 avril 2017, l'agence a rejeté la demande d'indemnisation de l'assurée présentée le 16 septembre 2016. Elle a retenu que durant les douze derniers mois, le taux d'occupation de l'intéressée avait subi des variations importantes, dépassant les 20% en plus ou en moins, que le caractère irrégulier de son horaire de travail était considéré comme normal et qu'elle ne subissait dès lors pas de perte de travail à prendre en considération.

Le 12 avril 2017, l'assurée a formé opposition à la décision précitée, faisant valoir qu'elle ne respectait pas l'injonction contenue dans la décision sur opposition du 20 février 2017 eu égard au calcul annuel de son horaire moyen.

Dans sa décision sur opposition du 19 mai 2017, la Caisse a admis l'opposition de l'assurée et annulé la décision du 6 avril 2017. Il ressortait de la décision sur opposition que le 5 avril 2017, l'agence avait établi deux tableaux, pour les deux activités de l'assurée, respectivement au sein de U._____ et de G._____, pour les périodes du 1^{er} juillet 2011 au 31 [recte : 30] juin 2016, respectivement du 1^{er} août 2011 au 31 juillet 2016, dont il résultait, dans les deux cas, une fluctuation horaire dépassant la moyenne annuelle (+/- 20%). Elle a toutefois relevé que ces tableaux - qui ne figurent pas au dossier - ne remplissaient pas les conditions posées par le Secrétariat d'Etat à l'économique (ci-après : SECO) et ne permettaient dès lors pas d'établir de façon claire si l'horaire de travail avait eu ou non un caractère irrégulier et renvoyé le cas à l'agence pour nouvelle décision.

c) Par décision du 7 juillet 2017, l'agence a rejeté la demande d'indemnisation de l'assurée du 16 septembre 2016, en reprenant intégralement les arguments développés dans sa précédente décision du 6 avril 2017. Étaient joints à cette décision des tableaux récapitulatifs des heures de travail effectuées par l'assurée auprès de G. _____ pour les années 2012 à 2016 se présentant comme suit :

Nombre d'années : Fluctuations admises :

Périodes de 12 mois	Heures effectuées	Nb heures limite inf.	Nb heures limite sup.	Limite inf.	Limite sup.
2015-2016	680	603.20	904.80	OK	OK
2014-2015	737	603.20	904.80	OK	OK
2013-2014	545	603.20	904.80	hors limite	OK
2012-2013	927	603.20	904.80	OK	hors limite
2011-2012	881	603.20	904.80	OK	OK
Moyenne	754.00				

EXEMPLE :

Périodes de 12 mois	Heures effectuées	Nb heures limite inf.	Nb heures limite sup.	Limite inf.	Limite sup.
01.07.14 - 30.06.15	400	360.00	540.00	OK	OK
01.07.13 - 30.06.14	500	360.00	540.00	OK	OK
Moyenne	450.00				

Une personne travaillant sur appel depuis 3½ années s'inscrit au chômage le 1.7.2015, suite à une diminution des appels. Les heures de travail effectuées sont les suivantes :

01.07.2014 – 30.06.2015 : 400 heures
 01.07.2013 – 30.06.2014 : 500 heures
 01.07.2012 – 30.06.2013 : 600 heures
 01.01.2012 – 30.06.2012 : 200 heures

Moyenne annuelle des 2 années : 450 heures (400 + 500 = 900 heures : 2 années).
 La limite inférieure (20% en dessous de la moyenne annuelle) se situe à 360 heures (450 - 20%)
 La limite supérieure (20% en dessus de la moyenne annuelle) se situe à 540 heures (450 + 20%)

Année	Mois	FS	Nb heures	Salaire brut	Limite inf.	Limite Sup.	Var. inf.	Var. sup.
2015 - 2016	juil.16	Oui	60	fr. 3'910.00	54.4	81.6	OK	OK
	juin.16	Oui	72	fr. 4'680.00	54.4	81.6	OK	OK
	mai.16	Oui	81	fr. 5'525.00	54.4	81.6	OK	OK
	avr.16	Oui	36	fr. 2'560.00	54.4	81.6	hors Limite	OK
	mars.16	Oui	77	fr. 5'405.00	54.4	81.6	OK	OK
	févr.16	Oui	71	fr. 4'975.00	54.4	81.6	OK	OK
	janv.16	Oui	53	fr. 3'685.00	54.4	81.6	hors Limite	OK
	déc.15	Oui	95	fr. 6'635.00	54.4	81.6	OK	hors Limite
	nov.15	Oui	80	fr. 5'640.00	54.4	81.6	OK	OK
	oct.15	Oui	55	fr. 3'895.00	54.4	81.6	OK	OK
	Total		680.00	fr. 46'910.00				
	Moyenne		68.00	fr. 4'691.00				
	sept.15							
	août.15							
2014 - 2015	juil.15	Oui	68	fr. 4'900.00	58.96	88.44	OK	OK
	juin.15	Oui	91	fr. 6'615.00	58.96	88.44	OK	hors Limite
	mai.15	Oui	89	fr. 6'205.00	58.96	88.44	OK	hors Limite
	avr.15	Non	9	fr. 665.00	58.96	88.44	hors Limite	OK
	mars.15	Oui	76	fr. 5'380.00	58.96	88.44	OK	OK
	févr.15	Oui	96	fr. 6'740.00	58.96	88.44	OK	hors Limite
	janv.15	Oui	47	fr. 3'255.00	58.96	88.44	hors Limite	OK
	déc.14	Oui	110	fr. 7'770.00	58.96	88.44	OK	hors Limite
	nov.14	Oui	97	fr. 6'925.00	58.96	88.44	OK	hors Limite
	oct.14	Oui	54	fr. 3'850.00	58.96	88.44	hors Limite	OK
	Total		737.00	fr. 52'305.00				
	Moyenne		73.70	fr. 5'230.50				
	sept.14							
	août.14							
2013 - 2014	juil.14	Oui	41	fr. 2'665.00	43.6	65.4	hors Limite	OK
	juin.14	Oui	53	fr. 3'445.00	43.6	65.4	OK	OK
	mai.14	Oui	77	fr. 5'405.00	43.6	65.4	OK	hors Limite
	avr.14	Oui	10	fr. 710.00	43.6	65.4	hors Limite	OK
	mars.14	Oui	67	fr. 4'835.00	43.6	65.4	OK	hors Limite
	févr.14	Oui	60	fr. 4'320.00	43.6	65.4	OK	OK
	janv.14	Oui	41	fr. 2'640.00	43.6	65.4	hors Limite	OK
	déc.13	Oui	88	fr. 5'720.00	43.6	65.4	OK	hors Limite
	nov.13	Oui	75	fr. 4'680.00	43.6	65.4	OK	hors Limite
	oct.13	Oui	33	fr. 2'220.00	43.6	65.4	hors Limite	OK
	Total		545.00	fr. 36'640.00				
	Moyenne		54.50	fr. 3'664.00				

Année	Mois	FS	Nb heures	Salaire brut	Limite inf.	Limite Sup.	Var. inf.	Var. sup.
2012 - 2013	juil.13	Oui	79	fr. 5'120.00	74.16	111.24	OK	OK
	juin.13	Oui	132	fr. 8'430.00	74.16	111.24	OK	hors Limite
	mai.13	Oui	113	fr. 7'440.00	74.16	111.24	OK	hors Limite
	avr.13	Oui	31	fr. 2'080.00	74.16	111.24	hors Limite	OK
	mars.13	Oui	80	fr. 5'410.00	74.16	111.24	OK	OK
	févr.13	Oui	96	fr. 6'400.00	74.16	111.24	OK	OK
	janv.13	Oui	40	fr. 2'660.00	74.16	111.24	hors Limite	OK
	déc.12	Oui	145	fr. 9'660.00	74.16	111.24	OK	hors Limite
	nov.12	Oui	113	fr. 7'630.00	74.16	111.24	OK	hors Limite
	oct.12	Oui	98	fr. 6'740.00	74.16	111.24	OK	OK
	Total		927.00	fr. 61'570.00				
	Moyenne		92.70	fr. 6'157.00				
2011 - 2012	juil.12	Oui	75	fr. 4'750.00	70.48	105.72	OK	OK
	juin.12	Oui	150	fr. 9'480.00	70.48	105.72	OK	hors Limite
	mai.12	Oui	81	fr. 5'170.00	70.48	105.72	OK	OK
	avr.12	Oui	48	fr. 3'080.00	70.48	105.72	hors Limite	OK
	mars.12	Oui	105	fr. 6'730.00	70.48	105.72	OK	OK
	févr.12	Oui	78	fr. 5'020.00	70.48	105.72	OK	OK
	janv.12	Oui	53	fr. 3'330.00	70.48	105.72	hors Limite	OK
	déc.11	Oui	136	fr. 8'690.00	70.48	105.72	OK	hors Limite
	nov.11	Oui	98	fr. 6'220.00	70.48	105.72	OK	OK
	oct.11	Oui	57	fr. 3'740.00	70.48	105.72	hors Limite	OK
	Total		881	fr. 56'210.00				
	Moyenne		88.10	fr. 5'621.00				

Le 28 juillet 2017, l'assurée s'est opposée à la décision précitée, invoquant que seules deux années présentaient un écart plus important que 20%, soit - 29,65% pour 2013-2014 et + 22,45% pour 2012-2013, écarts qualifiés de marginaux. Elle a également relevé que si l'on tenait compte uniquement des deux années précédant sa demande d'indemnisation - ce qui correspond au délai-cadre - elle pourrait bénéficier d'indemnités de chômage, précisant qu'il serait plus équitable de retenir uniquement les périodes de 2014 à 2016 et que la notion de « 5 ans au maximum » pouvait être interprétée dans ce sens.

Par décision sur opposition du 21 septembre 2017, la Caisse a rejeté l'opposition formée par l'assurée et confirmé la décision de l'agence. Elle a notamment retenu que l'assurée avait cotisé pendant bien plus que douze mois grâce à son activité de professeur de langue au sein de G._____ et de U._____, établissements où elle travaillait depuis 2001, respectivement 1992, que toutes les autres conditions légales étaient satisfaites à l'exception de celle de la perte de travail qu'il était

nécessaire d'analyser. À cette occasion, elle a rappelé que la directive du SECO avait été récemment modifiée et qu'il convenait de retenir que lorsque le rapport de travail avait duré au moins deux ans, il était justifié 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. Elle a également souligné que la caisse se fondait, au maximum, sur les cinq années précédant la baisse de travail. Elle a en outre mis en exergue qu'elle ne bénéficiait pas de marge de manœuvre pour s'éloigner de la jurisprudence du Tribunal fédéral et qu'il convenait dès lors de confirmer le tableau établi par l'agence et la prise en compte des cinq dernières années comme base de calcul. Elle a conclu que l'assurée n'avait pas droit à l'ouverture d'un délai-cadre d'indemnisation, car les fluctuations sur les cinq dernières années dépassaient de plus ou moins 20% la moyenne annuelle.

B. Par acte du 20 octobre 2017, D._____ a recouru contre la décision sur opposition précitée, concluant à son annulation et au renvoi de la cause à la Caisse cantonale de chômage, agence de R._____, pour nouvelle décision. Reprenant en substance les arguments développés à l'appui de son opposition, elle relève, eu égard au nombre d'années à prendre en compte, que la jurisprudence retient que « s'agissant, par exemple, de rapports de travail ayant duré plus de douze ans, il peut se justifier de prendre en considération une période de référence de cinq ans », soulignant que les cinq années sont un maximum.

Dans sa réponse du 8 janvier 2017 (recte : 2018), la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, conclut au rejet du recours et à la confirmation de la décision entreprise. Renvoyant pour l'essentiel à la motivation de sa décision sur opposition, elle souligne que la situation de l'assurée a déjà analysée une première fois par la Cour de céans et qu'entre-temps, le SECO a mis à jour sa directive, établissant que la période de référence est portée d'une année à cinq ans conformément à un arrêt du Tribunal fédéral du 28 février 2011.

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 l'assurance-chômage (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 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 al. 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 ; ATF 131 V 164 ; ATF 125 V 413 consid. 2c).

b) En l'espèce, le litige porte sur le droit de l'assurée à l'ouverture d'un délai-cadre d'indemnisation et à l'indemnité de chômage dès le 16 septembre 2016. Il s'agit plus particulièrement de déterminer si elle 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 SECO [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 ; TF 8C_218/2014 du 21 mai 2015 consid. 2.2, 8C_379/2010 du 28 février 2011 consid. 1.2, 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 ; TF C9/06 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. 3.4). Le chiffre B97 du Bulletin LACI IC précise qu'en cas de rapports de travail s'étendant sur plusieurs années, il faut se fonder sur le nombre d'heures de travail accomplies par année (rétroactivement à partir de la date de l'inscription au chômage) et 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.

d) Selon la jurisprudence, les directives de l'administration fédérale s'adressent aux organes d'exécution et n'ont pas de valeur contraignante pour le juge des assurances sociales, qui ne s'en écarte toutefois pas sans motifs légitimes. Il peut en tenir compte lorsqu'elles permettent une application correctes des normes légales dans un cas concret, mais il doit s'en écarter lorsqu'elles posent des règles qui ne sont pas conformes à l'ordre juridique (ATF 141 III 173 consid. 3.2.2.2 ; ATF 133 V 346 consid. 5.4.2 ; ATF 132 V 121 consid. 4.4 ; ATF 131 V 42 consid. 2.3).

4. a) En l'espèce, il n'est pas contesté, ni contestable, que l'activité exercée par la recourante auprès de G._____ constitue un travail sur appel et que dite activité dure depuis de nombreuses années. Il convient dès lors d'examiner si l'intéressée 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 de la recourante duraient depuis de nombreuses années lorsqu'elle s'est inscrite au

chômage en septembre 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} octobre 2011 au 31 juillet 2016, elle a observé que les fluctuations annuelles du temps de travail dépassaient 20% de la moyenne annuelle (754 heures) au cours de la période comprise entre le 1^{er} octobre 2013 et le 31 juillet 2014 (moyenne inférieure dépassée) et au cours de celle allant du 1^{er} octobre 2012 au 31 juillet 2013 (moyenne supérieure dépassée). Selon l'intimée, de tels taux de fluctuations ne permettaient pas de déterminer l'horaire de travail normal de la recourante.

La recourante reproche à l'intimée d'avoir pris en considération les cinq années précédant sa demande d'indemnisation, ce qui conduit à refuser son droit à l'indemnité de chômage. Selon elle, il en irait autrement si seules les deux années précédant son inscription à l'ORP avaient été retenues.

Si la prise en compte du nombre d'heures de travail effectuées annuellement par l'intéressée et les calculs opérés pour connaître la moyenne annuelle des heures travaillées ne prêtent pas flanc à la critique, autre est la question de la durée de la période de référence pertinente. À cet égard, on s'étonne que l'intimée expose que la période de référence soit passée de un à cinq ans « conformément à la jurisprudence » et plus particulièrement à l'arrêt du Tribunal fédéral du 28 février 2011 (TF 8C_379/2010). Si cette décision ancre le principe selon lequel il convient de prolonger au-delà de douze mois la période de référence pour les longs rapports de travail et de prendre en compte le nombre d'heures de travail annuelles et les fluctuations par rapport à la moyenne annuelle, elle ne pose aucunement le principe selon lequel la période de référence serait allongée à cinq ans. Cette durée ressort uniquement du chiffre B97 du Bulletin LACI IC qui prévoit que « la caisse se fonde, au maximum, sur les cinq ans précédant la baisse de travail » et s'inspire d'une jurisprudence ancienne où le Tribunal fédéral des assurances avait jugé, dans un cas particulier, que la prise en considération d'une période de référence de

cinq ans n'était pas critiquable (cf. TFA C 9/06 du 12 mai 2006 consid. 3.4). Ce principe a également été évoqué dans les considérants en droit d'un arrêt cantonal jurassien (ACH 112/2015 du 24 mai 2016) - auquel s'est référé l'intimée dans la décision entreprise - mais n'a pas été appliqué dans le cas particulier où seule une période de référence de trois ans a été retenue, correspondant à la durée entre le début du travail sur appel et la perte de travail alléguée.

c) S'il est manifeste qu'une période de référence de cinq ans avant la perte de travail peut être prise en compte, il n'en demeure pas moins que cette durée représente un maximum qui ne doit pas systématiquement être appliqué. On en veut pour preuve l'exemple de calcul proposé par le SECO s'agissant de la moyenne annuelle où, pour des rapports de travail ayant duré 3.5 ans, seules les deux dernières années ont été prises en compte, soit à partir du moment où s'est présentée une première baisse de travail (cf. Bulletin LACI IC ch. B97).

En l'occurrence, l'examen des cinq dernières années de travail de la recourante fait apparaître que celle-ci a subi une baisse de travail importante en 2013-2014 (545 heures) par rapport aux années précédentes (927 heures en 2012-2013 et 881 en 2011-2012). L'agence avait d'ailleurs refusé, par décision du 28 mars 2013, de donner suite à une demande d'indemnités de chômage présentée par la recourante en septembre 2012 au motif que les emplois qu'elle occupait lui procuraient un salaire supérieur aux indemnités de chômage. Il se justifie par conséquent de retenir une période de référence de 36 mois - soit dès la baisse constatée en 2013-2014 - durant laquelle le temps de travail sur appel de la recourante n'a pas connu de fluctuations dépassant les 20% en plus ou en moins du nombre moyen des heures travaillées.

En effet, la moyenne annuelle des années 2013 à 2016 est de 654 heures ($680 + 737 + 545 : 3$), la moyenne inférieure (20% en-dessous de la moyenne annuelle) se situe à 523,2 heures ($654 - 20\%$) tandis que la moyenne supérieure (20% au-dessus de la moyenne annuelle) est fixée à 784,8 heures ($654 + 20\%$). Les moyennes annuelles effectuées durant la

période de référence de 36 mois, soit 680 heures pour 2015-2016, 737 heures pour 2014-2015 et 545 heures pour 2013-2014 se situent donc dans la fourchette admise.

Au vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que les fluctuations du temps de travail de la recourante n'ont pas atteint plus ou moins 20% durant les trois ans précédant son inscription à l'assurance-chômage, ce qui permet d'admettre que l'activité exercée était suffisamment régulière et de tenir compte d'une perte de travail à prendre en considération.

d) Il y a dès lors lieu 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'intéressée, après examen des autres conditions du droit à l'indemnité de chômage (art. 8 LACI).

5. a) Le recours, bien fondé, doit être admis, ce qui entraîne l'annulation de la décision sur opposition querellée et le renvoi de la cause à l'intimée pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

b) 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 ayant agi sans le concours d'un mandataire (art. 61 let. g LPGA).

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

- I. Le recours est admis.

- II. La décision sur opposition rendue le 21 septembre 2017 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est annulée, la cause lui étant renvoyée 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 :

- D. _____,
- 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 :