

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 7 octobre 2024

Composition : Mme LIVET, présidente
Mmes Pasche et Berberat, juges
Greffière : Mme Cuérel

Cause pendante entre :

W. _____, à [...], recourant,

et

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, à Lausanne, intimée.

Art. 8 al. 1, 9, 11 al. 1 et 24 LACI

En fait :

A. a) W._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], qui exerçait la profession de cuisinier depuis 1990, a été licencié par son employeur pour le 31 décembre 2019. Le 20 novembre 2019, il s'est annoncé auprès de l'Office régional de placement de [...]. Le lendemain, il a formé une demande d'indemnité de chômage auprès de la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la Caisse ou l'intimée).

b) La Caisse a fixé un délai-cadre d'indemnisation du 1^{er} janvier 2020 au 30 septembre 2022. L'assuré a régulièrement touché des indemnités journalières jusqu'au moins d'août 2021.

c) Dès le 1^{er} août 2021, l'assuré a été engagé par la Z._____ avec un contrat de durée indéterminée sur appel, en qualité de « cuisinier pooliste ». Dès cette date, la Caisse a indemnisé l'assuré en tenant compte des revenus réalisés auprès de la Z._____ à titre de gain intermédiaire.

d) Par formulaire du 31 août 2022, l'assuré a sollicité l'ouverture d'un nouveau délai-cadre d'indemnisation, dès le 1^{er} octobre 2022.

e) Par décision du 12 octobre 2022, la Caisse a rejeté la demande de l'assuré, au motif qu'il n'était pas sans emploi ou partiellement sans emploi.

f) Le 15 octobre 2022, l'assuré a formé opposition contre la décision précitée. En substance, il faisait valoir que son contrat de travail auprès de la Z._____ ne lui garantissait pas un revenu régulier et ne correspondait, sur l'année, qu'à un taux d'occupation de 43 % alors qu'il était à la recherche d'un emploi à 100 %.

g) Par décision sur opposition du 7 novembre 2022, la Caisse a rejeté l'opposition de l'assuré. En résumé, elle a relevé que l'assuré avait

formé une nouvelle demande d'indemnisation dès le 1^{er} octobre 2022. Dans ce cadre, elle devait procéder à un nouvel examen des conditions d'octroi des indemnités de chômage. A cet égard, elle a estimé que l'assuré n'avait pas subi de perte de travail. En effet, la perte de travail se calculait par rapport à l'horaire de travail habituel. Or, dans le cadre d'un contrat de travail sur appel, l'horaire de travail ne pouvait être qualifié d'habituel que si les fluctuations mensuelles d'heures de travail ne variaient pas de plus de 20% par rapport à la moyenne d'heures travaillées durant les douze derniers mois. En l'occurrence, le nombre d'heures travaillées avait varié de plus de 20% durant plusieurs mois si bien que l'on ne pouvait pas parler d'horaire habituel et donc de perte de travail.

B. a) Par acte déposé le 17 novembre 2022, W. _____ a formé recours contre la décision sur opposition du 7 novembre 2022, dans le cadre duquel il a réitéré que son contrat sur appel ne lui permettait pas de réaliser un taux de travail suffisant et que, malgré plus de 240 postulations, il n'avait pas trouvé d'autre travail.

b) Dans sa réponse du 5 janvier 2023, la Caisse a conclu au rejet du recours, renvoyant à la motivation de la décision attaquée.

C. Le dossier de la cause a été repris par la juge soussignée à partir _____ du 1^{er} mars 2024, à la suite du départ à la retraite de la magistrate alors en charge de celui-ci.

E n d r o i t :

1. a) La LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) est, sauf dérogation expresse, applicable en matière d'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

peuvent faire l'objet d'un recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 56 al. 1 LPGA ; 100 al. 3 LACI, 128 al. 2 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]), dans les trente jours suivant leur notification (art. 60 al. 1 LPGA).

b) En l'occurrence, le recours a été interjeté en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 28 octobre 2008 [LPA-VD ; BLV 173.36]) et respecte pour le surplus les formalités prévues par la loi (cf. art. 61 let. b LPGA notamment), de sorte qu'il est recevable.

2. En l'espèce, le litige porte sur le point de savoir si le recourant a droit à des prestations de l'assurance-chômage, dès le 1^{er} octobre 2022, à la suite de sa deuxième demande.

a) L'art. 8 al. 1 LACI énumère les conditions cumulatives dont dépend le droit à l'indemnité de chômage.

b) Pour avoir droit à cette indemnité, l'assuré doit notamment, dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet (art. 9 al. 3 LACI), remplir les conditions relatives à la période de cotisation ou en être libéré (art. 8 al. 1 let. e LACI, en lien avec les art. 13 et 14 LACI). Satisfait à ces conditions celui qui a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation dans les limites du délai-cadre de cotisation, à savoir dans les deux ans précédant le premier jour où toutes les conditions du droit à l'indemnité sont réunies (art. 13 al. 1 et 9 al. 1 à 3 LACI).

c) Selon l'art. 9 al. 1 LACI, le délai-cadre d'indemnisation est de deux ans, sauf disposition contraire de la loi. Ce délai-cadre commence à courir le premier jour où toutes les conditions dont dépend le droit à l'indemnité sont réunies (art. 9 al. 2 LACI).

d) Conformément à l'art. 9 al. 4 LACI, lorsque le délai-cadre s'appliquant à la période d'indemnisation est écoulé et que l'assuré demande à nouveau l'indemnité de chômage, de nouveaux délais-cadres de deux ans sont ouverts pour les périodes d'indemnisation et de cotisation, sauf disposition contraire de la présente loi.

Si le nouveau délai-cadre pour le versement des prestations doit suivre immédiatement l'ancien, le nouveau délai-cadre pour la période de cotisation correspond à l'ancien délai-cadre pour le versement des prestations. Ainsi, la personne assurée doit notamment prouver à nouveau la période minimale de cotisation d'un an ou la dispense de la remplir (ATF 146 V 112 consid. 5.4).

3. a) Selon l'art. 24 LACI, est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle ; l'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain (al. 1, première et deuxième phrases). Est réputée perte de gain la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux (al. 3, première phrase).

b) En vertu de l'art. 24 al. 4 LACI, le droit à la compensation de la perte de gain est limité aux douze premiers mois de l'activité visée à l'al. 1 ; pour les assurés qui ont une obligation d'entretien envers des enfants de moins de 25 ans ou qui sont âgés de 45 ans ou plus, il est limité au terme du délai-cadre d'indemnisation. L'art. 24 al. 5 LACI précise que si l'assuré, afin d'éviter d'être au chômage, accepte d'exercer pendant au moins une période de contrôle une activité à plein temps pendant laquelle il touche une rémunération inférieure aux indemnités auxquelles il aurait droit, l'art. 11 al. 1 LACI n'est pas applicable durant les délais fixés à l'al. 4.

c) Selon la jurisprudence, un contrat de travail sur appel conclu après la perte d'un emploi à plein temps, non pas volontairement

mais pour pallier le chômage, est une solution intermédiaire, par laquelle la personne assurée se conforme à son obligation de réduire le dommage (cf. art. 17 LACI). Ainsi, l'acceptation d'un rapport de travail sur appel après la perte d'un emploi à plein temps doit être considérée comme une activité transitoire et non comme le dernier rapport de travail déterminant au sens de l'art. 4 al. 1 OACI, en lieu et place de la dernière activité à plein temps (ATF 146 V 112 consid. 5.1 et les références citées). Cela ne vaut toutefois que pour un premier délai-cadre d'indemnisation. En cas de travail sur appel effectué dans le seul but de réduire le manque à gagner résultant du chômage, le procédé consistant à admettre l'existence d'une perte de travail en raison de l'emploi fixe exercé précédemment (en tant que dernier rapport de travail au sens de l'art. 4 al. 1 OACI) doit être limité à la durée d'un premier délai-cadre d'indemnisation compte tenu de la systématique de la loi et de l'égalité de traitement entre assurés (ATF 146 V 112 consid. 5.5 et les références citées).

4. a) L'assuré a droit à l'indemnité de chômage si, entre autres conditions, il a subi une perte de travail à prendre en considération (art. 8 al. 1 let. b LACI en relation avec l'art. 11 LACI).

En vertu de l'art. 11 al. 1 LACI, il y a lieu de prendre en considération la perte de travail lorsqu'elle se traduit par un manque à gagner et dure au moins deux journées de travail consécutives.

b) Selon la jurisprudence, la perte de travail est calculée en règle générale en fonction de l'horaire de travail habituel dans la profession ou le domaine d'activité concernés ou, le cas échéant, en fonction de l'horaire de travail prévu par une convention particulière. En cas de travail sur appel, le travailleur 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 146 V 112 consid. 3.3 ; 107 V 59 consid. 1 ; TF 8C_445/2023 du 18 janvier 2024 consid. 4.2 et les références citées).

c) Sous chiffres B95 ss concernant le contrat de travail sur appel du Bulletin LACI IC (dans leur teneur en vigueur au 1^{er} janvier 2022), le Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : SECO) a établi des critères afin de trancher le point de savoir si l'activité exercée est suffisamment régulière au sens de la jurisprudence précitée. Selon le ch. B97, pour établir le temps de travail normal, on prendra en principe pour période de référence les douze derniers mois ou toute la durée du rapport de travail s'il a duré moins de douze mois ; en dessous de six mois d'occupation, il est impossible de déterminer un temps de travail normal. 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 ; 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.

Le Tribunal fédéral a admis que la méthode d'évaluation du SECO est appropriée en ce qui concerne les contrats de travail sur appel d'une relativement courte durée (TF 8C_445/2023 précité consid. 4.3 ; 8C_417/2013 du 30 décembre 2013 consid. 5.2.2). Pour une activité d'environ deux ans, une période de référence de douze mois a été jugée adéquate (TF 8C_445/2023 précité consid. 4.3 ; cf. TF 8C_379/2010 du 28 février 2011 consid. 2.2.3, *in* DTA 2011 p. 149). Dans ce dernier arrêt (consid. 2.3), le Tribunal fédéral a jugé que lorsqu'il s'agit d'examiner une perte de travail éventuelle, les règles applicables aux contrats de travail sur appel le sont également aux rapports de travail auxiliaire ou occasionnel.

5. a) A titre liminaire, il convient de rappeler que le recourant a formé une première demande de prestations de l'assurance-chômage pour laquelle l'intimée a fixé un délai-cadre d'indemnisation débutant le 1^{er} janvier 2020 et se terminant le 30 septembre 2022. Dès le 1^{er} août 2021, le recourant a été engagé, par contrat de durée indéterminée sur appel, en qualité de cuisinier remplaçant. En application de la jurisprudence (cf. supra consid. 3.c), c'est à juste titre que l'intimée a estimé que les revenus réalisés par le recourant dans ce cadre constituaient un gain intermédiaire durant le premier délai cadre. C'est le lieu de rappeler au recourant, qu'au terme du délai-cadre d'indemnisation (en l'espèce le 30 septembre 2022), quand bien même le solde des indemnités journalières n'est pas épuisé, l'obligation de verser les prestations cesse. Une nouvelle demande doit donc être déposée dans le cadre de laquelle la caisse de chômage doit procéder à un nouvel examen de l'ensemble des conditions nécessaires au versement des prestations. C'est donc à juste titre que l'intimée a procédé à un nouvel examen de la situation du recourant au 1^{er} octobre 2022.

b) La deuxième demande du recourant a ouvert un nouveau délai-cadre de cotisation et un nouveau délai-cadre d'indemnisation (cf. art. 9 al. 4 LACI).

S'agissant du délai-cadre de cotisation, l'intimée a retenu que le recourant avait cotisé plus de douze mois auprès de la Z._____ durant les deux années précédentes, si bien que la condition de l'art. 8 let. e LACI était réalisée, ce qui peut être confirmé.

c) L'intimée a ensuite examiné si le recourant avait subi une perte de travail, condition nécessaire au versement de prestations (art. 8 al. 1 let. b et 11 LACI).

A cet égard, contrairement à ce que semble penser le recourant, l'examen doit se faire au regard de son activité sur appel et non plus sur la base de son activité précédente de cuisinier à 100 %. En

effet, conformément à la jurisprudence, l'activité sur appel ne peut être considérée comme une activité intermédiaire que durant le premier délai-cadre (cf. supra consid. 3.c). Dans le cadre de l'examen d'une nouvelle demande, comme c'est le cas en l'espèce, l'activité sur appel constitue le dernier rapport de travail au sens de l'art. 4 al. 1 OACI, c'est-à-dire l'activité de référence pour examiner si le recourant a subi une perte de travail. C'est donc à bon droit que la Caisse a examiné si le recourant avait subi une perte de travail en relation avec son activité de cuisiner remplaçant sur appel, en tant que dernier rapport de travail.

d) A cet égard, l'intimée a fait application des directives du SECO en la matière, ce qui est conforme à la jurisprudence (cf. supra consid. 4.c) et qui n'est pas critiquable. En l'occurrence, il ressort du tableau établi par la Caisse dans sa décision sur opposition du 7 novembre 2022, que le recourant a effectué, en moyenne, 85,67 heures de travail par mois, sur les douze mois précédents l'examen, à savoir entre octobre 2021 et octobre 2022. Pour considérer que le recourant avait un temps de travail normal - et donc qu'il subissait une perte de travail indemnisable - il fallait que les fluctuations mensuelles de ses heures de travail ne dépassent pas 20 % vers le bas (à savoir $85,67 - 20\% = 68,53$ heures) ou vers le haut (à savoir $85,67 + 20\% = 102,8$ heures). Or le recourant avait travaillé plus de 102,8 heures durant les mois de décembre 2021, janvier et juillet 2022 et moins de 68,53 heures en mars, juin, août et septembre 2022. Les chiffres et calculs de l'intimée ne sont pas critiquables et peuvent être confirmés. Au vu de ces éléments, le temps de travail du recourant a subi des fluctuations de plus de 20 %, si bien qu'il ne peut se prévaloir d'un temps de travail normal. En l'absence d'un tel temps de travail normal, il ne peut y avoir de perte de travail au sens de l'art. 8 al. 1 let. b LACI. L'intimée était ainsi fondée à retenir que l'une des conditions à l'indemnisation faisait défaut et à refuser toutes prestations au recourant.

6. a) En définitive, le recours doit être rejeté et la décision attaquée confirmée.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. f^{bis} LPGA) ni d'allouer de dépens au recourant, qui n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA) et a procédé sans mandataire qualifié (ATF 127 V 205 consid. 4b).

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

- I. Le recours est rejeté.
- II. La décision sur opposition rendue le 7 novembre 2022 par la Caisse cantonale de chômage est confirmée.
- III. Il n'est pas perçu de frais judiciaire, 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 :

- W. _____,
- Caisse cantonale de chômage,
- 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 :