

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 9 juillet 2024

Composition : Mme DURUSSEL, juge unique
Greffière : Mme Jeanneret

Cause pendante entre :

D. _____, à [...], recourant, représenté par Syndicom, à Berne,

et

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, à Lausanne, intimée.

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

E n f a i t :

A. D. _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], a conclu le 12 août 2019 un contrat de mission avec l'entreprise R. _____ Sàrl, prévoyant un engagement de durée indéterminée dès le 12 août 2019 auprès de l'entreprise W. _____ SA, en qualité de livreur. Complété d'un « contrat de travail temporaire en vertu des articles 19s. LSE [loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services ; RS 823.11] et 48s. OSE [ordonnance fédérale du 16 janvier 1991 sur le service de l'emploi et la location de services ; RS 823.11] » signé le même jour, le contrat de mission précisait en particulier les conditions suivantes :

« Horaire de travail

L'horaire de travail normal est de 42 h/sem. au plus. Les heures effectuées, sont en principe rémunérées au salaire horaire convenu entre le travailleur et R. _____ Sàrl.

Le travailleur temporaire choisit ses horaires de travail dans un planning et son travail effectif est validé dans un rapport mensuel de travail. Le travailleur peut en tout temps refuser de faire une course et décider librement de ses inscriptions au planning, ainsi que de ses heures de fin de service. Dans la mesure où le travailleur peut lui-même fixer le travail qu'il veut fournir aucune indemnité n'est prévue pour un travail non fourni ; seul le travail effectivement accompli sera payé.

Tarif

La facturation globale (+ 7.7 % TVA) comprend :

- Tarif à la prestation, selon le calcul ci-dessous et des dispositions légales applicables :

CHF 2.25 par commande
+ CHF 0.90 (pick-up - récupération de commande)
+ CHF 1.35/km de 0 à 4 km + 0.81/km de 4.1 à 8 km +
0.0675/km de 8.1 à 12km
+ CHF 1.89 (drop off - livraison de commande chez le client)

Dans tous les cas, chaque heure de travail sera rémunérée au minimum à CHF 24.42/heure. Ces tarifs comprennent le salaire brut dont 4 semaines de vacances (8.33 %), les jours fériés (3.2 %), le 13^e salaire (8.33 %) ainsi que le remboursement des frais de véhicule.

[...] »

Le 29 mars 2022, l'assuré a conclu un « contrat de travail pour des contributions variables rémunérées sur la base d'un salaire horaire »

de durée indéterminée avec W._____ SA, en qualité de « livreur en voiture ». Débutant le 26 février 2022, le contrat contenait notamment les clauses suivantes :

« 5 Salaire, déductions et paiement

Salaire. Vu le caractère irrégulier des contributions, le collaborateur est rémunéré sur la base d'un salaire horaire. Le salaire horaire brut se compose comme suit :

Salaire horaire de base (sous réserve des salaires minimaux cantonaux) :CHF
20,56

Indemnité vacances (10,64 %), 5 semaines CHF 2,19

Indemnité jours fériés (3,75 %) CHF 0,73

Total horaire brut CHF 23,48

[...]

6 Durée du travail

La durée et l'organisation des contributions sont déterminées d'un commun accord. Il s'agit de contributions horaires irrégulières qui sont rémunérées par le salaire horaire, et non de contributions de collaborateurs à temps partiel. Le collaborateur n'a pas d'obligation de se tenir à disposition en dehors des contributions convenues, telles que reflétées dans le planning mensuel (article 7).

Les contributions ne peuvent, sauf cas exceptionnels, pas dépasser 45 heures par semaine. Les heures supplémentaires sont rémunérées au salaire horaire de base.

7 Planning (shift) et temps de travail effectif

En fonction des besoins de l'entreprise, dans le respect des disponibilités du collaborateur et au plus tard 14 jours avant le début du planning, le collaborateur peut être inscrit dans des plannings de travail, qu'il ne peut refuser, sauf motif impérieux. Toute modification de planning qui interviendrait après le délai de 14 jours, ne pourra se faire qu'avec l'accord écrit (e-mail ou SMS, Whatsapp, ...) du collaborateur. De plus, le collaborateur peut recevoir des invitations à d'autres plannings auxquels il peut s'inscrire librement en fonction de ses disponibilités en tout temps, dans le respect des dispositions légales. L'inscription au planning vaut engagement ferme de la part du collaborateur à être présent. Il doit signaler sa présence au moyen de l'application mobile de W._____ SA, utilisée pour l'enregistrement du temps de travail. Le collaborateur doit systématiquement indiquer le début de son travail, en s'y connectant, ainsi que ses pauses et la fin du travail, en se déconnectant. Les parties conviennent que seul sera rémunéré le temps de travail effectif, tel que ressortant du logiciel d'enregistrement du temps de travail. Le collaborateur ne peut travailler sans connexion à l'application mobile W._____ SA. L'application mobile W._____ SA n'autorise le collaborateur à enregistrer du temps de travail que lorsqu'il se trouve sur la zone dans les limites duquel il est prévu qu'il effectue son travail.
[...]

8 Matériel et indemnisation des frais professionnels

W._____ SA fournit en principe au collaborateur le matériel de travail à l'exception du téléphone portable et du véhicule de livraison.

Le collaborateur utilise son propre scooter pour effectuer les livraisons.

Le Règlement d'entreprise qui fait partie intégrante du présent contrat prévoit l'indemnisation de l'utilisation du scooter privé ainsi que celle du téléphone portable (smartphone).

Si W._____ SA met à disposition du collaborateur un véhicule de l'entreprise, alors le collaborateur n'a plus droit à l'indemnité forfaitaire précitée pour l'utilisation du scooter privé.

[...] »

Par courrier du 20 octobre 2022, W._____ SA a déclaré résilier le contrat de travail précité avec effet au 30 novembre 2022. Expliquant qu'elle devait se séparer de sa flotte de voitures à compter du 1^{er} décembre 2022, l'entreprise proposait à l'assuré de poursuivre son activité en mettant à disposition son propre véhicule privé (voiture, scooter ou vélo), hypothèse qui impliquait l'acceptation d'un nouveau contrat de travail. Un délai de 10 jours lui était ainsi imparti « pour refuser pas écrit la modification » de son contrat de travail, avec pour conséquence la fin des rapports de travail au 30 novembre 2022.

L'assuré s'est inscrit le 1^{er} novembre 2022 auprès de l'Office régional de placement (ci-après : ORP) de [...] en annonçant une disponibilité au taux d'activité de 100 % dès le 1^{er} décembre 2022. Il a ensuite déposé le 22 décembre 2022 une demande d'indemnités auprès de la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la Caisse ou l'intimée), par laquelle il sollicitait des indemnités à compter du 1^{er} novembre 2022 en précisant qu'il était en arrêt maladie depuis octobre 2022.

A la demande de la Caisse, R._____ Sàrl a rempli le formulaire « attestation de l'employeur » le 25 janvier 2023, en indiquant que les rapports de travail avaient duré du 12 août 2019 au 25 février 2022. Les rapports de travail avaient été résiliés par l'employé par courrier du 22 février 2022 pour le 25 février 2022. Pour toute la période, un salaire de 77'751 fr. 35 avait été servi, comprenant un montant de régularisation versé en avril 2022.

W._____ SA a fait de même le 3 mars 2023, en indiquant notamment que les rapports de travail se poursuivaient depuis le 26 février 2022 et qu'une rémunération de 38'414 fr. 52 avait été servie en 2022, respectivement de 5'304 fr. en 2023. Il était précisé que l'assuré avait été en arrêt maladie du 8 novembre 2022 au 21 février 2023.

Entre-temps, l'ORP a informé l'assuré de l'annulation de son inscription par courrier du 6 février 2022, en raison de son incapacité de longue durée. L'intéressé s'est réinscrit le 21 février 2023, en indiquant une disponibilité immédiate au taux de 100 %. Il a ensuite déposé, le 22 février 2023, une nouvelle demande d'indemnités de chômage auprès de la Caisse dès le 22 février 2023, en précisant que son employeur avait résilié les rapports de travail pour le 22 mars 2023 et qu'il avait été en incapacité de travailler du 8 novembre 2022 au 21 février 2023.

A la demande de la Caisse de fournir la lettre par laquelle il avait refusé la proposition de modification de contrat adressée par W._____ SA, l'assuré a répondu par courriel du 14 mars 2023 qu'il avait uniquement eu des discussions orales en octobre 2022 puis à l'issue de son arrêt maladie en février 2023. Il avait indiqué à son employeur que la modification ne lui convenait pas car il ne possédait pas de voiture et n'avait pas les moyens d'en acheter une.

Dans le cadre de l'instruction des demandes d'indemnité de l'assuré, les pièces suivantes ont notamment été versées au dossier de la Caisse :

- Des certificats médicaux attestant une incapacité de travail à 100 % du 8 novembre 2022 au 21 février 2023.
- Les décomptes de salaires établis par R._____ Sàrl pour les mois de janvier 2021 à janvier 2022.
- Les décomptes de salaire établis par W._____ SA pour les mois de mars 2022 à janvier 2023.

- Un courriel du 20 février 2023, par lequel l'assuré demandait à W._____ SA le remboursement de frais d'essence pour les mois de septembre et octobre 2022.
- Un courriel du 14 mars 2023, par lequel l'assuré demandait à W._____ SA de verser le salaire dû pour les heures effectuées du 22 au 28 février 2022 et réitérait sa demande de remboursement de frais d'essence pour les mois de septembre et octobre 2022.

La Caisse a par ailleurs établi le tableau suivant, analysant la fluctuation des heures travaillées par l'assuré de février à novembre 2022, fondé sur la Directive du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), LACI IC, ch. B95 :

Nombre de mois : **10** Fluctuation admise : **17%**

Mois	Heures effectuées	Nb heures limite inf.	Nb heures limite sup.	Limite inf.	Limite sup.
Nov 22	37.326154	106.41	148.98	hors limite	OK
Okt 22	177.76051	106.41	148.98	OK	hors limite
Sep 22	142.8469	106.41	148.98	OK	OK
Aug 22	28.814516	106.41	148.98	hors limite	OK
Jul 22	133.63591	106.41	148.98	OK	OK
Jun 22	168.16731	106.41	148.98	OK	hors limite
Mai 22	182.67935	106.41	148.98	OK	hors limite
Apr 22	179.18355	106.41	148.98	OK	hors limite
Mär 22	206.12538	106.41	148.98	OK	hors limite
Feb 22	20.431071	106.41	148.98	hors limite	OK
Moyenne	127.70				

Par décision du 20 mars 2023, la Caisse a refusé de donner suite à la demande d'indemnisation du 22 février 2023. Se référant à la Directive LACI IC, ch. B97, elle a exposé que l'assuré était engagé avec un contrat qui ne garantissait ni un certain volume d'occupation, ni un certain revenu. Or, sur les 10 mois d'activité précédant son incapacité, son taux d'occupation avait subi des variations dépassant les 17 % en plus ou en moins, de sorte que le caractère irrégulier de son horaire de travail était considéré comme normal et qu'il ne subissait pas de perte de travail à

prendre en considération lorsqu'il n'était pas appelé. L'assuré ne pouvait par conséquent pas bénéficier des prestations de l'assurance-chômage.

Priée par la Caisse de préciser certaines informations figurant dans son attestation 21 février 2023, W._____ SA a répondu le 24 mars 2023 qu'elle avait résilié les rapports de travail par courrier du 17 mars 2023, que le salaire avait été versé jusqu'au 7 novembre 2022 puis des indemnités journalières jusqu'au 21 février 2023 et que la rubrique « bonus » figurant dans les décomptes de salaire concernait les pourboires reçus par le collaborateur. Elle a joint le courrier qu'elle a adressé le 17 mars 2023 à l'assuré, résiliant le contrat de travail pour le 23 avril 2023, ainsi qu'une attestation de l'employeur rectifiée et le décompte de salaire du mois de février 2023.

Représenté par Syndicom, l'assuré a adressé une opposition, « subsidiairement demande de réexamen », à la Caisse le 20 avril 2023. S'agissant du réexamen, il invoquait la résiliation de son contrat de travail comme modification notable de la situation ultérieure à la décision. A l'appui de son opposition, il exposait que la période de référence à prendre en considération pour déterminer s'il subissait une perte de travail devait tenir compte du temps travaillé successivement pour R._____ Sàrl et pour W._____ SA, qui dépassait deux années. Le passage du premier employeur au second s'était fait sans transition, avec des contrats de même nature, de sorte qu'il fallait considérer qu'il s'agissait d'un seul rapport de travail. En ne l'invitant pas à mentionner sa période d'engagement auprès de R._____ Sàrl, la Caisse avait en outre failli à son devoir de renseignement et « versé dans l'arbitraire ».

Le 24 août 2023, la Caisse, par son autorité d'opposition, a rendu une décision sur opposition rejetant l'opposition et confirmant la décision litigieuse, en relevant que la question à trancher était de savoir si l'assuré subissait une perte de travail à prendre en considération à partir du 22 février 2023. S'appuyant sur la jurisprudence en matière de travail intérimaire, elle a considéré que le contrat de travail conclu avec W._____ SA et celui conclu avec R._____ Sàrl constituaient deux

contrats distincts, de sorte qu'il ne pouvait être tenu compte de ce dernier dans la période de référence pour déterminer si l'activité était suffisamment régulière pour qu'une perte de travail soit prise en considération. En raison de l'incapacité de travail de l'assuré du 8 novembre 2022 au 21 février 2023, la période d'observation était comprise entre le 26 février 2022 et le 7 novembre 2022, soit dix mois. Sur cette durée, le taux applicable pour déterminer l'intervalle de fluctuations admises était de 16.6 % et la moyenne d'heures mensuelles réalisées s'élevait à 127.4 heures. Il en résultait plusieurs dépassement des valeurs limites, comme le montrait le tableau suivant :

Mois	Heures effectuées	Nb heures limite inf.	Nb heures limite sup.	Limite inf.	Limite sup.
nov.22	37.326154	106.28	148.79	hors limite	OK
oct.22	177.76051	106.28	148.79	OK	hors limite
sept.22	137.01624	106.28	148.79	OK	OK
août.22	28.814516	106.28	148.79	hors limite	OK
juil.22	137.14425	106.28	148.79	OK	OK
juin.22	168.86898	106.28	148.79	OK	hors limite
mai.22	182.67935	106.28	148.79	OK	hors limite
avr.22	179.18355	106.28	148.79	OK	hors limite
mars.22	206.12538	106.28	148.79	OK	hors limite
févr.22	20.431071	106.28	148.79	hors limite	OK
Moyenne	127.54				

La Caisse en a déduit que l'assuré était partie à un rapport de travail où l'horaire irrégulier est considéré comme normal et qu'il ne subissait par conséquent pas de perte de travail ni de perte de gain lorsqu'il n'était pas appelé pour travailler. En conséquence, il n'avait pas droit à l'indemnité de chômage tant qu'il était sous rapport de travail, raison pour laquelle son opposition devait être rejetée. La Caisse a précisé que la conclusion subsidiaire de l'assuré tendant au réexamen faisait l'objet d'une procédure séparée, étant relevé que la Caisse devrait ensuite examiner si l'assuré remplissait les conditions du droit à l'indemnisation à compter de la résiliation de son contrat de travail. La Caisse a par ailleurs rejeté le grief de manquement à son devoir de renseigner en relevant que le formulaire de demande d'indemnité rempli par le recourant invitait clairement ce dernier à fournir les informations concernant ses emplois sur les deux années précédentes.

Le même jour, par son Pôle juridique et qualité, la Caisse a rendu une décision sur demande de réexamen, déclarant celle-ci irrecevable dans la mesure où la décision concernée n'était pas entrée en force.

B. D._____, toujours représenté par Syndicom, a recouru contre la décision sur opposition précitée auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal par acte du 27 septembre 2023, concluant à son annulation et au renvoi de la cause à l'intimée pour nouvelle décision. Il a fait valoir que W.____ SA avait créé la société R.____ Sàrl afin de lui transférer l'ensemble de ses travailleurs pour que cette dernière les place ensuite auprès d'elle. W.____ SA avait ensuite dû réengager les employés de R.____ Sàrl lorsque celle-ci avait perdu son autorisation de location de services. Il s'agissait d'un procédé abusif et il était nécessaire de protéger la bonne foi des travailleurs en considérant les deux contrats de travail du recourant comme un seul et même contrat. Il fallait ainsi prendre en compte le nombre d'heures de travail annuel et les fluctuations par rapport à la moyenne annuelle selon des rapports de travail débutés le 12 août 2019.

La Caisse, par son Pôle juridique et Qualité, a répondu le 25 octobre 2023. Concluant au rejet du recours, elle a relevé qu'aucun élément ne montrait qu'il y avait d'abord eu un engagement par W.____ SA puis un transfert à R.____ Sàrl. Les contrats de travail produits par le recourant montraient un engagement initial par R.____ Sàrl pour une mission temporaire de durée indéterminée auprès de W.____ SA, puis un engagement directement par cette dernière. Il apparaissait du reste que le contrat conclu avec W.____ SA ne tenait pas compte d'une ancienneté des rapports de travail puisqu'un temps d'essai de trois mois était prévu. Il était admissible de prévoir un temps d'essai lorsqu'au terme d'une mission temporaire, un travailleur concluait un contrat de travail de durée indéterminée avec l'entreprise pour laquelle il travaillait, dans la mesure où il n'y avait jamais eu formellement de relation contractuelle entre eux. Il n'y avait dès lors aucun abus de droit

dans cet état de fait. La Caisse a renvoyé pour le surplus à la motivation de sa décision sur opposition.

Par réplique du 20 novembre 2023, le recourant a confirmé ses conclusions. Il a exposé que W._____ SA, comme d'autres sociétés offrant du travail sur des plateformes numériques, avait créé R._____ Sàrl pour éviter de devoir régulariser les livreurs qui utilisaient sa plateforme. Il s'agissait d'un abus de droit « évident », qui n'était pas digne de protection. Le recourant avait été l'employé de W._____ SA dès le 12 août 2019 par l'intermédiaire d'une société écran et serait pénalisé à tort si le salaire versé par cette entreprise n'était pas pris en compte. Le temps d'essai instauré par W._____ SA n'était pas un indice suffisant pour considérer qu'il s'agissait de deux engagements distincts. En revanche, le fait que R._____ Sàrl avait refusé de se mettre en conformité avec la loi sur la location de service démontrait qu'il ne s'agissait que d'une société écran. Il fallait en conséquence examiner si la fluctuation du nombre d'heures dépassait 20 % sur une période prolongée de deux ans. Le recourant a joint un article publié en 2022 par le journal [...] annonçant la dissolution de R._____ Sàrl.

Dupliquant le 3 janvier 2024, la Caisse a déclaré maintenir sa conclusion tendant au rejet du recours et a renvoyé à sa décision sur opposition ainsi qu'à sa réponse du 25 octobre 2023.

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. 1 et 119 al. 1 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, déposé en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

2. Le litige porte sur le point de savoir si le recourant a subi une perte de travail à prendre en considération à compter du 22 février 2023.

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. 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).

b) A la conclusion d'un contrat de travail sur appel, il n'existe pas de garantie d'un certain volume d'occupation, de sorte que l'assuré ne subit pas de perte de travail ou de perte de revenu au sens de l'art. 11 al. 1 LACI pendant la période où il n'est pas appelé à travailler. En effet, on ne se trouve en présence d'une perte de travail que si une durée de travail hebdomadaire usuelle a été convenue entre employeur et employé (ATF 146 V 112 consid. 3.3).

Cela étant, il peut être dérogé à ce principe si les appels diminuent après que l'assuré a été appelé de manière plus ou moins constante pendant une période prolongée (ATF 146 V 112 précité consid.

3.3). D'après la jurisprudence, moins le nombre d'affectation d'un mois à l'autre fluctue, plus la période de comparaison prise en compte peut être courte ; celle-ci doit être plus longue si les heures attribuées sont irrégulières (ATF 107 V 59 consid. 1). En cas d'horaires de travail très irréguliers, avec des périodes répétées d'absence d'activité rémunérée plus ou moins longue ou de fortes fluctuations de la durée du travail d'un mois à l'autre, même la moyenne d'une très longue période ne permettra pas de calculer une durée normale de travail (ibidem).

c) Pour déterminer si l'on se trouve dans une situation dans laquelle une diminution du travail sur appel peut être considérée comme une perte de travail à prendre en considération au sens de l'art. 11 al. 1 LACI, il y a lieu de prendre pour période de référence les douze derniers mois ou toute la durée du rapport de travail s'il a duré entre six et douze mois. 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. 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. Lorsque le rapport de travail a duré au moins deux ans, il est justifié de prolonger la période de référence au-delà de douze mois (TF 8C_812/2017 du 23 août 2018 consid. 5.3.2 ; 8C_625/2013 du 23 janvier 2014 consid. 2.2 ; TFA C 9/06 du 12 mai 2006 consid. 1.2). Dans pareil cas, il convient de prendre en compte le nombre d'heures de travail annuel et les fluctuations par rapport à la moyenne annuelle (TF 8C_625/2013 du 23 janvier 2014 consid. 2.2 ; 8C_379/2010 du 28 février 2011 consid. 2.2.1). Il faut donc se fonder sur le nombre d'heures de travail accomplies par années, rétroactivement, à partir de la date d'inscription au chômage, et examiner dans quelle mesure les heures effectuées par la suite s'écartent de la moyenne annuelle (Bulletin LACI IC B97, confirmé notamment dans l'arrêt TF 8C_812/2017 précité consid. 5.3.2).

d) On parle de travail sur appel lorsqu'un employeur fait de temps en temps appel aux services d'un travailleur qui s'engage à se tenir durablement à disposition de celui-ci (TF 4A_534/2017 du 27 août 2018 consid. 3.2 ; Rémy Wyler/Boris Heinzer/David Zandirad, Droit du travail, 4^e édition, Berne 2019, p. 62).

On distingue entre le contrat de travail sur appel proprement dit et improprement dit. Dans le contrat de travail sur appel proprement dit, l'horaire et la durée du temps de travail sont fixés unilatéralement par l'employeur en fonction de ses besoins et le travailleur doit se tenir à disposition de celui-ci. En revanche, dans le contrat de travail sur appel improprement dit, le travailleur a le droit de refuser une mission proposée par l'employeur. Le travail sur appel improprement dit se distingue, quant à lui, du travail auxiliaire ou occasionnel en ce sens que le travailleur sur appel improprement dit accomplit ses missions dans le cadre d'un seul rapport de travail durable tandis que le travail auxiliaire repose sur la multiplication de contrats de travail de durée déterminée. Dans le cadre d'un travail auxiliaire, il n'existe pas de contrat-cadre et les rapports de travail, convenus pour chaque mission en particulier, prennent fin sans résiliation à l'expiration de la période de travail prévue. Pour déterminer si le rapport de travail est continu, la pratique tranche généralement en se fondant sur des critères objectifs comme la fréquence et la durée des prestations du travailleur. Un indice de continuité est notamment la succession des prestations effectuées à intervalles relativement courts ou réguliers ou, à défaut, la durée relativement longue des relations de travail (TF 8C_318/2014 du 21 mai 2015 consid. 5.1 et les références citées).

5. a) En l'espèce, il est constant que le recourant a sollicité des indemnités de chômage dès le 22 février 2023, à l'issue d'une période d'incapacité de travail, alors que le contrat conclu avec W. _____ SA était toujours en vigueur. Les parties s'accordent également sur le fait qu'il s'agissait d'un contrat de travail sur appel sans temps d'occupation garanti, si bien que la condition d'une perte de travail à prendre en considération doit être examinée par comparaison du temps de travail

effectif avec le temps de travail moyen calculé sur une période de référence.

A cet égard, l'intimée a pris comme référence le temps de travail moyen sur dix mois, de février à novembre 2022, à savoir l'entier de l'engagement du recourant auprès de W. _____ SA précédant son incapacité de travail. Elle a calculé que, sur cette période, le taux de fluctuation maximum admissible était de 16.6 % et le temps de travail mensuel moyen de 127.54 heures, puis a constaté que la limite inférieure avait été dépassée à trois reprises et la limite supérieure à cinq reprises, ce qui devait amener à nier toute perte de travail à prendre en considération.

b) Dans un premier moyen, le recourant a fait valoir que l'intimée aurait dû tenir compte d'une durée de référence plus longue, au motif que son engagement pour W. _____ SA devait être considéré comme un prolongement du contrat précédemment conclu avec R. _____ Sàrl.

Cette argumentation ne peut être suivie. En effet, comme l'a constaté à juste titre l'intimée, l'engagement du recourant auprès de R. _____ Sàrl relevait de la loi sur la location de travail et, même s'il était détaché auprès de W. _____ SA, l'intéressé n'avait alors aucun lien juridique avec cette dernière. Le salaire était versé par R. _____ Sàrl et les conditions de travail déterminées dans le contrat de mission établi par cette entreprise. La comparaison entre ce contrat de mission et le contrat de travail conclu ultérieurement avec W. _____ SA montre par ailleurs des différences importantes. En particulier, le salaire horaire brut offert par W. _____ SA est légèrement plus bas, mais cette entreprise propose cinq semaines de vacances par années contre quatre semaines prévues dans le contrat de mission établi par R. _____ Sàrl. Il apparaît en outre que ce contrat de mission offrait la possibilité au recourant de s'inscrire librement dans un planning et de refuser une course en tout temps. Or, le contrat de travail conclu avec W. _____ SA indique au contraire des délais à respecter pour s'inscrire dans un planning et l'obligation

d'exécuter toutes les missions confiées durant le temps de travail ainsi déterminé par l'employeur, sauf motif impérieux. Il en résulte que la mission confiée par R._____ Sàrl peut être qualifiée de travail sur appel improprement dit, tandis que le contrat de travail avec W._____ SA tombe dans la définition du travail sur appel proprement dit. Ainsi, contrairement à ce que semble alléguer le recourant, le temps d'essai fixé dans le contrat avec W._____ SA n'est pas l'unique indice permettant de conclure à des engagements différents.

A cet égard, il faut rappeler, à l'instar de l'intimée, que l'instauration d'un temps d'essai lors de l'engagement d'un travailleur intérimaire par l'entreprise locatrice est une pratique admise par la jurisprudence. Dans l'ATF 129 III 124 en particulier, le Tribunal fédéral a retenu que ni l'éventuel temps d'essai prévu dans le contrat de mission intérimaire, ni le temps durant lequel le travailleur intérimaire avait été mis à disposition dans l'entreprise ne pouvaient être décomptés du temps d'essai convenu dans le nouveau contrat. Cette solution s'imposait dès lors que le travail intérimaire est soumis à un traitement juridique distinct, lié à sa spécificité et au besoin particulier de souplesse qu'il requiert dans l'intérêt même des travailleurs. Compte tenu en particulier du rôle central joué par l'agence de placement, les parties au nouveau contrat de travail n'avaient pu éprouver leurs relations de confiance de la même façon qu'au moment où ils concluent un contrat de travail et qu'ils cherchent à nouer une relation juridique stable et durable entre eux (consid. 3.3). Cette argumentation plaide également en faveur d'une claire distinction entre les deux contrats successifs du recourant.

c) Dans un second moyen, le recourant a avancé que W._____ SA avait procédé de la sorte pour tous les livreurs qui travaillaient dans son entreprise et que R._____ Sàrl n'était qu'une société-écran, ce qui constituait un abus de droit dont il ne devait pas pâtir.

L'abus manifeste de droit (art. 2 al. 2 CC [code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210]) demeure toujours réservé. Ce principe

permet de corriger les effets de la loi dans certains cas où l'exercice d'un droit allégué créerait une injustice manifeste. Le juge apprécie la question au regard des circonstances concrètes, qui sont déterminantes. L'emploi dans le texte légal du qualificatif « manifeste » démontre que l'abus de droit doit être admis restrictivement. Les cas typiques en sont l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, l'utilisation d'une institution juridique de façon contraire à son but, la disproportion manifeste des intérêts en présence, l'exercice d'un droit sans ménagement ou l'attitude contradictoire (ATF 140 III 583 consid. 3.2.4; ATF 137 III 625 consid. 4.3; ATF 135 III 162 consid. 3.3.1).

En l'occurrence, le recourant n'a pas étayé le grief d'abus de droit. On doit relever en premier lieu, comme mentionné par l'intimée, que l'hypothèse d'une collaboration du recourant avec W._____ SA antérieure au contrat de mission confié par R._____ Sàrl n'a pas été démontrée. Quoi qu'il en soit, le fait que W._____ SA ait d'abord employé des livreurs uniquement via une plateforme numérique puis qu'elle ait eu recours à une entreprise de location de service avant d'engager directement l'ensemble de son personnel, ne paraît pas en soi constitutif d'un abus de droit. Au regard de l'évolution des conditions de travail qui en résulte, la manœuvre paraît au contraire constituer un avantage important pour les personnes concernées, avec une stabilisation progressive des relations contractuelles comme des conditions de travail. Pour le recourant, passer du statut de travailleur intérimaire mis à disposition par R._____ Sàrl à celui d'employé de W._____ SA a entraîné notamment l'octroi d'une semaine de vacances supplémentaire et des délais de résiliation plus longs. Cela étant, le changement de statut au sein de l'entreprise a placé le recourant dans la même situation que tout autre employé intérimaire qui est engagé directement par l'entreprise locatrice à l'issue d'une mission. Comme il l'a relevé lui-même, ce changement s'est fait dans la continuité, donc sans période non-travaillée entre les deux contrats. L'on ne discerne en conséquence pas d'abus de droit dans cette situation en regard de l'assurance-chômage, ce d'autant plus que les difficultés rencontrées par le recourant dans le cadre de son

engagement par W._____ SA ne sont pas liées au changement de statut mais à une modification ultérieure des conditions contractuelles.

d) En définitive, il faut constater que l'intimée était légitimée à ne tenir compte que du temps de travail auprès de W._____ SA pour déterminer l'existence d'une perte de travail à prendre en considération.

Les données utilisées par l'intimée pour procéder à son calcul sont résumés dans un tableau inclus dans la décision sur opposition. Le recourant n'a pas contesté les temps de travail mensuel retenus, ni le fait de ne pas prendre en compte la période durant laquelle il subissait une incapacité de travail. Il faut cependant constater que l'intimée aurait dû entièrement exclure le mois de février 2022 parce que l'engagement du recourant a pris effet à la fin de ce mois, ainsi que le mois de novembre 2022 dès lors que l'incapacité de travail en a impacté une large partie. La période de référence étant réduite à huit mois, le taux de fluctuation admissible applicable est de 13 % ($20 : 12 \times 8$) et le temps de travail moyen de 152.20 heures, soit un minimum de 132.41 heures et un maximum de 171.99 heures. Cette rectification laisse néanmoins apparaître plusieurs fluctuations dépassant ces valeurs limites (mars, mai, août et octobre). Dans ces conditions, la perte de travail ne peut être prise en considération tant et aussi longtemps que dure le contrat de travail.

e) Avec son opposition, le recourant a apporté un élément nouveau, à savoir la résiliation de son contrat de travail signifiée le 17 mars 2023 pour le 23 avril 2023. L'intimée a rendu une décision d'irrecevabilité sur la demande de reconsidération et a parallèlement constaté, dans la décision sur opposition objet du présent recours, que le droit à l'indemnité de chômage devrait être réexaminé par son agence [...].

Or, la résiliation du contrat de travail est intervenue au moment où la décision a été rendue par l'agence et le recourant s'en est prévalu immédiatement dans son opposition. En conséquence, il appartenait à l'intimée de statuer sur le droit à l'indemnité pour la période

postérieure à cette résiliation, cas échéant en procédant elle-même aux mesures d'instruction complémentaires nécessaires. Elle ne pouvait pas rejeter l'opposition et s'en remettre à une reprise de l'instruction de son agence [...], ni même rendre une décision de renvoi (cf. Valérie Défago Gaudin, in Dupont/Moser-Szeless [éd.], Commentaire romand de la Loi sur la partie générale des assurances sociales, Bâle 2018, nn. 28s ad art. 52 LPGA). Il convient par conséquent de constater que la décision sur opposition litigieuse est fondée en tant qu'elle statue sur le droit à l'indemnité pour la période du 23 février au 23 avril 2023, mais qu'elle doit être annulée pour le surplus et la cause renvoyée à l'intimée pour qu'elle examine si les conditions du droit à l'indemnité sont remplies à compter du 24 avril 2023 puis rende une nouvelle décision sur opposition.

6. a) Au vu de ce qui précède, le recours doit être partiellement admis, la décision sur opposition litigieuse étant confirmée en tant qu'elle porte sur la période du 23 février au 23 avril 2023 et annulée en tant qu'elle porte sur la période débutant le 24 avril 2023. En conséquence, la cause doit être renvoyée à l'intimée afin qu'elle complète l'instruction et rende une nouvelle décision relative au droit à l'indemnité de chômage du recourant à compter du 24 avril 2023.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. f^{bis} LPGA).

Obtenant partiellement gain de cause, la partie recourante a droit à une indemnité de dépens réduits à titre de participation aux honoraires de son conseil (art. 61 let. g LPGA). Il convient d'arrêter cette indemnité à 300 fr., débours et TVA compris (art. 10 et 11 TFJDA [tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative ; BLV 173.36.5.1]), et de la mettre intégralement à la charge de la partie intimée.

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

- I. Le recours est partiellement admis.

- II. La décision sur opposition rendue le 24 août 2023 par la Caisse cantonale de chômage est confirmée en tant qu'elle porte sur la période du 23 février au 23 avril 2023 et annulée en tant qu'elle porte sur la période débutant le 24 avril 2023. En conséquence, la cause doit être renvoyée à l'intimée pour complément d'instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants.

- III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

- IV. La Caisse cantonale de chômage versera une indemnité de 300 fr. (trois cents francs) à D. _____ à titre de dépens réduits.

La juge unique :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- Syndicom (pour D. _____),
- 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 :