

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 2 mars 2012

---

Présidence de      Mme    RÖTHENBACHER  
Juges    :      Mme Pasche et M. Berthoud, assesseur  
Greffière :      Mme Donoso Moreta

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

**H.**\_\_\_\_\_, à [...], recourante

et

**CAISSE J.**\_\_\_\_\_ **DE CHÔMAGE**, à Lausanne, intimée

---

**Art. 8 al. 1 et 11 al. 1 LACI**

**E n f a i t :**

**A.** H. \_\_\_\_\_ (ci-après : l'assurée ou la recourante), née en 1965, s'est inscrite le 5 mai 2010 auprès de l'Office régional de placement (ORP) de [...] comme demandeuse d'emploi à plein temps et a revendiqué les indemnités de chômage auprès de la Caisse J. \_\_\_\_\_ de chômage (ci-après : la Caisse ou l'intimée). Il ressort du formulaire "demande d'indemnité de chômage" complété et signé par l'assurée, mais non daté, que celle-ci a demandé l'indemnité journalière dès le 1<sup>er</sup> janvier 2010, et qu'elle travaillait encore pour le compte de D. \_\_\_\_\_ comme distributrice d'imprimés publicitaires. L'assurée annonçait toutefois avoir subi une diminution de salaire, due à une nouvelle quantité d'imprimés à distribuer.

Il est indiqué dans l'attestation de l'employeur complétée le 18 mai 2010 par D. \_\_\_\_\_ que l'assurée travaille comme distributrice d'imprimés publicitaires depuis le 5 mars 2008 dans le cadre d'un contrat de durée indéterminée, à raison de 8 heures par semaine. Le contrat de travail de l'assurée, tel que modifié par un avenant du 15 septembre 2009, stipule que le secteur d'activité de cette dernière se situe à [...] et que les quantités d'imprimés à distribuer, dont le tarif est fixé par ce contrat à 55 fr. 30/mille de 1 à 50 grammes et à 65 fr. 30/mille de 51 à 100 grammes, peuvent être modifiées en tout temps selon la situation, sans amendement dudit contrat. Dans un courrier du 18 mai 2010 également, D. \_\_\_\_\_ a attesté que, suite à l'arrivée au 1<sup>er</sup> janvier 2010 d'une société de distribution concurrente à [...], l'assurée avait été touchée par une baisse des distributions de publicités sur son secteur d'activité, et par conséquent également par une baisse de revenu, sans que cette diminution ne lui soit en aucun cas imputable.

Il ressort des bulletins de salaire établis par D. \_\_\_\_\_ que l'assurée a réalisé les revenus bruts suivants depuis janvier 2009 :

Janvier 2009 : 607 fr. 30

Février 2009 : 741 fr. 35

Mars 2009 : 997 fr. 55

Avril 2009 : 1'070 fr. 30

Mai 2009 : 1'197 fr. 65	Juin 2009 : 1'381 fr. 75
Juillet 2009 : 518 fr. 20	Août 2009 : 405 fr. 20
Septembre 2009 : 1'149 fr. 35	Octobre 2009 : 1'140 fr.
Novembre 2009 : 894 fr. 30	Décembre 2009 : 999 fr. 15
Janvier 2010 : 963 fr. 45	Février 2010 : 571 fr. 60
Mars 2010 : 902 fr. 25	Avril 2010 : 828 fr. 85
Mai 2010 : 626 francs.	

Par décision du 14 juin 2010, la Caisse a refusé de donner suite à la demande d'indemnisation de l'assurée, retenant que celle-ci était toujours sous contrat de travail auprès de D.\_\_\_\_\_. En effet, si depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2010, son employeur ne lui garantissait plus le même taux d'activité, son contrat de travail n'était pas résilié et l'assurée n'était donc pas partiellement sans emploi au sens de l'art. 10 LACI. Elle n'avait ainsi pas droit aux prestations de l'assurance-chômage.

Le 3 juillet 2010, l'assurée s'est opposée à cette décision, estimant être injustement pénalisée par une baisse de travail et de salaire dont elle n'avait pas été avertie, alors qu'elle ne demandait qu'à travailler.

Par décision sur opposition du 13 décembre 2010, la Caisse a rejeté l'opposition de l'assurée et confirmé sa décision du 14 juin 2010. Retenant que le contrat de travail de l'assurée était caractérisé par la façon dont elle était rémunérée, soit sur la base de la quantité d'imprimés publicitaires distribués (travail aux pièces ou à la tâche), elle a considéré qu'il s'agissait en l'espèce d'un travail sur appel. Il se justifiait donc, selon la jurisprudence applicable à ce type de contrats, de déterminer si l'assurée avait été appelée de manière plus ou moins constante pendant une période de référence, une perte de travail n'étant indemnisable que si le volume de travail, relativement constant pendant un certain temps, chute ensuite de manière significative. Or pour qu'un temps de travail puisse être présumé normal, il faut que ses fluctuations mensuelles ne dépassent pas 20% du nombre moyen des heures de travail fournies mensuellement pendant une période d'observation de douze mois. Comme les fiches de salaire de l'assurée ne précisaient pas la quantité

d'heures de travail effectuées, la Caisse a pris en considération le montant des salaires mensuels et, en émettant des hypothèses sur le salaire horaire de l'assurée - soit 22, 20 et 18 francs -, a obtenu une certaine quantité d'heures de travail mensuelles. Se souciant de garantir à l'assurée le calcul le plus favorable, la Caisse a en outre tenu compte, pour fixer le début de la période de référence de douze mois, tant de la date réelle d'inscription au chômage, à savoir mai 2010 (la période de référence se situant entre mai 2009 et avril 2010), que de la date à partir de laquelle l'assurée a invoqué une perte de gain, à savoir janvier 2010 (la période de référence se situant alors entre janvier et décembre 2009). Elle a également effectué un calcul en prenant pour base la statistique du nombre des publicités distribuées par semaine par l'assurée, que D.\_\_\_\_\_ lui a transmise. Or il s'est avéré que, dans toutes les hypothèses examinées, il se trouvait au moins un mois au cours duquel l'assurée avait accompli un total d'heures de travail supérieur ou inférieur à la moyenne de ses heures mensuelles augmentée, respectivement réduite, de 20%. Par conséquent, l'horaire de travail de l'assurée durant les deux périodes de référence retenues ne devait pas être considéré comme normal au sens de la LACI et la diminution de gain subie ne pouvait donc pas être prise en compte par l'assurance-chômage. Par ailleurs, à titre informatif, la Caisse a suggéré à l'assurée de se renseigner sur ses droits découlant de l'art. 326 CO auprès des organisations compétentes.

**B.** Par acte du 24 janvier 2011, H.\_\_\_\_\_ a interjeté recours contre la décision sur opposition du 13 décembre 2010, concluant implicitement à sa réforme, en ce sens qu'un droit aux indemnités de l'assurance-chômage lui est ouvert. Elle soutient que son employeur aurait dû l'avertir des conséquences de sa diminution de salaire et lui refaire un nouveau contrat de travail, affirmant que sa perte de salaire en 2010 se monte à 2'846 fr. 45. Elle fait par ailleurs grief à l'intimée de ne pas avoir tenu compte des mois de mai à décembre 2010 dans ses calculs.

Le 9 février 2011, la recourante a produit une copie d'un courrier qu'elle a adressé le 7 février 2011 à son employeur, dans lequel elle lui fait part de son mécontentement et l'informe du présent recours.

Par réponse du 28 février 2011, l'intimée a conclu au rejet du recours.

### **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 à l'assurance-chômage, sous réserve de dérogations expresses (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. 58 al. 1 LPGA). Le tribunal des assurances compétent est celui du canton de domicile de l'assuré ou d'une autre partie au moment du dépôt du recours (art. 58 al. 1 LPGA). Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA).

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) et prévoit à cet égard la compétence de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD).

**b)** Interjeté en temps utile, compte tenu des fêtes de l'art. 38 al. 4 let. c LPGA, auprès du tribunal compétent et satisfaisant en outre aux autres conditions de forme (art. 61 let. b LPGA), le recours est recevable.

2. Le recours porte sur le droit de H. \_\_\_\_\_ aux indemnités de l'assurance-chômage.

3. a) Aux termes de l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage pour autant qu'il remplisse les conditions suivantes :

- a. s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 10) ;
- b. s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (art. 11) ;
- c. s'il est domicilié en Suisse (art. 12) ;
- d. s'il a achevé sa scolarité obligatoire, qu'il n'a pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touche pas de rente de vieillesse de l'AVS ;
- e. s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (art. 13 et 14) ;
- f. s'il est apte au placement (art. 15) ;
- g. s'il satisfait aux exigences du contrôle (art. 17).

Selon l'art. 11 al. 1 LACI, il y a lieu de prendre en considération la perte de travail subie par l'assuré lorsqu'elle se traduit par un manque à gagner et dure au moins deux journées de travail consécutives. A ce sujet, concernant les contrats de travail sur appel, la Circulaire relative à l'indemnité de chômage (IC) édictée en janvier 2007 par le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) prévoit ce qui suit :

**« Principe : non prise en considération**

Dans un contrat de travail sur appel, les parties conviennent que le temps de travail dépend du volume de travail, c'est-à-dire que le travailleur est occupé au cas par cas sans droit de se voir donner du travail. Aucun temps d'occupation minimum n'étant convenu contractuellement, cette forme du travail sur appel ne garantit au travailleur ni un certain volume d'occupation ni un certain revenu ; il ne subit dès lors, dans les périodes où il n'est pas appelé à travailler, ni perte de travail ni perte de gain au sens de l'art. 11 al. 1 LACI puisqu'il ne peut y avoir perte de travail à prendre en considération que si un temps de travail hebdomadaire normal a été convenu entre l'employeur et le travailleur.

Si le contrat stipule que le salarié ne travaille que sur appel de l'employeur et qu'il n'est pas obligé d'accepter les missions proposées, le temps de travail résultant de cet accord spécial doit être considéré comme normal et le travailleur n'a partant pas droit à l'IC pour le temps où il n'est pas appelé à travailler.

### **Dérogation à ce principe**

La jurisprudence admet une dérogation à ce principe si le temps de travail fourni sur appel avant l'interruption de l'occupation présente un caractère régulier, sans fluctuations marquantes, sur une période assez longue. 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 ; pour une période d'observation de huit mois par exemple, ce plafond est de 13% ( $20\% : 12 \times 8$ ).

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. »

Selon la jurisprudence, la perte de travail au sens de l'art. 11 LACI est calculée en règle générale en fonction de l'horaire de travail habituel de l'assuré dans la profession ou le domaine d'activité concerné 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 c'est le nombre de jours où il est effectivement amené à travailler qui est considéré normal. Exceptionnellement, lorsque les appels diminuent après que l'assuré a été appelé de manière plus ou moins constante pendant une période prolongée (période dite de référence), sa perte de travail et de gain peut être prise en considération (ATF 107 V 59, consid. 1 ; TF 8C\_379/2010 du 28 février 2011, consid. 1.2 et les références). Le Tribunal fédéral a jugé que la période de référence de douze mois fixée par la Circulaire du SECO était en principe compatible avec les dispositions légales et

réglementaires, ainsi qu'avec la jurisprudence, dès lors qu'elle apparaissait appropriée pour des relations de travail relativement courtes. Dans le cas de rapports de travail s'étendant sur plusieurs années, il a considéré néanmoins qu'il convenait de prendre en compte le nombre d'heures de travail annuelles et les fluctuations par rapport à la moyenne annuelle (TFA C 9/06 du 12 mai 2006 et TF 8C\_379/2010 déjà cité, consid. 2.2.2). A cet égard, le Tribunal fédéral a précisé qu'une durée de rapports de travail d'un peu plus de deux ans n'est pas suffisante pour s'écarter du principe selon lequel une période de référence de douze mois suffit pour établir le temps de travail normal.

**4.** En l'espèce, la recourante est employée depuis le 5 mars 2008 comme distributrice d'imprimés publicitaires par la société D.\_\_\_\_\_, qui la rémunère en fonction des distributions effectuées. Un tel travail aux pièces ou à la tâche est assimilé par le Tribunal fédéral au travail sur appel (ATF 125 III 65). Le contrat de travail n'ayant pas été résilié par les parties, il convient d'examiner, à la lumière de la Circulaire du SECO et de la jurisprudence précitées, si la recourante a subi une perte de travail à prendre en considération au sens de l'art. 11 LACI, condition nécessaire à l'octroi des indemnités de chômage. Il s'agit par conséquent de déterminer si le temps de travail fourni sur appel par la recourante avant son inscription au chômage, respectivement avant la date à partir de laquelle elle requiert l'octroi des indemnités, a présenté, sur une période de douze mois (période justifiée eu égard à la durée des rapports de travail qui était alors inférieure à trois ans ; cf. TF 8C\_379/2010 précité), un caractère régulier, soit sans fluctuations mensuelles dépassant 20%, en plus ou en moins, du nombre moyen des heures de travail fournies mensuellement durant la même période.

A cet égard, l'intimée a procédé à un calcul basé sur le montant des salaires mensuels perçus par la recourante, en émettant des hypothèses sur son salaire horaire - soit 22, 20 et 18 francs - afin d'obtenir une estimation de ses heures de travail mensuelles. Quant à la période de référence de 12 mois, l'intimée a tenu compte tant de celle

précédant la date réelle de l'inscription au chômage de la recourante, à savoir mai 2010 (la période de référence se situant entre mai 2009 et avril 2010), que de celle précédant la date à partir de laquelle l'assurée a invoqué une perte de gain et demandé les indemnités de chômage, à savoir janvier 2010 (la période de référence allant de janvier à décembre 2009). Elle a en outre effectué un calcul en prenant pour base la statistique du nombre des publicités distribuées par semaine par l'assurée, que D. \_\_\_\_\_ lui a transmise. Toutes ces hypothèses, dont les calculs sont corrects, conduisent à des résultats similaires : pour chacune d'entre elles, il se trouve au moins un total mensuel d'heures de travail supérieur ou inférieur à la moyenne des heures mensuelles augmentée, respectivement réduite, de 20%.

Au demeurant, il convient de remarquer qu'il suffisait à l'intimée de se fonder sur la moyenne des salaires perçus par l'assurée durant les deux périodes de référence retenues et d'effectuer le calcul suivant (les montants des salaires mensuels supérieurs ou inférieurs à la fluctuation admissible de 20% figurent en gras) :

Période de référence : janvier à décembre 2009 :

Moyenne des salaires = 925 fr. 18 (soit [**607,30** + 741,35 + 997,55 + 1'070,30 + **1'197,65** + **1'381,75** + **518,20** + **405,20** + **1'149,35** + **1'140** + 894,30 + 999,15] / 12)

*Fluctuation admissible :*

925,18 + (20% de 925,18) = 1'110,21

925,18 - (20% de 925,18) = 740,14

Période de référence : mai 2009 à avril 2010 :

Moyenne des salaires = 912 fr. 65 (soit [**1'197,65** + **1'381,75** + **518,20** + **405,20** + **1'149,35** + **1'140** + 894,30 + 999,15 + 963,45 + **571,60** + 902,25 + 828,85] / 12)

*Fluctuation admissible :*

$$912,65 + (20\% \text{ de } 912,65) = 1'095,18$$

$$912,65 - (20\% \text{ de } 912,65) = 730,12$$

Dès lors que, comme il apparaît ci-dessus, plusieurs salaires mensuels perçus par la recourante durant la période de référence retenue s'avèrent inférieurs ou supérieurs à la fourchette de fluctuation admissible de 20%, il est impossible en l'espèce de déterminer un temps de travail normal. En conséquence, la perte de travail et de gain subie par la recourante ne peut pas être prise en considération. Le droit aux indemnités journalières de l'assurance-chômage ne lui est donc pas ouvert.

En réalité, comme l'a relevé à juste titre l'intimée, la recourante paraît bien plutôt avoir l'intention de faire valoir des prétentions civiles à l'encontre de son employeur. Il lui appartient donc d'agir par les voies propres à de telles prétentions, sans que le présent arrêt ne préjuge en rien de l'issue d'une éventuelle procédure civile.

**5.** Au vu de ce qui précède, le recours, mal fondé, doit être rejeté et la décision attaquée confirmée.

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, dès lors que la recourante n'obtient pas gain de cause (art. 55 al. 1 LPA-VD ; 61 let. g LPGA).

**Par ces motifs,  
la Cour des assurances sociales  
p r o n o n c e :**

- I. Le recours est rejeté.
  
- II. La décision sur opposition rendue le 13 décembre 2010 par la Caisse J.\_\_\_\_\_ de chômage est confirmée.
  
- III. Il n'est pas perçu de frais, 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 :

- H.\_\_\_\_\_,
- Caisse J.\_\_\_\_\_ 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 :