

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 7 décembre 2009

Présidence de M. DIND
Juges : M. Berthoud et Mme Feusi, assesseurs
Greffière : Mme de Quattro Pfeiffer

Cause pendante entre :

B. _____, à Lausanne, recourante,

et

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, Division juridique, à Lausanne,
intimée.

Art. 23 LACI et art. 24 LACI

E n f a i t :

A. B._____, née en 1963, comédienne de profession, a travaillé à ce titre à taux variables pour différents employeurs depuis le mois de juillet 2006. De mars à août 2007, elle a participé à un spectacle organisé par l'association X._____, tout en fonctionnant comme adaptatrice pour le Théâtre Z._____ durant le mois de mars 2007. L'assurée ayant sollicité l'octroi d'indemnités de chômage par demande du 12 juin 2007, un troisième délai-cadre d'indemnisation lui a été ouvert dès le 2 juillet suivant.

Selon les attestations de gains intermédiaires remplies par ses employeurs, l'assurée a travaillé en France pour le compte de l'association X._____ durant les mois de mars et avril 2007, ainsi que du 15 au 30 juin 2007, réalisant ainsi un gain mensuel brut de 4'000 fr. pour huit heures de travail par jour. Le salaire obtenu auprès du Théâtre Z._____ s'élevait pour sa part à 4'500 francs.

Par courriers des 14 novembre et 11 décembre 2007, l'assurée a signalé à la Caisse cantonale de chômage (ci-après : CCH ou la caisse) plusieurs irrégularités dans le calcul de son gain assuré. Elle demandait en particulier la prise en compte de toutes les activités exercées depuis le mois de juillet 2005, ainsi que la compensation de ses gains intermédiaires réalisés entre mars et juillet 2007.

Le 14 décembre 2007, la CCH a informé l'assurée que les deux gains intermédiaires réalisés auprès de l'association X._____ et du Théâtre Z._____ en mars 2007 ne pouvaient être cumulés dans le calcul du gain assuré, dans la mesure où une activité dépassant un horaire à 100% devait être considérée comme des heures supplémentaires. Elle ajoutait que le salaire gagné à l'étranger durant les mois de mars, avril et juin 2007 ne pouvait être compensé qu'à des conditions restrictives, à savoir notamment s'il était perçu par une personne frontalière rentrant au moins une fois par semaine à son domicile en Suisse, et précisait enfin

qu'une compensation de la perte de gain n'était possible que dans la mesure où le salaire réalisé était inférieur au montant des indemnités journalières normalement versées par l'assurance-chômage. Elle invitait dès lors l'assurée à produire toute attestation de gain intermédiaire corrigée éventuelle, à réception desquelles elle procéderait à un réexamen du dossier.

Le 7 janvier 2008, l'assurée a communiqué à la caisse les statuts de l'association X._____. Elle précisait par ailleurs que les attestations de gains intermédiaires faisaient l'objet d'une vérification par ses employeurs et qu'elle était à l'évidence rentrée une fois par semaine en Suisse pendant les mois de mars à juin 2007, dès lors qu'elle y avait sa fille mineure et son domicile.

Selon les nouvelles attestations de gains intermédiaires produites par l'assurée, celle-ci aurait travaillé à 50% pour l'association X._____ en mars 2007, puis à un taux irrégulier, et aurait pris deux jours et demi de vacances jusqu'en juin 2007.

Par décision du 24 avril 2008, la CCH, Agence de Lausanne (ci-après : l'agence), a fixé l'indemnité journalière de l'assurée à 179 fr. 90 dès le 2 juillet 2007, sur la base d'un gain assuré de 4'880 francs. Elle précisait que dans la mesure où le gain assuré se fondait sur un gain intermédiaire, les indemnités compensatoires étaient prises en considération indépendamment du nombre de jours où l'assuré avait travaillé et ne pouvaient pas dépasser le gain intermédiaire réalisé pendant la période de contrôle. Elle rappelait en outre que les heures supplémentaires effectuées n'étaient pas prises en compte dans le calcul du gain assuré et qu'une activité à l'étranger ne pouvait être compensée que restrictivement. L'agence procédait dès lors au calcul du gain assuré de la manière suivante :

| Période de contrôle | Période de contrôle entière ou | Jours de travail possibles | Jours ouvrables à prendre | Salaire soumis à cotisation | Indemnité de chômage | Indemnité compensatoire à prendre en |
|---------------------|--------------------------------|----------------------------|---------------------------|-----------------------------|----------------------|--------------------------------------|
|---------------------|--------------------------------|----------------------------|---------------------------|-----------------------------|----------------------|--------------------------------------|

| dans les 12 derniers mois civils | entamée à prendre en considération | pendant la période de contrôle | en compte dans la période de contrôle | | selon SIPAC | compte |
|--|--|--|--|----------|----------------|----------|
| 06.07 | 0.48 | 21 | 10 | 1'701.28 | 795.85 | 795.85 |
| 06.07 | 0.52 | 21 | 11 | 1'990.72 | | |
| 05.07 | 1 | 23 | 23 | 3'692.00 | 2'000.45 | 2'000.45 |
| 04.07 | 1 | 21 | 21 | 3'692.00 | | |
| 03.07 | 1 | 22 | 22 | 4'500.00 | | |
| 11.06 | 1 | 22 | 22 | 5'538.63 | | |
| 10.06 | 1 | 22 | 22 | 5'077.08 | | |
| 09.06 | 1 | 21 | 21 | 5'077.08 | | |
| 07.06 | 1 | 21 | 21 | 3'406.25 | 1'570.25 | 1'570.25 |

L'assurée a fait opposition à cette décision le 5 mai 2008, reprochant à l'agence de ne pas avoir tenu compte des nouvelles indications qu'elle lui avait communiquées. Elle demandait par conséquent la compensation de son gain intermédiaire réalisé en France, ainsi que la prise en compte dans le gain assuré de ses vacances et de la totalité des revenus réalisés entre septembre et novembre 2006 et en mars 2007.

Par décision sur opposition du 9 octobre 2008, la CCH, Division juridique, a partiellement admis l'opposition et annulé la décision attaquée, considérant que le gain intermédiaire réalisé par l'assurée à l'étranger devait être pris en compte, en application des règles sur les travailleurs détachés. Elle estimait en revanche que les heures de travail effectuées par l'intéressée en sus de son activité à plein temps pour l'association X. _____ durant le mois de mars 2007 n'avaient pas à être pris en considération dans le calcul du gain assuré, dès lors qu'elles constituaient des heures supplémentaires, et qu'il avait été tenu compte des vacances conformément à la loi. La caisse renvoyait ainsi le dossier à l'agence, afin que celle-ci procède, le cas échéant, à la compensation des gains intermédiaires réalisés en France et au calcul du nouveau gain assuré.

B. B._____ a recouru contre cette décision sur opposition auprès du Tribunal des assurances par acte du 4 novembre 2008. Elle fait grief à la caisse de ne pas avoir pris en considération les attestations de gains intermédiaires rectifiées qu'elle avait pourtant demandées et requiert la prise en compte de ses vacances et de la totalité des revenus réalisés dans le calcul de son droit aux prestations. Elle précise que le travail effectué au Théâtre Z._____ en mars 2007 l'a été sans précision d'horaire, à côté de ses répétitions, et qu'ayant une fille mineure seule, elle n'a pas pu travailler à plus de 100 pour-cent.

Dans sa réponse du 4 décembre 2008, la CCH conclut au rejet du recours. Elle expose qu'en procédant au calcul de l'indemnité journalière, l'agence a pris comme période de référence les mois de juillet 2006 à juin 2007, qu'elle a systématiquement déduit l'indemnité de vacances du salaire brut réalisé et qu'elle n'a pas cumulé les différents emplois exercés par la recourante entre septembre et novembre 2006 et en mars 2007, car ils dépassaient le taux d'activité maximal de 100 pour-cent. L'intimée précise cependant que l'erreur de l'agence consistant à écarter le gain intermédiaire réalisé à l'étranger a été rectifiée dans la décision sur opposition, de sorte que celle-ci doit être confirmée.

Dans ses déterminations du 7 octobre 2009, la recourante expose que, la question des gains intermédiaires à l'étranger ayant été réglée, seule demeure litigieuse la prise en compte de ses vacances et des gains cumulables dans le calcul du gain assuré.

E n d r o i t :

1. a) A teneur de la disposition transitoire de l'art. 117 al. 1 LPA-VD (loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36), en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2009, les causes pendantes devant les autorités administratives et de justice administratives à l'entrée en vigueur de la présente loi sont traitées selon cette dernière.

La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, qui succède au Tribunal des assurances, est donc compétente pour statuer (art. 93 let. a LPA-VD).

b) Interjeté dans le délai légal de trente jours dès la notification de la décision attaquée, le recours l'a été en temps utile (art. 60 al. 1 LPGA [loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1]) ; il satisfait en outre aux autres conditions légales (art. 61 let. b LPGA), de sorte qu'il est recevable en la forme.

2. Le litige porte sur le montant de l'indemnité de chômage allouée à la recourante durant la période d'indemnisation du 2 juillet 2007 au 1^{er} juillet 2009, en particulier sur le montant du gain assuré.

a) Selon l'art. 23 al. 1, 1^{ère} phrase, LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.0), est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence, y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement, dans la mesure où elles ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail. Lorsque le calcul du gain assuré est basé sur un gain intermédiaire que l'assuré a réalisé durant le délai-cadre de cotisation, les indemnités compensatoires sont prises en considération dans le calcul du gain assuré comme si elles étaient soumises à cotisation, pour autant que le montant du gain intermédiaire atteigne le montant minimum visé à l'al. 1 (al. 4). Le montant des indemnités compensatoires à prendre en considération ne doit pas dépasser le montant du gain intermédiaire réalisé pendant la période de contrôle (al. 5).

Aux termes de l'art. 24 al. 1 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. Selon l'al. 3 de cette même disposition, 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.

b) Lorsque le salaire varie en raison de l'horaire de travail usuel dans la branche ou du genre de contrat de travail, le gain assuré sera calculé sur les douze derniers mois, mais au plus sur la moyenne de l'horaire de travail convenu contractuellement (art. 37 al. 3^{bis} OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.02]). Lorsque l'assuré réalise un revenu inférieur à son indemnité de chômage, il a droit à des indemnités compensatoires pendant le délai-cadre d'indemnisation (41a al. 1 OACI).

c) Le salaire pris en considération comme gain assuré se rapproche de la notion de salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS (cf. art. 5 al. 2 LAVS [loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants, RS 831.10]), mais ne se recouvre pas exactement avec celui-ci, comme cela ressort du terme « normalement » utilisé à l'art. 23 al. 1 LACI (Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 2^{ème} éd., n. 366 p. 2288). Certains montants perçus par le salarié, certes soumis à cotisations, n'entrent dès lors pas dans la fixation du gain assuré. Il en va ainsi notamment de la rémunération des heures supplémentaires (ATF 129 V 105) et de l'indemnité de vacances (à certaines conditions : ATF 130 V 492 consid. 4.2.4).

3. Par un premier moyen, la recourante reproche à la caisse intimée de ne pas avoir tenu compte de la totalité des gains intermédiaires réalisés pendant le délai-cadre d'indemnisation dans le calcul du gain assuré.

a) Selon la jurisprudence, les indemnités versées pour les heures supplémentaires ne font pas partie du gain assuré (cf. supra, consid. 2c). Par heures supplémentaires, il faut comprendre tant le travail

supplémentaire au sens de l'art. 13 LTr (loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, RS 822.11) que les heures accomplies en sus de l'horaire habituel au sens de l'art. 321c CO (code des obligations du 30 mars 1911, RS 220 ; cf. ATF 129 V 105 ; Rubin, Assurance-chômage : Droit fédéral, survol des mesures cantonales, procédure, 2^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2006, p. 308).

b) En l'occurrence, la période de référence prévue par l'art. 37 al. 3^{bis} OACI court de juillet 2006 à juin 2007. Durant le mois de mars 2007, la recourante a cumulé deux revenus différents, à savoir celui touché auprès de l'association X. _____ et celui versé par le Théâtre Z. _____, s'élevant respectivement à 4'000 fr. et 4'500 francs. L'assurée demande la prise en compte de ces deux revenus dans le calcul du gain assuré, faisant valoir qu'elle a travaillé au Théâtre Z. _____ sans précision d'horaires à côté de ses répétitions et que, ayant une fille mineure, elle n'a pas pu travailler à plus de 100% pour ces deux emplois. Or, il ressort de l'attestation remplie par l'association X. _____ que l'intéressée a travaillé tout le mois de mars 2007 pour cet employeur à raison de huit heures journalières, soit à un taux de 100 pour-cent. L'attestation de gain intermédiaire corrigée, produite ultérieurement par la recourante et dont il ressort qu'elle n'aurait travaillé qu'à 50%, ne modifie en rien cette appréciation, dans la mesure où cette attestation ne mentionne pas avec précision les heures de travail effectuées et que le salaire mensuel, inchangé, correspond très vraisemblablement à celui d'une activité exercée à plein temps. Cela étant, c'est donc à juste titre que la caisse intimée n'a pas tenu compte dans son calcul du gain assuré des heures effectuées par la recourante pour le Théâtre Z. _____.

Ce même raisonnement doit être tenu pour le mois de septembre 2006, durant lequel la recourante a travaillé à plein temps comme metteuse en scène pour le compte d'une compagnie théâtrale à raison de 5'500 fr., de sorte que le gain supplémentaire réalisé en tant qu'enseignante (1'500 fr.) n'entre pas davantage dans la fixation du gain assuré.

Partant, le premier grief de la recourante se révèle mal fondé et la décision attaquée doit donc être confirmée sur ce point.

4. Par un second moyen, la recourante requiert la prise en compte de ses vacances dans le calcul du gain assuré.

a) Bien qu'elles fassent partie du salaire déterminant au sens de la LAVS, les indemnités de vacances versées en plus du salaire de base sous la forme d'un pourcentage ne font pas partie du gain assuré. Une pratique contraire aurait pour effet de favoriser sans motif l'assuré dans cette situation par rapport à celui qui prend réellement les vacances auxquelles il a droit. Il convient toutefois d'établir combien de jours de vacances sont dédommagés par de telles compensations financières au cours de la période de cotisation déterminante. Dès lors, les indemnités de vacances perçues par l'assuré en sus de son salaire horaire ou mensuel doivent être considérées comme faisant partie du gain assuré du mois au cours duquel l'intéressé a pris effectivement ses vacances (ATF 125 V 42 consid. 5b p. 47 ; TF 8C_676/2008 du 28 novembre 2008, consid. 3.1 et les références). Le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) a précisé à cet égard, dans sa circulaire relative à l'indemnité de chômage (ci-après: IC 2007), que l'indemnité de vacances versée en plus du salaire de base n'est prise en compte comme gain intermédiaire qu'au moment où l'assuré prend effectivement ses vacances (IC 2007, C125). Dès lors, l'indemnité de vacances est déduite du gain intermédiaire à prendre en considération et ce n'est que quand l'assuré prend ses vacances que l'indemnité de vacances acquise est prise en compte comme gain intermédiaire (IC 2007, C149).

b) En l'espèce, force est de constater que tant la décision de l'agence du 24 avril 2008 que la décision sur opposition attaquée restent muettes à ce sujet, cette dernière se limitant à mentionner que « les vacances de l'opposante [...] ont été prises en compte conformément à la loi ». Cela étant, le grief de la recourante portant sur le fait que la caisse intimée a requis la production de documents rectifiés, sans en tenir compte par la suite dans la détermination du gain assuré, est fondé. En

effet, selon le tableau figurant dans la décision initiale du 24 avril 2008, l'indemnité de vacances semble avoir été déduite du salaire soumis à cotisation, sans toutefois avoir été ajoutée lorsque la recourante a effectivement pris des vacances, exception faite du mois de mars 2007. Après l'obtention des attestations de gains intermédiaires corrigées, la CCH aurait dû réexaminer le dossier à la lumière de ces nouveaux éléments et procéder à un nouveau calcul. En tout état de cause, la caisse intimée n'a pas apprécié les preuves conformément aux exigences du droit fédéral et a violé son obligation de motiver sa décision sur ce point, de sorte que la cour de céans n'est pas en mesure de se prononcer en toute connaissance de cause.

Par conséquent, le dossier doit être renvoyé à l'intimée, afin que celle-ci réexamine la question du sort des vacances dans le calcul du gain assuré et prenne une nouvelle décision, dûment motivée.

5. En définitive, le recours doit être admis, la décision attaquée annulée et le dossier de la cause renvoyé à la caisse intimée, afin que celle-ci se détermine de manière claire et motivée sur la prise en compte de l'indemnité de vacances dans le calcul du gain assuré.

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 (art. 55 LPA-VD).

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

- I. Le recours est admis.

- II. La décision sur opposition rendue le 9 octobre 2008 par la Caisse cantonale de chômage est annulée.

III. La cause est renvoyée à la Caisse cantonale de chômage pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

IV. Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens.

Le président :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- B. _____
- 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 :