

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 15 janvier 2010

Présidence de M. JOMINI, juge unique

Greffière : Mme Berberat

Cause pendante entre :

H. _____, à Montreux, recourant,

et

CAISSE CANTONALE DE CHOMAGE, à Lausanne, intimée.

Art. 23 al. 3 LACI

E n f a i t :

A. H._____, né en 1946, a demandé à la Caisse cantonale de chômage (ci-après: la Caisse) l'octroi d'indemnités de chômage à partir du 30 mars 2007.

Par décision du 14 avril 2009, la Caisse (agence de la Riviera, à Vevey) a refusé cette demande, l'assuré ne remplissant pas la condition relative à la période de cotisation.

H._____ a formé opposition le 5 mai 2009. Une première décision sur opposition a été rendue le 6 juillet 2009 par la Caisse, qui l'a ensuite annulée et remplacée par une "décision sur opposition rectificative", du 14 juillet 2009. Cette décision rejette l'opposition et mentionne que la première décision (refus de prestations) est maintenue. Ainsi, s'agissant de la condition prévue à l'article 13 al. 1 LACI, soit l'exercice durant douze mois au moins d'une activité soumise à cotisation, la Caisse a exposé les motifs suivants (ch. 4 des considérants en droit) :

"En l'occurrence, le délai-cadre de cotisation de l'opposant s'étend du 30 mars 2007 au 29 mars 2009. Dans ce délai-cadre, la Caisse a considéré que l'assuré avait travaillé 9 mois et 29 jours auprès du Musée de B. La Caisse a retenu des périodes de cotisation pour l'activité exercée par l'assuré au Musée de B. du 2 juillet 2007 au 31 août 2007, du 3 octobre 2007 au 31 octobre 2007 et du 1er avril 2008 au 31 octobre 2008. La Caisse a en effet ouvert un premier délai-cadre sur la base de l'activité exercée par l'assuré à la Ville de N. et a considéré que l'activité exercée auprès du Musée de B. était une activité accessoire. Elle a donc considéré que le montant de Fr. 1'153.-, représentant une moyenne du salaire perçu en 2005 et 2006 par l'assuré, ne devait pas être pris en compte en tant que gain intermédiaire. Par contre, si l'assuré effectuait plus d'heures au Musée de B., et dépassait ainsi le montant de Fr. 1'153.-, les heures supplémentaires effectuées devaient être prises en compte comme gain intermédiaire et devaient représenter des périodes de cotisation pour l'ouverture d'un éventuel nouveau délai-cadre. En l'occurrence, l'assuré a effectué des heures supplémentaires au Musée de B. et a ainsi dépassé le montant de Fr. 1'153.- du 2 juillet 2007 au 31 août 2007, du 3 octobre 2007 au 31 octobre 2007 et du 1er avril 2008 au 31 octobre 2008. Cette période représente un total de 9 mois et 29 jours. Les autres périodes où l'assuré a travaillé auprès du Musée de B. doivent être considérées comme du gain accessoire. La condition des 12 mois de cotisation n'est ainsi pas

atteinte ce qui implique qu'un nouveau délai-cadre ne peut être ouvert."

B. Le 13 août 2009, H. _____ a recouru au Tribunal cantonal contre la décision sur opposition du 14 juillet 2009. Il a demandé le réexamen attentif de son dossier, ainsi qu'une décision positive, en faisant valoir en substance que le revenu réalisé au Musée de B. dès le 1er avril 2007, dans le cadre d'un emploi régulier à temps partiel, était en réalité un gain intermédiaire, pour 7 mois de travail en 2007 et 7 mois et demi en 2008. Le recourant a produit à cet effet une attestation du 10 août 2009 de la Société du Musée de B., qui indique qu'il a été occupé en qualité de gardien auxiliaire de ce musée entre 1999 et 2006, puis qu'il a été engagé comme gardien titulaire dès le 1er avril 2007. Son activité est décrite comme "régulière, 6 à 7/7 jours, durant la saison d'ouverture du musée, du 1er avril au 31 octobre". Il est en outre payé à l'heure.

Dans sa réponse du 10 septembre 2009, la Caisse se réfère à sa décision.

Dans une écriture complémentaire du 5 octobre 2009, le recourant expose qu'il a exercé une activité dépendante durant 14 mois et demi dans les limites du délai-cadre (du 30 mars 2007 au 29 mars 2009), et que son gain était en moyenne supérieur à 1'153 fr. (moyenne de 1'376 fr. en 2007 et de 1'713 fr. en 2008).

C. Les éléments suivants ressortent du dossier de la Caisse:

H. _____ a travaillé du 2 novembre 1999 au 31 octobre 2006 au service de la Ville de N., comme remplaçant gardien de musée (au Musée T.), pendant environ 1'000 heures par année. Par exemple en 2005, il a travaillé de mai à octobre, pour un salaire brut total de 27'810 fr.; en 2006 (mai-octobre), le salaire brut total était de 27'990 fr.

H._____ travaillait également, à la même époque, comme gardien auxiliaire au Musée de B. En 2004, 2005 et 2006 (pour la période de mai à octobre environ), il a perçu des salaires bruts respectivement de 8'483 fr., 6'288 fr. et 8'322 fr.

En 2007 et 2008, le Musée de B. a versé à H._____ les salaires bruts suivants :

avril 2007, 50 heures, 1'215 fr.
mai 2007, 40 heures, 972 fr.
juin 2007, 45 heures, 1'093 fr.
juillet 2007, 65 heures, 1'579 fr.
août 2007, 50 heures, 1'215 fr.
septembre 2007, 48 heures, 1'166 fr.
octobre 2007, 53 heures, 1'287 fr.
novembre 2007, 15 heures, 364 fr.
mars 2008, 27 heures, 684 fr.
avril 2008, 66 heures, 1'673 fr.
mai 2008, 57 heures, 1'444 fr.
juin 2008, 60 heures, 1'521 fr.
juillet 2008, 63 heures, 1'597 fr.
août 2008, 60 heures, 1'521 fr.
septembre 2008, 66 heures, 1'673 fr.
octobre 2008, 69 heures, 1'749 fr

E n d r o i t :

1. a) Le recours, interjeté auprès du tribunal compétent dans le délai légal de trente jours dès la notification de la décision sur opposition attaquée, est recevable au regard des art. 56 à 60 LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1), laquelle loi est applicable en vertu de l'art. 1 al. 1 de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI, RS 837.0).

b) La loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD, RSV 173.36), entrée en vigueur le 1er janvier 2009, s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD). La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer (art.

93 al. 1 let. a LPA-VD). Vu le montant du revenu en cause (revenu d'une activité dépendante pendant 12 mois, selon les chiffres exposés plus haut) et compte tenu de l'indemnisation qui pourrait le cas échéant être octroyée sur cette base, il y lieu de considérer que la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 fr. et que, partant, le juge unique est compétent pour statuer (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

2. a) A teneur de l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage :

- 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) et
- g. s'il satisfait aux exigences du contrôle (art. 17).

Les sept conditions du droit à l'indemnité de chômage énumérées par l'art. 8 al. 1 let. a à g LACI sont cumulatives et non alternatives, de sorte qu'elles doivent toutes être remplies pour permettre l'ouverture du droit à l'indemnité (ATF 124 V 215 consid. 2 ; TFA C 113/02 du 13 août 2003, consid. 2 et la référence citée; Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, vol. I, n° 2 ad art. 8, p. 111).

b) Le droit à l'indemnité de chômage n'est ainsi ouvert, entre autres conditions, que si l'assuré remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré, ceci au sens des art. 13 et 14 LACI. Ainsi, l'art. 13 al. 1 LACI dispose que remplit les conditions relatives à la période de cotisation celui qui a exercé durant douze mois au moins une

activité soumise à cotisation dans les limites du délai-cadre de cotisation tel que défini à l'art. 9 LACI. A teneur de cette dernière disposition, le délai-cadre de cotisation commence à courir deux ans avant le délai-cadre applicable à l'indemnisation (al. 3), ce dernier débutant le premier jour où toutes les conditions dont dépend le droit à l'indemnité sont réunies (al. 2), soit les conditions cumulatives de l'art. 8 LACI évoquées ci-dessus.

c) Un gain accessoire n'est pas assuré. Est réputé accessoire tout gain que l'assuré retire d'une activité dépendante exercée en dehors de la durée normale de son travail ou d'une activité qui sort du cadre ordinaire d'une activité lucrative indépendante (art. 23 al. 3 LACI). Certains montants perçus par le salarié, certes soumis à cotisations, n'entrent pas dans la fixation du gain assuré. Il en va ainsi de la rémunération des heures supplémentaires (ATF 129 V 105), de l'indemnité de vacances à certaines conditions (DTA 2000 n° 7 p. 33), des gains accessoires (ATF 125 V 478, consid. 5a) ou encore des indemnités de frais (DTA 1992 n° 14 p. 141). L'assurance-chômage n'a en effet pas vocation d'indemniser les pertes d'activités qui dépassent l'horaire normal de travail (TFA C 139/05 du 26 juin 2006, consid. 4.1).

3. En l'espèce, le recourant, qui demande une décision constatant qu'il a exercé une activité dépendante pendant au moins 12 mois durant le délai-cadre de cotisation (du 30 mars 2007 au 29 mars 2009), soutient que le revenu réalisé en tant qu'employé du Musée de B. est un gain intermédiaire, et non pas un gain accessoire. Il reproche (implicitement) à la Caisse une mauvaise application de l'article 23 al. 3 LACI, qui prévoit qu'un gain accessoire n'est pas assuré, et qui précise qu'"est réputé accessoire tout gain que l'assuré retire d'une activité dépendante exercée en dehors de la durée normale de son travail ou d'une activité qui sort du cadre ordinaire d'une activité lucrative indépendante".

a) Il ressort du dossier que le recourant travaille, depuis 1999 en tout cas, de manière saisonnière en Suisse (du printemps à l'automne). Il

ne conteste pas que lorsqu'il était employé de la Ville de N., à raison de 1'000 heures par année réparties sur six mois environ, l'activité qu'il exerçait parallèlement au Musée de B. était une activité accessoire. Il ne conteste pas non plus que ce gain accessoire représentait en moyenne un salaire mensuel de 1'153 fr. en 2005 et 2006.

La Caisse intimée fait valoir qu'en règle générale, un gain accessoire ne devient pas gain intermédiaire pendant le chômage (c'est-à-dire dès la cessation de l'activité principale), en se référant à une directive du SECO (Circulaire relative à l'indemnité de chômage (IC), rubrique C9). Ainsi, un gain accessoire conserve ce statut dans les délais-cadres suivants, si bien qu'il ne compte pas comme période de cotisation et n'est pas pris en compte dans le calcul du gain assuré (circulaire IC, rubrique C10). Si, du seul fait du chômage, un gain accessoire non assuré se transformait en gain assuré, cela ne serait pas compatible avec l'article 23 al. 3 LACI.

Cela étant, il faut apprécier différemment la situation en présence d'une augmentation sensible, durant le délai-cadre d'indemnisation, d'une activité accessoire préexistante au chômage. Selon la jurisprudence et la doctrine, le revenu tiré d'une augmentation sensible de l'activité accessoire durant le chômage constitue un gain intermédiaire (cf. ATF 123 V 230; Rubin, Assurance-chômage, p. 328).

Dans la décision attaquée, la Caisse n'a pas considéré qu'une telle augmentation sensible était survenue dès le début du délai-cadre (soit en avril 2007). Il résulte en effet du dossier qu'une augmentation notable du revenu procuré par l'activité au Musée de B., en raison d'heures supplémentaires, n'a été obtenue qu'en juillet 2007 (+ 37 %), éventuellement pendant 29 jours en octobre 2007 (+ 9 %), puis durant sept mois entre avril et octobre 2008 (en moyenne + 38 %). Dès lors, neuf mois peuvent donc être pris en considération, de ce point de vue. Certes, une augmentation peut être constatée pour deux autres mois (avril et août 2007, + 5 %), mais elle ne paraît pas notable.

b) Comme le relève la décision attaquée, l'une des conditions posées par la loi fédérale pour la reconnaissance du droit à une indemnité de chômage est l'exercice, dans les limites du délai-cadre de cotisation, durant douze mois au moins d'une activité soumise à cotisation (art. 13 al. 1 LACI). Une activité notablement plus importante, au service du Musée de B., que celle qui est normalement exercée à titre accessoire, peut être prise en considération dans ce cadre. Mais, comme cela vient d'être exposé, cette activité notablement plus importante n'a pas été accomplie pendant douze mois au moins, mais seulement pendant 9 mois et 29 jours (selon la décision attaquée), voire pendant 10 mois et 29 jours (en ajoutant le mois d'avril 2007) ou 8 mois et 29 jours (en faisant abstraction des mois d'avril et d'août 2007).

Il s'ensuit que la Caisse n'a pas violé le droit fédéral en rejetant la demande d'indemnisation, en raison d'une période de cotisation insuffisante.

4. Il résulte de ce qui précède que le recours, mal fondé, doit être rejeté, ce qui entraîne la confirmation de la décision attaquée. Il n'y a pas lieu de percevoir des frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer des dépens (art. 91 LPA-VD, applicable par renvoi de l'art. 99 LPA-VD, et art. 55 LPA-VD).

**Par ces motifs,
le juge unique
p r o n o n c e :**

I. Le recours est rejeté.

II. La décision sur opposition rendue le 14 juillet 2009 par la Caisse cantonale de chômage est confirmée.

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

IV. Il n'est pas alloué de dépens.

Le juge unique :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- H. _____
- Caisse cantonale de chômage, Division technique et juridique
- Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO)

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 :