

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 14 décembre 2010

Présidence de M. NEU
Greffier : Mme Vuagniaux

Cause pendante entre :

L. _____, à Sainte-Croix, recourant, représenté par Me Marcel Paris,
avocat à Yverdon-les-Bains,

et

UNIA CAISSE DE CHÔMAGE, à Yverdon-les-Bains, intimée.

Art. 23 al. 3 et 24 LACI

E n f a i t :

A. [...],L._____ s'est inscrit auprès de l'Office régional de placement d'Yverdon-les-Bains le 24 novembre 2006 et un premier délai-cadre d'indemnisation lui a été ouvert par Unia Caisse de chômage (ci-après : la caisse) du 1^{er} décembre 2006 au 30 novembre 2008.

Suite à un contrôle du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), en sa qualité d'autorité de surveillance, le gain assuré, qui avait été initialement fixé à 5'509 fr., a été recalculé à 5'430 fr. Les décomptes de décembre 2006 à mars 2008 ont été corrigés et une décision de restitution de 711 fr. 25, après opposition de l'assuré, a été notifiée en conséquence.

Durant le délai-cadre d'indemnisation du 1^{er} décembre 2006 au 30 novembre 2008, l'assuré a travaillé en tant qu' « homme à tout faire » (service, conciergerie, etc.) pour la société S._____ SA. Du 1^{er} janvier au 31 mai 2007, il a été rémunéré à raison de 32 fr. de l'heure (29 fr. de salaire de base, plus 3 fr. pour jours fériés et vacances), aucune durée hebdomadaire de travail n'ayant été convenue entre les deux parties. Du 1^{er} juin au 30 septembre 2007, il a travaillé à mi-temps pour un salaire de 2'200 fr., puis, à partir du 1^{er} octobre 2007, de nouveau aux mêmes conditions que pendant les cinq premiers mois de l'année 2007. L'assuré a également effectué plusieurs missions temporaires pour le compte de diverses agences de placement.

L'assuré n'a pas produit la formule « Indications de la personne assurée » pour les mois de juillet à septembre 2007 et d'avril à septembre 2008 en vue de recevoir des indemnités journalières.

Le 8 janvier 2009, l'assuré s'est opposé à son décompte du mois de décembre 2008, en contestant le montant du nouveau gain assuré (4'756 fr.) calculé en relation avec l'ouverture d'un deuxième délai-cadre d'indemnisation du 1^{er} décembre 2008 au 30 novembre 2010. Il ne

comprenait pas pourquoi son gain assuré était inférieur à celui de son premier délai-cadre d'indemnisation et estimait que son activité auprès de S._____ SA devait être considérée comme accessoire.

Par décision du 30 juillet 2009, la caisse a confirmé le montant du gain assuré de 4'756 fr. et considéré que l'emploi chez S._____ SA n'était pas accessoire dès lors que l'assuré n'avait exercé que cette seule activité pendant certains mois.

L'assuré s'est opposé à cette décision le 11 septembre 2009, en faisant valoir en substance que les heures travaillées chez S._____ SA pendant le soir et le week-end devaient être considérées comme accessoires et celles travaillées pendant la semaine, soit principalement lorsqu'il n'effectuait pas de missions intérimaires dans le domaine du bâtiment, devaient être considérées comme gain intermédiaire.

Par décision sur opposition du 22 octobre 2009, la caisse a rejeté l'opposition du 11 septembre 2009 et confirmé sa décision du 30 juillet 2009 fixant le montant du gain assuré à 4'756 fr. dès le 1^{er} décembre 2008.

B. L._____ a recouru contre la décision sur opposition du 22 octobre 2009 par acte du 19 novembre 2009. Ses arguments étaient les suivants :

« Le contexte de ce recours peut être décrit de la manière suivante : maçon de métier, un délai- cadre m'a été ouvert du 1.12.06 au 30.11.08. A partir du mois de janvier 2007, j'ai trouvé un emploi en tant qu' "homme à tout faire" (service, travaux d'entretien, etc.) dans S._____ SA. J'exerçais cette activité tout d'abord le soir et pendant les week-ends. Mais, ayant des difficultés à trouver un emploi dans le bâtiment durant l'hiver, j'ai accepté d'augmenter mon temps de travail dans l'établissement S._____ SA dans la mesure où je ne trouvais pas d'emploi dans mon métier. Dès le printemps 2007, j'ai retrouvé des missions temporaires dans le bâtiment et ai donc réduit mes heures de travail chez S._____ SA pour en revenir aux horaires initiaux (soir et week-end). Cette situation s'est prolongée durant toute la durée de mon délai-cadre et le salaire que j'ai gagné chez S._____ SA m'a toujours été comptabilisé comme "gain intermédiaire". Lorsque je posais une question à ce propos à la caisse chômage, il m'était toujours

répondu que je devais attendre le prochain délai-cadre pour une prise en compte différente des montants gagnés chez S. _____ SA, c'est-à-dire au titre de gain accessoire, soit un gain fourni par une activité en dehors des heures normales de travail.

Un nouveau délai-cadre m'a alors été ouvert à partir du 1^{er} décembre 2008, avec un montant du gain assuré bien plus bas que celui en vigueur lors du délai-cadre précédent. Qui plus est, j'ai constaté sur mon décompte d'indemnités du mois de décembre que le salaire que j'avais gagné chez S. _____ SA m'avait à nouveau été compté comme gain intermédiaire et non comme gain accessoire. Je me suis alors opposé par courrier à ce décompte et ai demandé à ce que le gain perçu chez S. _____ SA soit considéré pour ce qu'il est, à savoir un gain accessoire que j'exerce en dehors de l'horaire normal de travail. La réponse à mon courrier a tardé car la caisse de chômage a préféré attendre que son administration centrale rende une décision finale sur une autre affaire me concernant (en passant, je joins les échanges avec l'administration centrale qui m'a tout de même donné partiellement raison).

Une fois la procédure mentionnée terminée, la caisse a rendu une décision confirmant totalement le décompte du mois de décembre 2008, tant au niveau du gain assuré qu'à celui de la prise en compte de mon salaire de l'entreprise S. _____ SA comme gain intermédiaire. La justification de la caisse sur ce dernier point a été que cette activité ne pouvait pas être considérée comme du gain accessoire car il s'agit parfois de la seule activité exercée.

Je me suis opposé à cette décision par courrier du 11 septembre dernier dans lequel je rappelais mon incompréhension par rapport à mon gain assuré et surtout j'étais mon argumentation sur la question de la prise en compte du gain réalisé chez S. _____ SA. J'expliquais en effet qu'il est exact qu'à certains moments de l'année, cette activité est la seule que j'exerçais du fait que je ne trouvais pas d'emploi dans le bâtiment. Par contre, dès que la saison des chantiers était de retour, je diminuais mes heures de travail chez S. _____ SA pour n'y travailler que le soir et le week-end. J'ai donc exposé à la caisse une manière de faire qui permette de faire la distinction entre les heures travaillées chez S. _____ SA pendant qu'il n'y a pas de travail dans la construction qui doivent effectivement être considérées comme du gain intermédiaire, et les heures de travail habituelles chez S. _____ SA, c'est-à-dire celle que j'effectue le soir et le week-end et qui doivent être considérées comme du gain accessoire. Or, je constate que, dans sa décision sur opposition, la caisse ne répond aucunement à mes objections et ne mentionne même pas la question de la prise en charge des gains réalisés chez S. _____ SA, de même il n'est pas fait référence à l'art. 23 al 3 LACI qui traite de la question du gain accessoire.

Dès lors et en conclusion, je persiste dans mon opposition et demande à votre tribunal de recalculer mon gain assuré (lequel s'élève à Fr. 5243.15 selon mon calcul) et surtout d'admettre que le gain que je réalise chez S. _____ SA en dehors des heures normales de travail doit être considéré comme un gain accessoire et ne doit donc pas donner lieu à une diminution du nombre d'indemnités journalières versées chaque mois. En effet, si je considère comme totalement justifié le fait de prendre en compte les gains que je réalise chez S. _____ SA durant les heures de travail comme gain intermédiaire, je m'oppose à ce que des gains

réalisés en dehors des heures de travail et destinés à "mettre du beurre dans les épinards" connaissent le même sort. Pour le surplus, les arguments développés dans mon opposition demeurent valables, raison pour laquelle je me permets de vous joindre cette opposition ».

Dans sa réponse du 14 janvier 2010, la caisse a conclu au rejet du recours, maintenant le gain assuré à 4'756 fr. et la prise en compte de l'activité auprès de S. _____ SA en tant que gain intermédiaire.

Le 2 février 2010, le recourant a répliqué en réitérant sa demande de partage de son activité chez S. _____ SA d'une part en tant qu'activité accessoire et, d'autre part, en tant qu'activité à considérer comme gain intermédiaire. Il a également ajouté ce qui suit :

« Par ailleurs, en examinant les explications fournies par la caisse concernant le détail du calcul de mon gain assuré, je constate tout d'abord que mes revenus de S. _____ SA de mars à octobre 2008 n'ont pas été intégrés au calcul (alors que je remettais les attestations de gain intermédiaire chaque mois à la caisse), ce qui tendrait bien à prouver que la caisse n'a pas pris ces revenus en compte dans le calcul de mon gain assuré et qu'il s'agit donc bien d'un gain accessoire (la caisse n'a donc pris en compte le gain chez S. _____ SA que pour certains mois et pas pour d'autres, ce que je ne m'explique pas). De plus, j'ai travaillé de juillet à octobre 2007 chez C. _____ en réalisant un revenu total de Fr. 13103.10 (voir attestation de l'employeur jointe) alors que ce gain ne figure pas sur le détail fourni par la caisse, ce que je ne comprends pas. Au sujet de cette attestation de l'employeur, après contrôle, j'ai constaté une omission de Fr. 3022.80 par rapport à mes fiches de paie et ai donc demandé à C. _____ d'effectuer la rectification de cette attestation, rectification que je vous transmettrai immédiatement dès qu'elle sera en ma possession.

Selon ce qui précède, je maintiens les conclusions exprimées dans mon recours et demande à ce que mon activité accessoire chez S. _____ SA soit reconnue comme un gain accessoire au regard de la loi sur le chômage. Je demande également un recalcul de mon gain assuré. J'ai établi un récapitulatif de mes périodes d'emploi que je joins à ce courrier afin d'illustrer l'aspect accessoire par rapport à mon activité de maçon de mon gain chez S. _____ SA ».

Le recourant, désormais représenté par Me Marcel Paris, avocat, a déposé un mémoire complémentaire le 3 mars 2010, et la caisse a déposé sa duplique le 22 mars 2010.

C. Une audience d'instruction a été tenue le 2 juin 2010, lors de laquelle les parties ont confirmé leurs conclusions. La caisse en outre été invitée à produire une copie complète du dossier.

Le 10 juin 2010, la caisse a produit une copie complète du dossier, dont un tableau des activités exercées de décembre 2006 à novembre 2008, des revenus à prendre en considération dans le nouveau gain assuré (compte tenu notamment de l'activité exercée par l'assuré chez C._____ de juillet à octobre 2007) et des indemnités compensatoires.

E n d r o i t :

1. Interjeté dans le délai légal de trente jours dès la notification de la décision entreprise, le recours est déposé 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 à la forme.

La valeur litigieuse étant, prima facie, inférieure à 30'000 fr., la cause est de la compétence du juge instructeur statuant en tant que juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD [loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative; RSV 173.36] applicable par renvoi de l'art. 83c al. 2 LOJV [loi vaudoise du 12 décembre 1979 sur l'organisation judiciaire; RSV 173.01]).

2. Le litige porte sur la détermination du gain assuré du recourant. En particulier, il s'agit de savoir si les revenus perçus en qualité d' « homme à tout faire » auprès de S._____ SA doivent être qualifiés de gains accessoires.

3. Aux termes de l'art. 24 LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité; RS 837.0), 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. Le taux d'indemnisation est déterminé selon l'art. 22. Le Conseil fédéral fixe le mode de calcul du gain retiré d'une activité indépendante (al. 1). 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. Les gains accessoires ne sont pas pris en considération (al. 3).

Selon l'art. 23 al. 3 LACI, 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.

Selon la jurisprudence, le gain assuré comprend exclusivement le revenu tiré de l'activité salariée normale, même si les gains procurés par une activité accessoire sont proportionnellement plus élevés que celui-ci. L'horaire de travail peut être variable dans beaucoup d'activités. La notion d'accessoire du gain doit être comprise par rapport à celui provenant d'une activité principale. Comme tel il n'entre pas dans le calcul des indemnités de chômage, ce gain ne peut demeurer que dans un rapport de proportion faible avec le revenu de l'activité principale. A défaut de quoi, si ce gain venait régulièrement à se rapprocher ou dépasser le gain principal, l'activité ne pourrait plus être accessoire et le gain ne le serait pas davantage (TFA C_230/03 du 19 octobre 2004, consid. 5.1).

4. a) Le recourant soutient que les heures travaillées chez S._____ SA de janvier 2007 à novembre 2008 le soir et le week-end doivent être considérée comme activité accessoire et ne devraient par conséquent pas donner lieu à une diminution des indemnités compensatoires. Pour sa part, la caisse soutient que dès lors que le recourant n'a, durant certains mois, pas exercé d'autres activités que celle

pour le compte de S._____ SA, il ne peut s'agir que d'une activité accessoire.

Dans le cas particulier, le recourant souhaiterait que la caisse fasse la distinction, dans le calcul des indemnités compensatoires pour chaque période de contrôle du janvier 2007 à novembre 2008, entre les heures travaillées la journée (lesquelles seraient alors comptabilisées en tant que gain intermédiaire entrant en ligne de compte dans le calcul du gain assuré) et les heures travaillées le soir et le week-end (lesquelles seraient alors considérées comme gain accessoire n'entrant pas en ligne de compte dans le gain assuré). Or, le législateur n'a pas prévu un tel cas de figure : soit une activité lucrative est considérée comme accessoire, soit elle ne l'est pas.

En l'occurrence, l'activité exercée par le recourant auprès de S._____ SA doit être considérée comme activité accessoire. En effet, il ressort des diverses pièces du dossier qu'aucune durée de travail hebdomadaire n'a été convenue entre les parties et que l'horaire de travail du recourant a varié au cours de la période litigieuse dans le sens où celui-ci a indifféremment travaillé les jours de semaine, le soir et le week-end. Dans son mémoire du 19 novembre 2009, le recourant explique qu'il pouvait adapter ses heures de présence, à savoir qu'il pouvait les réduire lorsqu'il avait l'occasion d'effectuer des missions temporaires et inversement. Selon les bulletins de salaire, il a ainsi travaillé dans une fourchette de 8 h (août 2008) à 135 h (février 2008) et il n'a même pas du tout travaillé pour S._____ SA en janvier et mars 2008. En outre, comme relevé par l'intimée, le recourant n'a exercé que cette seule activité pendant certains mois. Les deux conditions de gain accessoire, à savoir la distinction avec un gain provenant d'une activité principale d'une part et un gain devant être de faible proportion d'autre part, ne sont dès lors pas réalisées.

b) Le recourant reproche également à la caisse de ne pas avoir intégré au calcul du nouveau gain assuré ses revenus réalisés de juillet à octobre 2007 auprès de C._____. Or, dans la mesure où il n'a

pas déposé les documents usuels durant ce laps de temps (formules « Indication de la personne assurée » et attestations de gain intermédiaire), la caisse ne pouvait pas en avoir connaissance. Ce n'est que dans la réplique du recourant du 2 février 2010 que l'on apprend cette période d'activité professionnelle supplémentaire.

Conformément à son obligation de motivation (art. 49 al. 3 LPGA), l'intimée établira un nouveau gain assuré déterminant à l'aide du tableau établi par le SECO-Direction du travail et produira en outre, moyennant explications notamment sur le salaire maximum, un récapitulatif détaillé des revenus réalisés et des salaires pris en considération dans le nouveau gain assuré. En d'autres termes, le recourant sera mis en mesure de se déterminer, pour chaque période de contrôle, sur chaque chiffre retenu par la caisse.

c) Il résulte de ce qui précède que le recours s'avère fondé en ce qui concerne le calcul du gain assuré, mais non pas s'agissant de la prise en compte de l'activité exercée auprès de S. _____ SA en tant que gain accessoire. La décision sur opposition attaquée est par conséquent annulée et la cause retournée à la caisse pour nouveau calcul du gain assuré et nouvelle décision, tenant compte de l'ensemble des revenus réalisés par le recourant durant le délai-cadre de cotisation du 1^{er} décembre 2006 au 30 novembre 2008.

5. Le recourant, qui obtient partiellement gain de cause, a droit à des dépens réduits qu'il convient de fixer à 500 fr. (art. 61 let. g LPGA). Ils le seront d'autant que ce n'est que dans sa réplique du 2 février 2010 qu'il a allégué pour la première fois avoir réalisé des activités supplémentaires durant le délai-cadre de cotisation du 1^{er} décembre 2006 au 30 novembre 2008; en outre, son mandataire n'est intervenu qu'au terme de l'instruction, soit par mémoire complémentaire du 3 mars 2010. Il n'est pas perçu de frais judiciaires (art. 61 let. a LPGA).

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

- I. Le recours est partiellement admis.
- II. La décision rendue le 22 octobre 2009 est annulée et la cause renvoyée à l'intimée pour complément d'instruction et nouvelle décision, dans le sens des considérants.
- III. L'intimée versera au recourant la somme de 500 fr. (cinq cents francs) à titre de dépens.
- IV. Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

Le juge unique :

La greffière :

Du

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

- Me Marcel Paris, avocat (pour L. _____)
- Unia Caisse de chômage
- 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 :