

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 20 juin 2013

Présidence de Mme DI FERRO DEMIERRE, juge unique
Greffier : Mme Parel

Cause pendante entre :

K. _____, à Prilly, recourant,

et

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

Art. 23 al. 1 LACI; 37 al. 3bis OACI

E n f a i t :

A. K. _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant) a bénéficié d'un délai-cadre d'indemnisation auprès de la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la caisse ou l'intimée) du 8 décembre 2005 au 7 décembre 2007. Dès avril 2006, l'assuré a effectué différentes missions temporaires en tant qu'étancheur.

Par arrêt du 25 mai 2009, la Cour des assurances sociales du tribunal cantonal (ci-après : Casso) a admis le recours formé par l'assuré contre la décision sur opposition de la caisse lui refusant l'ouverture d'un nouveau délai-cadre d'indemnisation. Elle a considéré que la période du 17 novembre au 26 décembre 2006 devait être prise en compte comme période de cotisation, que le minimum légal de douze mois de cotisation était par conséquent atteint et qu'il y avait lieu d'ouvrir à l'assuré un nouveau délai-cadre d'indemnisation à compter du 17 décembre 2007.

Par décision du 22 avril 2010, la caisse a ouvert à l'assuré un nouveau délai-cadre d'indemnisation à compter du 17 décembre 2010 et fixé à 191 fr. 35 le montant de l'indemnité journalière. Pour ce faire, elle s'est fondée sur un gain assuré (gain mensuel déterminant) de 5'191 fr. calculé en application des art. 23 al. 1 LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.0) et 37 OACI (ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.02).

Par écriture de son conseil Me Joëlle Vuadens du 21 mai 2010, l'assuré a formé opposition à la décision précitée en concluant à son annulation. Il a requis de la caisse qu'elle indique les pièces sur lesquelles elle s'était fondée ainsi que son mode de calcul. Selon lui le gain assuré devait se monter à 5'774 fr. (soit le gain assuré dont il bénéficiait lors de son précédent délai-cadre d'indemnisation), ce qui correspond à une indemnité journalière de 212 fr. 85. Subsidiairement, il a requis que la caisse procède à un nouveau calcul du gain assuré en se fondant sur les

pièces produites en annexe à son opposition (décomptes de salaire pour les mois d'août à décembre 2007).

Par décision sur opposition du 11 mai 2012, la caisse a partiellement admis l'opposition, annulé la décision litigieuse et fixé à 202 fr. 76 l'indemnité journalière de l'assuré à compter du 17 décembre 2007. Elle a considéré notamment ce qui suit :

"3. L'art. 23 al. 1 LACI énonce qu'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. Le montant maximum du gain assuré correspondant à celui de l'assurance-accidents obligatoire (en l'occurrence, CHF 126'000.-).

Selon la directive édictée par le SECO en janvier 2007 (Circulaire relative à l'indemnité de chômage, C2, ci-après: Circ. IC 2007), entrent notamment dans le salaire déterminant:

- le salaire de base (au mois, à l'heure ou à la tâche);
- les prestations en nature, au maximum jusqu'aux montants plafonds fixés dans l'AVS;
- le 13^{ème} mois de salaire et la gratification si l'assuré les a effectivement touchés;
- les commissions les primes;
- les suppléments tels que les allocations de résidence et de renchérissement;
- Les suppléments pour travail de nuit, travail par équipes, travail du dimanche et service de piquet si ces allocations sont normalement versées à l'assuré en raison de la nature de son poste de travail.
N'entrent pas dans le salaire déterminant
- les heures supplémentaires dépassant le temps de travail contractuel; le gain provenant des heures supplémentaires entre dans le gain assuré lorsque le total des heures de travail fournies pendant la période de référence ne dépasse pas en moyenne le temps de travail convenu contractuellement. Il n'est cependant pas possible de compenser les heures supplémentaires accomplies dans un rapport de travail par le déficit d'heures subi dans un autre rapport de travail. Si le temps de travail n'est pas fixé dans le contrat de travail, sont alors considérées comme heures supplémentaires les heures dépassant l'horaire de travail usuel dans l'entreprise.
- les suppléments pour autres inconvénients liés au travail, par exemple, primes de chantier ou de travail salissant convenues contractuellement. Si ces suppléments sont également payés pendant les vacances et si l'assuré exerce une activité qui ne justifie pas ce genre de suppléments, le supplément n'est pas considéré comme une indemnité pour inconvénients et est pris en compte pour le calcul du gain assuré.
 - les primes d'ancienneté de fidélité
 - les indemnités de frais

- les allocations familiales et de ménages
- les allocations de vacances et pour jours fériés des travailleurs payés à l'heure. Elles doivent toutefois être prises en compte dans le calcul du gain assuré si le gain total obtenu ne dépasse pas le salaire maximum réalisable sans les allocations de vacances et pour jours fériés.

4. Il ressort de l'art. 37 OACI que le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (al. 1). Par contre, le gain assuré est déterminé sur la base du salaire moyen des douze derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation si ce salaire est plus élevé que le salaire moyen calculé sur la base des six derniers mois (al. 2). La période de référence commence à courir le jour précédant le début de la perte de gain à prendre en considération quelle que soit la date de l'inscription au chômage. A ce jour, l'assuré doit avoir cotisé douze mois au moins pendant le délai-cadre applicable à la période de cotisation (al. 3).

5. Selon l'art. 37 al. 3bis OACI, 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.

Pour tous les assurés exerçant une activité qui tombe sous le champ d'application de l'art 37 al. 3bis OACI, la période de référence court sur les douze derniers mois civils à partir du dernier jour travaillé. Ce principe est applicable aussi bien pour le premier délai-cadre d'indemnisation que pour les suivants (Circ. IC 2007, C56).

Gain assuré des personnes qui travaillent dans une branche ou l'horaire de travail varie selon la saison :

Entrent principalement dans cette catégorie les travailleurs du bâtiment.

Premier délai-cadre d'indemnisation : le gain obtenu au cours des douze derniers mois civils, indemnités de vacances comprises, est divisé par le nombre de mois de cotisation acquis au cours de ces douze derniers mois civils. Le gain assuré ne peut toutefois dépasser le salaire maximum que l'assuré pouvait gagner en fonction de son salaire horaire (indemnités de vacances non comprises) et de la durée annuelle moyenne contractuelle du travail (Circ. IC 2007, C58-C59).

Nouveau délai-cadre d'indemnisation : si l'assuré a réalisé un gain intermédiaire dans les douze derniers mois civils, le gain assuré est calculé sur la base du meilleur résultat des deux variantes suivantes :

- variante A : somme du revenu soumis à cotisation et des indemnités compensatoires à prendre en compte des douze derniers mois divisée par le nombre de mois civils où le revenu a été réalisé.
- variante B : revenu soumis à cotisation divisé par le nombre de mois de cotisation sur les douze derniers mois civils (Circ. IC 2007, C61).

6. Dans le cas présent, M. K. _____ n'a pas bénéficié d'indemnité compensatoire au cours des douze derniers mois de son précédent délai-cadre d'indemnisation. Le gain assuré se calcule donc comme pour un premier délai-cadre d'indemnisation : le salaire obtenu au cours des douze derniers mois civils, soit du 15 décembre 2006 au 14 décembre 2007, est divisé par le nombre de mois de cotisation acquis au cours des ces douze mois civils.

Le calcul est le suivant

- W. _____ : salaire horaire de CHF 30.- + 13^{ème} salaire, soit CHF 34.16/heure.
du 01.12.07 au 14.12.07, 14 jours, 80 heures : CHF 2'733.20
du 21.11.07 au 30.11.07, 11.2 jours, 64 heures : CHF
2'186.55
CHF 4'919.75

- U. _____ : salaire horaire de CHF 36.51, y compris ind. pour jours fériés, vacances et 13^{ème} salaire.
du 01.11.07 au 20.11.07, 18.8 jours, 120 heures CHF 4'382.40
du 01.10.07 au 31.10.07, 31 jours, 173 heures CHF 6'316.25
du 01.09.07 au 31.07.07, 30 jours, 164 heures CHF
5'987.65
du 08.08.07 au 31.08.07, 25.2 jours, 153 heures CHF
5'586.05
CHF 22'271.15

- Q. _____ : indemnités journalières LAA CHF 3'415.20 du 1^{er} au 26.12.07
du 15.12.07 au 26.12.07, 11.2 jours, CHF 1'517.86
Total : 141.4 jours CHF 28'708.76

Comme mentionné ci-dessus, le gain assuré ne peut dépasser le salaire maximum que l'assuré pouvait gagner en fonction de son salaire horaire (ind. de vacances non comprises) et de la durée moyenne contractuelle du travail.

- W. _____ : horaire moyen selon CCT : 40 heures/semaine, salaire horaire sans les vacances; CHF 31.72, durée du contrat 18 jours ouvrables.
(8h x CHF 31.72) x 18 jours ouvrables = CHF
4'567.68

- U. _____ : horaire moyen selon CCT : 41.5 h/semaine, salaire horaire 31.95, durée du contrat 74.80 jours ouvrables.
(8.30h x 31.95) x 74,80 = CHF 19'839.95

- Q. _____ : horaire moyen selon CCT : 41.50 h/semaine, salaire horaire CHF 32.50, durée du contrat 8 jours ouvrables.
(8.30h x 32.50) x 8 = CHF 2'158.00

Le calcul du gain assuré est donc le suivant :

- W. _____, salaire réduit au taux de 100 % : CHF 4'567.68

- U. _____, salaire réduit au taux de 100 % : CHF
19'839.95

- Q. _____ : salaire effectif CHF 1'517.86

Gain assuré déterminant CHF 25'925.49

Salaire mensuel moyen : (25'925.49/141.40) x 30 jours CHF
5'500.45

Gain assuré déterminant **CHF 5'500.00**

Au vu de ce qui précède, c'est à tort que la caisse a fixé le gain assuré à CHF 5'191.- dès le 17 décembre 2007. Le gain assuré se monte donc à CHF 5'500.-, soit une indemnité journalière à 80 % de CHF 202.76."

B. Par acte daté du 4 avril 2012, reçu au Greffe de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal le 11 juin 2012, K. _____ a recouru contre la décision sur opposition du 11 mai 2012. Le recourant conteste le montant du gain assuré retenu par l'intimée. Il relève que ce

revenu est inférieur à celui qui avait été fixé lors du premier délai-cadre d'indemnisation, sans explication. Il reproche aussi à l'intimée notamment d'avoir mal calculé le montant des allocations familiales, prétendant devoir toucher à ce titre un montant mensuel de 820 fr. pour ses 4 enfants, fait valoir que l'indemnité de chômage devrait être calculée selon la Convention collective de travail romande du second œuvre, qui retient 177.7 heures de travail mensuelles et soutient pour le surplus que l'art. 23 al. 3 LACI ne lui est pas applicable.

Par réponse du 12 juillet 2012, l'intimée a conclu au rejet du recours. Elle a exposé que pour le calcul du gain assuré, elle avait pris en compte le salaire obtenu au cours des douze derniers mois civils à partir du dernier jour travaillé, soit du 15 décembre 2006 au 14 décembre 2007, conformément à l'art. 37 al. 3bis OACI, qui prévoit que le gain assuré ne peut dépasser le salaire maximum que l'assuré pouvait gagner en fonction de son salaire horaire et de la durée annuelle moyenne contractuelle de travail.

Dans ses déterminations du 30 août 2012, le recourant a confirmé ses conclusions. Il a produit des pièces.

Par déterminations du 6 septembre 2012, l'intimée a confirmé ses conclusions en renvoyant au calcul détaillé du gain assuré figurant dans la décision attaquée. Elle a relevé que la question du supplément correspondant aux montants des allocations pour enfant prévu à l'art. 22 LACI ne faisait pas l'objet du présent litige.

Par écriture du 19 septembre 2012, le recourant a indiqué que le calcul du gain assuré devait tenir compte des allocations pour enfants, des vacances, des 5 jours d'attente. Il a requis des dommages et intérêts pour "humiliation et tort moral".

Le 5 octobre 2012, l'intimée a indiqué que les éléments figurant dans l'écriture du recourant du 19 septembre 2012 ne modifiaient pas sa position.

E n d r o i t :

1. Interjeté dans le délai légal de trente jours suivant la notification de la décision entreprise, le recours a été déposé en temps utile (art. 60 al. 1 LPGA [loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1]). Il satisfait en outre aux conditions formelles de recevabilité (art. 61 let. b LPGA), de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

La contestation porte sur le montant du gain assuré, lequel détermine le montant de l'indemnité journalière de chômage. Compte tenu des montants en jeu (l'intimée retient un gain assuré de 5'500 fr. alors que le recourant prétend à un gain assuré de 5'700 fr.), la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 francs. La présente cause relève de la compétence d'un membre du Tribunal cantonal, statuant en tant que juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36]).

La conclusion du recourant tendant à l'allocation de dommages et intérêt pour "humiliation et tort moral" est irrecevable, dès lors qu'elle sort du cadre de l'objet du litige, la cour de céans n'étant pas au demeurant compétente pour statuer sur une telle revendication.

2. a) Est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou plusieurs rapports de travail durant une période de référence (art. 23 al. 1 LACI).

L'art. 37 OACI précise à cet égard que le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation (al. 1); la période de référence commence à courir le jour précédent le début de la perte de gain à prendre en considération quelle que soit la date de l'inscription au chômage; Par contre, le gain assuré est déterminé sur la base du salaire

moyen des douze derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation si ce salaire est plus élevé que le salaire moyen calculé sur la base des six derniers mois (al. 2). A ce jour, l'assuré doit avoir cotisé douze mois au moins pendant le délai-cadre applicable à la période de cotisation (al. 3).

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).

Entrent notamment dans le salaire déterminant : le salaire de base (au mois, à l'heure ou à la tâche), les prestations en nature, au maximum jusqu'aux montants plafonds fixés dans l'AVS, le 13^{ème} mois de salaire et la gratification si l'assuré les a effectivement touchés, les commissions, les primes, les suppléments tels que les allocations de résidence et de renchérissement ainsi que les suppléments pour travail de nuit, travail par équipes, travail du dimanche et service de piquet si ces allocations sont normalement versées à l'assuré en raison de la nature de son poste de travail.

N'entrent pas dans le salaire déterminant les heures dépassant le temps de travail contractuel, les suppléments pour autres inconvénients liés au travail, par exemple, primes de chantier ou de travail salissant convenues contractuellement, les primes d'ancienneté et de fidélité, les indemnités de frais, les allocations familiales et de ménage ainsi que les allocations de vacances et pour jours fériés des travailleurs payés à l'heure.

L'art. 37 al. 3bis OACI prévoit que le gain assuré des personnes dont le salaire varie en raison de l'horaire de travail usuel dans la branche ou du genre de contrat de travail est calculé sur les douze derniers mois, mais au plus sur la moyenne de l'horaire de travail convenu contractuellement.

b) En l'espèce, le recourant conteste le montant du gain assuré retenu par l'intimée. Il relève que ce revenu est inférieur à celui qui avait été fixé lors du premier délai-cadre d'indemnisation, sans explication. Il reproche à l'intimée notamment d'avoir mal calculé le montant des allocations familiales, prétendant devoir toucher à ce titre un montant mensuel de 820 fr. pour ses 3 enfants, fait valoir que l'indemnité de chômage devrait être calculée selon la Convention collective de travail romande du second œuvre, qui retient 177.7 heures de travail mensuelles et soutient pour le surplus que l'art. 23 al. 3 LACI ne lui est pas applicable.

D'emblée, il faut constater que l'autorité intimée n'a pas fait application de l'art. 23 al. 3 LACI, qui prévoit que le gain accessoire n'est pas assuré. Apparemment, le recourant confond les notions de gain accessoire au sens de cette disposition avec celle de gain intermédiaire, qui se réfère aux revenus qu'un assuré retire d'une activité salariée temporaire pendant la période où il est au chômage. En ce qui concerne les allocations familiales, il est utile de rappeler qu'elles ne sont pas comprises dans le calcul du gain assuré (cf. consid. 2a supra) et que, pour le surplus, comme l'a relevé l'intimée, la question du supplément correspondant aux montants des allocations pour enfant prévu à l'art. 22 LACI ne fait pas l'objet du présent litige.

Le recourant fait également erreur en tant qu'il prétend que le gain assuré doit être du même montant que celui fixé lors du précédent délai-cadre d'indemnisation. Le gain assuré fixé lors de la première période d'indemnisation du recourant, soit du 15 décembre 2005 au 14 décembre 2007, a été calculé sur les revenus que le recourant avait réalisés avant qu'il ne se trouve au chômage, soit durant l'année 2005. Un deuxième délai-cadre d'indemnisation ayant été ouvert au recourant, l'autorité intimée devait à nouveau procéder au calcul du gain assuré en se fondant sur les revenus que le recourant avait réalisés dans les douze mois précédant l'ouverture de ce deuxième délai-cadre d'indemnisation. C'est d'ailleurs ce qu'a fait l'intimée qui a appliqué, à juste titre les dispositions des art. 23 al. 1 LACI et 37 al. 1 et 2 OACI, qui prévoient que le gain assuré doit être calculé sur la base du salaire moyen des six,

respectivement - si cela est plus favorable à l'assuré - des douze derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation. Le recourant ayant travaillé comme étancheur, l'intimée a appliqué l'art. 37 al. 3bis OACI, qui prévoit que le gain assuré des personnes dont le salaire varie en raison de l'horaire de travail usuel dans la branche ou du genre de contrat de travail est calculé sur les douze derniers mois, mais au plus sur la moyenne de l'horaire de travail convenu contractuellement. Cela signifie dans le cas particulier que le gain assuré du recourant devait être calculé sur le salaire mensuel moyen que celui-ci avait réalisé au titre de gain intermédiaire durant les douze derniers mois du précédent délai-cadre d'indemnisation, soit du 15 décembre 2006 au 14 décembre 2007. C'est donc à tort que le recourant prétend que c'est le nombre d'heures de 177.7 heures de travail que l'intimée devait prendre en compte dans son calcul du gain accessoire.

Reste à vérifier le calcul du gain assuré telle qu'il figure dans la décision attaquée. On constate - sans que cela péjore la situation du recourant - que le gain intermédiaire réalisé chez U. _____ durant la période du 1^{er} novembre au 20 novembre 2007 s'est élevé, selon l'attestation de gain intermédiaire figurant au dossier, à 4'381 fr. 20 et non à 4'382 fr. 40 comme l'a indiqué l'intimée. Pour le surplus, les montants indiqués correspondent aux gains intermédiaires indiqués dans les attestations (indemnités pour jours fériés, vacances et 13^{ème} salaire compris). A bon droit, l'autorité intimée a pondéré ces montants pour tenir compte de la règle de l'art. 37 al. 3bis CO, qui, comme on l'a vu au considérant 2a ci-dessus, impose de plafonner le gain intermédiaire d'un assuré dont le salaire varie en raison de l'horaire de travail usuel dans la branche ou dans le contrat de travail au plus sur la moyenne de l'horaire de travail convenu contractuellement. En l'occurrence, la pondération à laquelle a procédé l'intimée s'avère correcte et peut être confirmée, puisqu'elle correspond au nombre d'heures travaillées et aux horaires de travail contractuels indiqués dans les attestations de gain intermédiaire.

En définitive, la détermination du gain assuré telle qu'elle ressort de la décision sur opposition litigieuse est correcte et doit être confirmée.

3. Il résulte de ce qui précède que le recours, mal fondé, doit être rejeté et la décision sur opposition rendue le 11 juin 2012 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, confirmée.

S'agissant des frais et dépens (art. 91 LPA-VD, applicable par renvoi de l'art. 99 LPA-VD), 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, le recourant n'obtenant pas gain de cause et n'ayant au demeurant pas procédé en cause avec l'assistance d'un mandataire professionnel (art. 55 LPA-VD).

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

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision sur opposition rendue le 11 mai 2012 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est confirmée.
- III.** Il n'est pas perçu d'émolument judiciaire ni alloué de dépens.

La juge unique :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- K. _____, à Prilly,
- Caisse cantonale de chômage, Division juridique, à Lausanne,
- 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 :