

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 24 juillet 2014

Présidence de Mme RÖTHENBACHER, juge unique
Greffier : M. Germond

* * * * *

Cause pendante entre :

L. _____, à Cottens, recourant, représenté par Me Amédée Kasser, avocat
à Lausanne,

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. L._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en 1979, célibataire, a travaillé en qualité de chef d'équipe maçon au sein de la succursale de Cottens (VD) de l'entreprise Z._____ SA, de siège à [...] (VD), du 1^{er} juillet 2008 au 31 décembre 2009. Le contrat de travail de l'assuré a été résilié par l'employeur précité en date du 30 octobre 2009 avec effet au 31 décembre suivant, ceci pour « causes économiques ».

Le 21 décembre 2009, l'assuré s'est inscrit comme demandeur d'emploi auprès de l'Office Régional de Placement (ORP) de [...]. Sollicitant les prestations de l'assurance-chômage, il a bénéficié de l'ouverture d'un délai-cadre d'indemnisation d'une durée de deux ans dès et à compter du 1^{er} janvier 2010.

Dans un courrier du 23 mars 2010, l'assuré, par son assurance de protection juridique (DAS Protection Juridique SA), a contesté le premier décompte d'indemnités journalières de chômage (IJC) du 28 janvier 2010 établi par la Caisse cantonale de chômage (CCH) à [...], dont il ressortait en particulier que le gain assuré de celui-là avait été fixé à 6'488 francs. L'assuré était alors d'avis que son gain assuré devait se déterminer sur un salaire annuel de 105'998 fr. 35 et non de 77'856 fr. comme la caisse l'avait retenu. Il a transmis à cet effet, copie de ses décomptes de salaire horaire pour la période du 1^{er} janvier 2009 au 31 décembre 2009. De ces documents, il ressort que l'assuré était rémunéré, en 2009, sur la base d'un salaire horaire auquel s'ajoutaient en particulier une allocation pour vacances (10.60 % du salaire brut), un 13^{ème} salaire (5'783 fr. 50) ainsi qu'une gratification de 15'000 francs. Sur la base de ces décomptes, il ressort encore ceci :

PERIODES	NBRE D'HEURES DE TRAVAIL	NBRE D'HEURES CHÔMÉES
Du 01.01.2009 au 31.01.2009	94,50	
Du 01.02.2009 au 28.02.2009	145,00	

Du 01.03.2009 au 31.03.2009	188,50	
Du 01.04.2009 au 30.04.2009	173,00	17,00
Du 01.05.2009 au 31.05.2009	156,00	8,50
Du 01.06.2009 au 30.06.2009	152,00	8,50
Du 01.07.2009 au 31.07.2009	198,50	
Du 01.08.2009 au 31.08.2009	135,00	
Du 01.09.2009 au 30.09.2009	180,00	8,50
Du 01.10.2009 au 31.10.2009	187,00	
Du 01.11.2009 au 30.11.2009	151,50	
Du 01.12.2009 au 31.12.2009	123,50	8,50
	1'884,50	51,00

Par décision du 26 mars 2010, la Caisse cantonale de chômage Agence de [...] a fixé l'IJC de l'assuré à 246 fr. 05 dès le 1^{er} janvier 2010. La caisse de chômage a notamment fondé sa décision sur l'art. 37 al. 3bis OACI (ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983, RS 837.02) dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 mars 2011. Elle a retenu ce qui suit :

“Durant la période des douze derniers mois, soit du 1^{er} janvier 2009 au 31 décembre 2009 vous avez travaillé en qualité de chef d'équipe maçon, profession qui dépend de l'une des branches où le salaire varie en fonction de l'horaire de travail.

Vous revendiquez les prestations de chômage dès le 1^{er} janvier 2010.

Dès lors, votre gain assuré est déterminé de la manière suivante :

M. L. _____ du 01.01.2009 au 31.12.2009 12 mois CHF 91'522.70

En conséquence, votre gain assuré s'élève à CHF 7'627.- dont l'indemnité journalière qui en découle est de CHF 246.05.”

Le 10 mai 2010, l'assuré a formé opposition contre cette décision par l'intermédiaire de son assurance de protection juridique. Il exposait que le salaire déterminant à prendre en compte pour la période du 1^{er} janvier 2009 au 31 décembre 2009 était de 94'854 fr. 70, montant lui donnant le droit au versement par sa caisse de chômage d'une IJC de 255 francs. Il indiquait par ailleurs avoir repris, dès le 6 avril 2010, une

activité lucrative (en gain intermédiaire) auprès de son ancien employeur l'entreprise Z. _____ SA.

Par décision sur opposition du 7 janvier 2013, la Caisse cantonale de chômage Division juridique (ci-après : la caisse ou l'intimée) a rejeté l'opposition de l'assuré et confirmé la décision du 26 mars 2010 de l'Agence de [...]. Ses constatations s'articulaient en ces termes :

"[...]

2. Est en l'occurrence litigieuse la question de savoir si l'assuré a droit à un montant d'indemnité journalière supérieur à CHF 246.05.

3. L'art. 23 al. 1 de [la] loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (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 correspond à celui de l'assurance-accidents obligatoire (en l'occurrence, CHF 126'000.-).

3.1 Selon la directive édictée par le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) en janvier 2007 (Circulaire relative à l'indemnité de chômage, ci-après : IC 2007, toujours valable malgré la révision de 2011), est déterminant le salaire convenu contractuellement pour autant que l'assuré l'ait effectivement touché.

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 (IC 2007, C2).

Le 13^e salaire et les gratifications sont répartis proportionnellement sur les périodes de contrôle où l'assuré a réalisé un gain (IC 2007, C126).

3.1.1 Au sens de l'art. 37 al. 1 OACI, le gain assuré est calculé sur la base du salaire des six derniers mois de cotisation qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation ; il 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 visé à l'al. 1 (al. 2).

3.1.2 Selon l'art. 37 al. 3^{bis} OACI (version 2010), 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.

3.2 En l'espèce, le gain assuré de l'opposant a été calculé sur la base des fiches de salaire établies par son employeur (et père) A._____, compte tenu que l'assuré travaillait dans une branche où le salaire varie en fonction de l'horaire de travail.

3.2.1 Sur cette base, l'Agence a constaté que l'assuré n'a pas travaillé de façon constante, du 1^{er} janvier au 31 décembre 2009, pour un taux de 100%. En effet, il résulte que l'horaire journalier selon la CCT romande du second œuvre est de 8.10 heures (40.5 heures par semaine). Le salaire théorique de l'assuré aurait donc dû être d'un maximum de CHF 66'625.62 pour les 10 mois où il a travaillé le plus (alors que le réel a été de CHF 71'102.28) et d'un minimum de CHF 13'134 pour les 2 mois où il a travaillé le moins (alors que le réel a été de CHF 9'897.10). L'assuré aurait donc travaillé à 106% - mais l'Agence ne peut prendre en compte qu'un 100% - et à 75.35%. Il en résulte ainsi que la moyenne annuelle du taux de travail de l'assuré est de 95.8917%.

Or, le revenu annuel pris en compte par l'Agence est même plus élevé que celui invoqué par l'assuré, à savoir CHF 95'998.38 (v. tableau en annexe). Toutefois, pour les raisons qui viennent d'être expliquées, il est impératif de calculer le revenu annuel sur la base d'un taux de travail de 95,8917%. Le montant du revenu annuel est donc de CHF 91'522.72.

4. En conclusion, l'Agence a calculé l'IC [indemnité de chômage] de l'assuré sur une base correcte, cela considéré que, dans la branche de l'assuré, et conformément aux bases légales citées, le revenu à prendre en compte par la LACI peut différer de celui perçu selon l'extrait de compte individuel AVS. Le montant de l'indemnité journalière de l'assuré, à savoir CHF 246.05, doit partant être confirmé."

En annexe à cette décision sur opposition, était en particulier jointe une fiche de calcul du gain assuré de L._____ pour la période courant du 22 décembre 2008 au 21 décembre 2009 dont il ressort le tableau suivant:

Période	Durée (jour ou mois)	Salaire (sans vacances)	13ème et/ou grat.	Vacances	Autres éléments	Salaire Total	Contrat	Remarques
déc.09	1.0	4620.0 0	424.1 1	489.7 0	1250.0 0	6783.8 1	1- [...]	A._____ : selon tél avec l'employeur

nov.09	1.0	5302.5 0	486.7 6	562.0 5	1250.0 0	7601.3 1	1- [...]	
oct.09	1.0	6545.0 0	600.8 2	693.7 5	1250.0 0	9089.5 7	1- [...]	Frais de déplacement pas pris dans le calcul du GA car pas soumis
sept.09	1.0	6597.5 0	605.6 4	699.3 5	1250.0 0	9152.4 9	1- [...]	
août.09	1.0	4725.0 0	433.7 5	500.8 5	1250.0 0	6909.6 0	1- [...]	
juil.09	1.0	6947.5 0	637.7 7	736.4 5	1250.0 0	9571.7 2	1- [...]	12.08 : la gratification concerne tout l'année 2008 (de 07.08 à 12.08)
juin.09	1.0	5617.5 0	515.6 7	595.4 5	1250.0 0	7978.6 2	1- [...]	
mai.09	1.0	5757.5 0	528.5 3	610.3 0	1250.0 0	8146.3 3	1- [...]	
avr.09	1.0	6650.0 0	610.4 6	704.9 0	1250.0 0	9215.3 6	1- [...]	03.09 : la gratification concerne toute l'année 2008 (de 07.08 à 12.08)
mars.09	1.0	6597.5 0	605.6 4	699.3 5	1250.0 0	9152.4 9	1- [...]	
févr.09	1.0	5002.5 0	459.2 2	530.2 5	1250.0 0	7241.9 7	2- [...]	
janv.09	1.0	3260.2 5	299.2 9	345.6 0	1250.0 0	5155.1 4	2- [...]	11.09 : la gratification concerne toute l'année 2009
						0.00		
						0.00		Le 13e salaire (8.3%) est calculé sur le salaire + les vacances + les jours fériés
						0.00		
						0.00		
						0.00		Dernier jour travaillé et payé = 21.12.09
						0.00		
						0.00		
						0.00		Le total des 12 salaires bruts 2009 correspond au montant de l'extrait de compte AVS
						0.00		
						0.00		
	12.0	67622.7 5	6207.6 3	7168.0 0	15000.00	95998.3 8		

B. Le 7 janvier 2013, L. _____, par DAS Protection Juridique SA, a recouru devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal

contre la décision sur opposition précitée. Il a conclu avec dépens, à la réforme de la décision attaquée en ce sens qu'il doit être tenu compte dans l'établissement de son droit aux prestations du chômage d'un gain assuré de 7'904 fr. 60, respectivement d'une indemnité journalière s'élevant à 255 francs, la Caisse cantonale de chômage Agence de [...] étant déboutée de toutes autres plus amples ou contraires conclusions. Le recourant expose sur la base des décomptes de salaire au dossier avoir réalisé un revenu de 95'998 fr. 40 pour la période du 1^{er} janvier 2009 au 31 décembre 2009, lequel salaire se décompose ainsi ; salaire horaire et jours fériés représentant 1'935.50 heures de travail dans l'année, soit un salaire de 67'622 fr. 75. A ce montant s'ajoutent les allocations vacances de 10.60% (soit 7'168 fr.), le 13^{ème} salaire (soit 6'207 fr. 60) ainsi que la gratification de 15'000 francs. Selon la Commission professionnelle paritaire de la branche maçonnerie et génie civil du Canton de Vaud, calendrier de travail 2009 (art. 25 CN 08) – dont une copie est produite en annexe au recours –, le nombre d'heures payées pour l'année en question est au maximum de 2'112. Or ayant effectué 1'935.5 heures de travail en 2009, le recourant soutient qu'il n'a pas effectué d'heures supplémentaires durant cette année-là. Dans ces circonstances, son salaire annuel brut de 95'998 fr. 40 doit être comparé au salaire maximum qu'il pouvait obtenir compte tenu de son salaire horaire ainsi que de la durée annuelle moyenne contractuelle du travail. Le calcul de ce salaire maximum est dès lors le suivant : 2'112 (total des heures payées en 2009 selon le calendrier de travail) x 37 fr. 81 (salaire horaire y compris le 13^{ème} salaire) + 15'000 fr. (gratification), soit un montant total de 94'854 fr. 70. En application de l'art. 37 al. 3bis OACI, le gain assuré déterminant ne peut dépasser le salaire maximum autorisé, de sorte que c'est ce dernier, soit le montant de 94'854 fr. 70 qui doit être retenu en tant que salaire annuel déterminant pour le montant du gain assuré qui s'élève ici à 7'904 fr. 60. Ce montant correspond à une indemnité journalière chômage (IJC) de 255 francs.

Il ressort notamment ce qui suit du calendrier de travail 2009 (art. 25 CN 08) établi par la Commission professionnelle paritaire de la branche maçonnerie et génie civil du Canton de Vaud :

	Jours					Total heures
	Total	T	F	V	C	
JANVIER	22	15	2	5		170.50
FEVRIER	20	20				155.00
MARS	22	22				171.50
AVRIL	22	20	2			180.25
MAI	21	18	1		2	164.50
JUIN	22	21	1			192.50
JUILLET	23	23				201.25
AOUT	21	6		15		183.75
SEPTEMBRE	22	21	1			192.50
OCTOBRE	22	22				182.50
NOVEMBRE	21	21				162.75
DECEMBRE	23	14	1	5	3	155.00
	261	223	8	25	5	2'112.00

T = jour travaillé,
Heures effectives
F = jour férié
V = jour vacances
C = jour chômé/compensé

Jours fériés : je. 1er janvier
ve. 2 janvier
ve. 10 avril (Vendredi Saint)
lu. 13 avril (Lundi de Pâques)
je. 21 mai (Ascension)
lu. 1er juin (Lundi de Pentecôte)
lu. 21 septembre (Lundi du Jeûne fédéral)
ve. 25 décembre (Noël)

Structure du calendrier 2009

H. Travaillées :	2 j. à 7.00 h.	14.00	
	90 j. à 7.75 h.	697.50	
	41 j. à 8.25 h.	338.25	
	90 j. à 8.75 h.	787.50	1'837.25
H. jours fériés	3 j. à 7.75 h.	23.25	
	2 j. à 8.25 h.	16.50	
	3 j. à 8.75 h.	26.25	66.00
H. vacances	10 j. à 7.75 h.	77.50	
	15 j. à 8.75 h.	131.25	208.75
			2'112.00"

Au terme de sa réponse du 18 avril 2013, la Caisse cantonale de chômage Division juridique a conclu au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. Produisant en annexe un extrait de la page 30 du Journal Suisse des Entrepreneurs No 13 du 27 juin 2012 qui contient un article sur les salaires de maçon en 2012, l'intimée se détermine comme il suit sur les arguments du recourant :

“A. À titre préliminaire nous confirmons intégralement notre décision du 7 janvier 2013, sous réserve des observations suivantes :

Ad. 3.2.1 On reconnaît que la CCT applicable au cas d'espèce est la CN du secteur principal de la construction en Suisse 2008 - 2010 (CN 2008).

Selon l'art. 25 al. 2 CN 2008, la durée hebdomadaire du travail est en règle générale de 37,5 heures hebdomadaires au minimum (5 x 7,5 heures) et 45 heures hebdomadaires au maximum (5 x 9 heures). Toute dérogation à l'horaire normal de travail doit être annoncée au moyen du formulaire ad hoc de la Commission professionnelle paritaire (convention complémentaire pour la maçonnerie).

B. Le recourant affirme que le nombre d'heures payées au maximum pour l'année 2009 est, selon la Commission professionnelle paritaire de la branche maçonnerie et génie civil du Canton de Vaud (art. 25 CN 08), de 2'112. Du moment qu'il en a effectuées que 1935.5, la Caisse n'était pas en droit de lui réduire le salaire sur la base de l'art. 37 al. 3bis OACI.

i) Nous contestons ce grief. Nous observons en effet que l'horaire maximal de 2'112 heures annuelles prend en compte aussi les heures pour vacances et pour jours fériés. Sans ceux-ci, les heures de travail effectif ne devaient pas dépasser 1'837.25 heures. Or, le recourant lui-même affirme (point 11 du mémoire) qu'il a effectué, au cours de l'année 2009, 1935.5 heures de travail.

ii) Nous observons que l'assuré, qui avait un emploi à plein temps, a travaillé parfois moins que 37,5 heures hebdomadaires (notamment les mois de janvier, février, août et décembre 2009) et parfois plus que 45 heures hebdomadaires (notamment le mois de juillet 2009).

iii) Ainsi, les vacances ainsi que les jours fériés ont en effet largement été rétribuées au recourant chaque mois, en plus de son salaire (pour des montants allant jusqu'à CHF 704.90). La Caisse a pris en considération ces montants dans le calcul de son gain assuré (v. tableaux dans les annexes).

Pour toutes ces raisons, nous estimons que la Caisse était en droit de réduire, comme elle l'a fait, son salaire.

- C. À titre supplémentaire, on remarque que la Caisse, notamment l'Agence, a même pris en compte le versement de la gratification de CHF 15'000 (au mois de novembre). Or, nous nous permettons d'observer que le salaire payé en 2009 par M. A. _____ à son fils (à savoir CHF 7'626) dépassait de plus de 1'000 CHF le salaire moyen national 2012 (v. annexe).
- D. Au demeurant, nous remarquons que le recourant, qui était à son troisième délai-cadre et qui n'avait jamais travaillé longtemps pour une autre entreprise en dehors de Z. _____ (et dont l'aptitude à l'emploi a ainsi été analysée, suite à l'avis de droit du SECO), a vu son gain assuré passer de CHF 5'983 en fin 2005 à CHF 6'206.41 en janvier 2008 jusqu'à CHF 7'626.90 en 2010.
- E. Nous confirmons aussi les calculs effectués par l'Agence de [...], qui l'ont conduite à prendre la décision du 26 mars 2010, que nous avons confirmée par décision du 7 janvier 2013."

Par réplique du 28 juin 2013, le recourant, depuis lors représenté par Me Amédée Kasser, a confirmé les conclusions prises à l'appui de son recours du 7 janvier 2013. Il indique intégralement contester les développements de la réponse du 18 avril 2013 de sa partie adverse. Il précise que selon la directive du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) relative à l'indemnité de chômage (IC 2007), la moyenne annuelle de l'horaire convenu contractuellement que l'art. 37 al. 3bis OACI impose de retenir se détermine en tenant compte du gain maximum pouvant être réalisé par l'assuré en fonction de son salaire horaire (indemnités de vacances non comprises) et de la durée annuelle moyenne contractuelle du travail, de sorte qu'il s'agit ici d'une estimation théorique révélant la capacité de gain maximale de l'assuré. En l'espèce, ce calcul revient à multiplier le salaire horaire du recourant après soustraction du montant correspondant aux indemnités de vacances (soit un salaire horaire de 37 fr. 81) par la durée moyenne de travail pour l'année 2009 (soit au total 2'112 heures). Contrairement à ce qu'avance l'intimée, il n'y a pas de motifs justifiant de déduire de la durée moyenne de travail les vacances et les autres jours fériés, ces périodes étant comprises dans le calendrier de travail pour l'année 2009. C'est par conséquent à tort que la caisse intimée estime que seules les heures de travail effectif doivent entrer en

considération, alors que le fait de déduire du salaire horaire de l'assuré le montant relatif aux indemnités de vacances permet d'appliquer ce salaire horaire à la totalité des jours du calendrier. Ainsi le fait de retenir une moyenne de 1'837.25 heures de travail effectif du recourant en 2009 ne l'est pas en faisant une correcte application de l'art. 37 OACI. De plus le raisonnement de l'intimée figurant sous point 3.2.1 de la décision sur opposition litigieuse du 7 janvier 2013 qui amène celle-ci à retenir un taux de travail annuel de 95.8917% du recourant en 2009 conduit la prise en compte d'un taux de travail ne correspondant pas à la réalité, l'art. 37 al. 2 OACI imposant de considérer le temps effectivement consacré au travail et le gain en résultant. A suivre ce raisonnement, après avoir été contraint de réduire son activité durant une période de manque d'ouvrage, l'assuré ne pourrait plus compenser ce « passage à vide », même en travaillant ensuite continuellement au-delà de l'horaire de travail moyen. En l'occurrence, s'il ne saurait effectivement prétendre à la prise en compte pour le calcul de son gain assuré d'un taux d'occupation supérieur à 100 %, le recourant estime toutefois pouvoir se voir reconnaître un travail à temps complet dès lors qu'en 2009 la moyenne annuelle de ses heures de travail atteint largement ce dernier taux. Le recourant rappelle pour terminer que s'agissant du calcul des indemnités journalières seul son gain assuré des douze derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation entre en compte. Partant les considérations de l'intimée relatives au salaire moyen national de maçon 2012 ainsi que celles sur l'augmentation progressive du gain assuré du recourant ne sont pas déterminantes dans le cadre du calcul des indemnités journalières de celui-ci.

Dans sa duplique du 26 août 2013, la Caisse cantonale de chômage Division juridique a maintenu les conclusions de sa réponse du 18 avril 2013. Elle indique ne pas avoir de détermination complémentaire à ajouter à sa précédente écriture.

E n d r o i t :

1. 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 aux contestations relevant de la LACI (art. 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. 56 al. 1 LPGA) auprès du tribunal des assurances compétent (art. 100 al. 3 LACI et 119 al. 1 let. a OACI [Ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983, RS 837.02], applicable par renvoi de l'art. 128 al. 1 OACI), dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA).

Dans le cas présent, le recours a été formé en temps utile et dans le respect des formalités prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), de sorte qu'il est recevable.

b) La loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD, 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). La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer (art. 93 let. a LPA-VD). La contestation porte sur le montant du gain assuré, lequel détermine le montant de l'indemnité journalière de chômage (IJC). Vu les montants en jeu (l'intimée fixe l'IJC à 246 fr. 05 alors que le recourant prétend à une IJC de 255 fr.) ainsi que la durée durant laquelle les prestations litigieuses ont cours (le recourant ayant repris, dès le 6 avril 2010, une activité lucrative [en gain intermédiaire] auprès de l'entreprise Z. _____ SA), la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 fr. et la cause est de la compétence du juge instructeur statuant en tant que juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

2. a) Le droit applicable est déterminé par les règles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits, étant précisé que le juge n'a pas à prendre en considération les modifications du

droit ou de l'état de fait postérieures à la date déterminante de la décision litigieuse (cf. ATF 129 V 1 consid. 1.2).

b) Dès lors que le moment déterminant le droit aux prestations litigieuses s'étend au salaire moyen du recourant durant les douze derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation qui lui a été ouvert au 1^{er} janvier 2010 par l'ORP, ce sont ainsi les dispositions légales de l'assurance-chômage dans leur teneur en vigueur à cette époque qu'il convient d'appliquer en l'espèce.

3. a) Il convient de déterminer le gain assuré du recourant pour la période en cause, montant sur lequel se détermine l'indemnité journalière.

Le recourant conteste le montant du gain assuré retenu par l'intimée. Il remarque que pour la période du 1^{er} janvier 2009 au 31 décembre 2009, il a réalisé un revenu annuel brut de 95'998 fr. 40 correspondant à 1'935.5 heures de travail, jours fériés compris, rémunérées 67'622 fr. 75, somme à laquelle s'ajoutent des allocations de vacances, un 13^{ème} salaire ainsi qu'une gratification perçus durant l'année en question. Le recourant relève que le calendrier 2009 (art. 25 CN 08) établi par la Commission professionnelle paritaire de la branche maçonnerie et génie civil du Canton de Vaud fixe un nombre d'heures payées d'au maximum 2'112 heures. Il soutient qu'il n'a pas effectué d'heures supplémentaires puisqu'il a travaillé 1'935.5 heures. Il se justifie dès lors de prendre en compte le salaire annuel brut maximum qu'il aurait pu gagner en fonction de son salaire horaire et de la durée moyenne contractuelle du travail, à savoir un montant de 94'854 fr. 70, soit 2'112 heures x 37 fr. 81 (salaire horaire, y compris le 13^{ème} salaire) + 15'000 fr. (gratification). Le gain assuré serait ainsi de 7'904 fr. 60 correspondant à une indemnité journalière de chômage (IJC) de 255 francs.

Admettant l'applicabilité de la Convention nationale pour le secteur principal de la construction en Suisse (CN) au cas particulier, l'intimée soutient pour sa part que l'horaire maximal de 2'112 heures

annuelles selon le calendrier 2009 (art. 25 CN 08) établi par la Commission professionnelle paritaire de la branche maçonnerie et génie civil du Canton de Vaud prend également en compte les heures relatives aux vacances ainsi que celles pour jours fériés. Sans ces heures, il ressort de ce calendrier que le maximum des heures de travail effectif pour 2009 s'élève à 1'837.25 heures. Le recourant affirmant avoir effectué 1'935.50 heures de travail au cours de l'année en question, l'intimée estime qu'elle était fondée à réduire le salaire annuel brut maximum de celui-ci en conséquence sur la base de l'art. 37 al. 3bis OACI à un montant de 91'522 fr. 72, d'où un gain assuré s'élevant à 7'627 fr. correspondant à une indemnité journalière de chômage (IJC) de 246 fr. 05.

b) 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, 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 (art. 23 al. 1 1^{ère} phrase 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).

Dans sa version en vigueur jusqu'au 31 mars 2011, l'art. 37 al. 3bis OACI prévoit que 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.

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 (Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Zurich 2014, *ad art.* 23 n° 10 p. 249).

En revanche le gain assuré ne comprend pas entre autres, le supplément de salaire pour les heures supplémentaires au sens de l'art. 321c al. 2 CO (loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911, RS 220) et pour le travail supplémentaire, c'est-à-dire celui dont la durée excède le maximum légal au sens de l'art. 9 LTr (loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964, RS 822.11). Les heures supplémentaires sont celles effectuées au-delà de l'horaire contractuel, ou à défaut de convention à ce sujet, de l'horaire usuel dans l'entreprise (Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Zurich 2014, *ad art.* 23 n° 11 p. 250 et la référence citée).

c) Par arrêté du 10 novembre 1998 (FF 1998 pp. 4945 ss), le Conseil fédéral a étendu le champ d'application de la Convention nationale pour le secteur principal de la construction en Suisse (CN). Les articles 23 et 24 de la Convention nationale du secteur principal de la construction en Suisse ont la teneur suivante :

“a) Dispositions concernant le temps de travail et la durée du travail

Art. 23 Définition du temps de travail

1 Est réputé temps de travail, le temps durant lequel le travailleur se met à disposition de l'employeur.

2 Ne sont pas réputés temps de travail:

- a) le chemin au lieu de travail et retour. En ce qui concerne le temps de voyage, l'art. 54 CN est applicable;
- b) les pauses des 9 heures avec interruption du travail fixée.

3 Est réputé temps partiel, le temps pendant lequel le travailleur ne met pas tout son temps à disposition de l'employeur mais ne le met

que par heures, demi-journées ou journées (art. 319 al. 2 CO), c'est-à-dire une partie de la durée annuelle de travail au sens de l'art. 24 CN, fixée dans le contrat individuel de travail. Un contrat de travail à temps partiel doit être conclu par écrit.

Art. 24 Durée annuelle du travail (total des heures annuelles)

1 La durée annuelle du travail est le temps de travail brut qui doit être effectué durant une année civile, pendant lequel le travailleur doit effectuer sa prestation de travail et avant déduction des heures qui ne doivent, en général, pas être effectuées tels que les jours fériés payés et celles qui, de manière individuelle, ne doivent pas être effectuées, tels que vacances, maladie, accident, jours de service de protection civile, etc.

Le total des heures annuelles de travail déterminant est le suivant :

- a) dans les grandes villes et leur agglomération pour 1998 et 1999 chaque fois 2112 heures (365 jours: 7 = 52,14 semaines x 40,5 heures);
- b) dans les «autres régions»:
 1. pour 1998: 2125 heures (365 jours: 7 = 52,14 semaines x 40,75 heures) et
 2. pour 1999: 2112 heures (365 jours: 7 = 52,14 semaines x 40,5 heures)."

Cette convention a été prorogée et modifiée à différentes reprises. Tel a été le cas en 2006 lorsque les articles 23 et 24 entre autres ont été modifiés comme suit (cf. Modification du 12 janvier 2006 de l'Arrêté du Conseil fédéral étendant le champ d'application de la Convention nationale pour le secteur principal de la construction en Suisse *in* : FF 2006 pp. 825 et 826):

"Art. 23 Définition du temps de travail

1 Est réputé temps de travail le temps pendant lequel le travailleur doit se tenir à la disposition de l'employeur.

2 Ne sont pas réputés temps de travail:

- a) le chemin au lieu de travail et retour.
- b) la pause matinale avec interruption du travail fixée.

3 Tout contrat de travail à temps partiel doit être fixé par écrit. Il précisera la part exacte à effectuer de la durée annuelle du travail. La part de la durée hebdomadaire du travail exempte de supplément ainsi que les heures imputables au titre des jours fériés, des vacances, d'une maladie, d'un accident, etc. sont réduites en conséquence.

Art. 24 Durée annuelle du travail (total des heures annuelles)

1 La durée annuelle du travail est le temps de travail brut à effectuer pendant une année civile. Il s'agit du temps durant lequel le travailleur est tenu de s'acquitter de ses prestations et avant déduction des heures ne devant pas être effectuées en général (p.ex. jours fériés payés) et de celles qui, de manière individuelle, ne doivent pas être effectuées (p.ex. vacances, accident, jours de service de protection civile, etc.)

2 Le total des heures annuelles de travail déterminant s'élève à 2112 heures (365 jours: 7 = 52,14 semaines x 40,5 heures) pour tout le territoire conventionnel.

3 Les jours fériés, les vacances ainsi que les jours d'absence individuels pour cause de maladie, d'accident ou d'autres absences sont décomptés uniformément à raison de 8,1 heures par jour. En cas d'engagement et de départ du travailleur en cours d'année, la durée du temps de travail est calculée au prorata.

4 L'employeur est tenu d'effectuer un contrôle détaillé de la durée journalière, hebdomadaire et mensuelle du travail."

Tel a aussi été le cas le 22 septembre 2008 (cf. Remise en vigueur et modification du 22 septembre 2008 de l'Arrêté du Conseil fédéral étendant le champ d'application de la Convention nationale pour le secteur principal de la construction en Suisse *in* : FF 2008 pp. 7281 ss). L'art. 24 al. 3 et 3bis a été modifié pour avoir la teneur suivante :

"3 Les jours fériés, les vacances ainsi que les jours d'absence individuels pour cause de maladie, d'accident ou d'autres absences sont décomptés par jour sur la base des heures prévues par le calendrier de la durée du travail de l'entreprise valable pour l'année en question, resp. sur la base du calendrier de la durée du travail de la section locale applicable au lieu où est domiciliée l'entreprise.

3bis En cas d'engagement ou de départ d'un travailleur en cours d'année, la durée du temps de travail est calculée au prorata sur la base du calendrier de la durée du travail de l'entreprise ou de la section locale en vigueur pour l'année correspondante. En outre, les travailleurs au salaire mensuel seront payés au moment de leur départ au salaire de base pour les heures dépassant la part au prorata du total des heures annuelles prévues selon al.2."

L'art. 25 CN 08 prévoit aussi que l'entreprise fixe la durée hebdomadaire du travail dans un calendrier à établir au plus tard en fin d'année pour l'année suivante. A défaut, le calendrier applicable sera celui de la section locale où est domiciliée l'entreprise que les commissions professionnelles paritaires locales établissent chaque année.

Selon l'art. 26 al. 1 CN, un dépassement ou une diminution des heures prévues selon le calendrier de la durée du travail déterminant est

autorisée en respectant les limites légales et en tenant compte des art. 55 et 56 CN. Ce supplément ou cette diminution d'heures s'appelle «heures variables».

Selon l'al. 2 de la même disposition, la totalité des heures en plus ne doit pas être supérieure à 15 heures par mois c'est-à-dire qu'il est permis de reporter sur le mois suivant au maximum 15 heures effectuées en plus pendant ce mois.

L'art. 34 al. 1 CN prévoit s'agissant des travailleurs rémunérés à l'heure dès 20 ans révolus jusqu'à 50 ans révolus, le droit à 5 semaines de vacances qui correspond à 10.60 % du salaire.

En marge du titre « 6. 13^e mois de salaire », selon l'art. 50 al. 1 CN, dès lors que les rapports de travail ont duré toute l'année civile, les travailleurs rémunérés à l'heure reçoivent à la fin de l'année, en sus du salaire, un montant correspondant à 8.3 % du salaire déterminant touché pendant l'année civile concernée.

d) En l'espèce, l'intimée 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 chef d'équipe maçon, 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 durant les douze derniers mois précédant le délai-cadre d'indemnisation, soit du 1^{er} janvier 2009 au 31 décembre 2009.

Sur la base des décomptes de salaire au dossier, en 2009, le recourant a travaillé 1'884.50 heures. Or, selon le calendrier de travail 2009 établi par la Commission professionnelle paritaire de la branche maçonnerie et génie civil du Canton de Vaud (cf. art. 25 CN 08), les heures de travail effectives devaient s'élever à 1'837.25. Selon ce même tableau, les jours fériés représentaient 66 heures et les vacances 208.75, soit un total de 2'112 heures.

S'agissant des vacances, le recourant était rémunéré au pourcentage de son salaire brut soit 10.60 %, ceci en conformité à la convention collective (cf. art. 34 CN).

En ce qui concerne les jours fériés, ceux-ci ne sont pas systématiquement mentionnés sur les décomptes de salaire au dossier. Ainsi, les 1^{er} et 2 janvier 2009 ne le sont pas. Ils étaient pourtant des jours fériés selon le calendrier 2009 précité. Il apparaît néanmoins douteux que le recourant ait travaillé durant ces deux jours de congé ; il convient dès lors de prendre en compte ces jours fériés dans les calculs à effectuer.

En application de l'art. 26 CN, il faut considérer que lorsque le total des heures effectuées durant un mois est supérieur à 15 heures par rapport aux heures prévues selon le calendrier 2009, les heures dépassant ce chiffre constituent des heures supplémentaires qui n'ont donc pas à être comprises dans le gain déterminant (cf. consid. 3b *supra in fine*). En l'espèce (cf. tableau de calculs ci-dessous), cette limite trouve application pour les mois de mars 2009 et août 2009.

Les parties s'accordent sur un salaire horaire du recourant (y compris 13^{ème} salaire) en 2009 de 37 fr. 81. Selon l'art. 50 CN, le 13^{ème} mois de salaire équivaut dans le cas du recourant à un montant correspondant à 8.3 % du salaire déterminant touché par celui-ci durant l'année civile concernée. Partant, en 2009, le salaire horaire du recourant était de 35 fr. (37 fr. 81 x [100 / 108.3]).

Le nombre d'heures de travail pour l'établissement du salaire total du recourant en vue du calcul de son gain assuré au sens des art. 23 al. 1 LACI et 37 al. 1-3bis OACI, s'établit comme il suit:

	Heures rec.	Heures CCT	Diff.	H supp.	Heures détermin.	Jours fériés	Jours chô.	Heures totales	Jours vac.	Heures vac./J.	Heures totales vac.	Heures totales CCT
Jan.	94.50	116.25	-21.75		94.50	15.50		110.00	5	7.750	38.75	170.50
Fév.	145.00	155.00	-10.00		145.00			145.00		7.750	0	155.00
Mars	188.50	171.50	17.00	2.00	186.50			186.50		7.750	0	171.50
Avril	173.00	163.75	9.25		173.00	16.50		189.50		8.250	0	180.25
Mai	156.00	155.75	0.25		156.00	8.75	17.50	182.25		8.750	0	164.50
Juin	152.00	183.75	-31.75		152.00	8.75		160.75		8.750	0	192.50
Juillet	198.50	201.25	- 2.75		198.50			198.50		8.750	0	201.25
Août	135.00	52.50	82.50	67.50	67.50			67.50	15	8.750	131.25	183.75
Sept.	180.00	183.75	-3.75		180.00	8.75		188.75		8.750	0	192.50
Oct.	187.00	182.50	4.50		187.00			187.00		8.250	0	182.50
Nov.	151.50	162.75	-11.25		151.50			151.50		7.750	0	162.75
Déc.	123.50	108.50	15.00		123.50	7.75		131.25	5	7.750	38.75	155.00
	1884.50	1837.25	47.25	69.50	1815.00	66.00	17.50	1898.50			208.75	2112.00

Ainsi, le salaire total pour 2009 est de 66'447 fr. 50 (35 fr. [salaire horaire] x 1'898.50 [nombre d'heures totales]), auquel il faut ajouter 7'043 fr. 44 (66'447 fr. 50 x [10.60 / 100]) pour la rémunération des vacances, 5'515 fr. 14 (66'447 fr. 50 x [8.30 / 100]) pour le 13^{ème} salaire et la gratification de 15'000 fr., soit un montant de 94'006 fr. 10 (66'447 fr. 50 + 7'043 fr. 44 + 5'515 fr. 14 + 15'000 fr.), qui représente le salaire déterminant, soit un gain assuré (mensuel) de 7'834 fr. (94'006 fr. 10 / 12).

En application des art. 21, 22 al. 2 LACI et 33 OACI, le montant de l'indemnité journalière de chômage due au recourant dès le 1^{er} janvier 2010, se monte ainsi à 252 fr. 70 ([7'834 fr. / 21.7 jours] x [70 / 100]).

4. En définitive, le recours doit être partiellement admis, la décision attaquée réformée en ce sens que l'indemnité journalière de chômage du recourant s'élève à 252 fr. 70 dès le 1^{er} janvier 2010.

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 que partiellement gain de cause.

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

- I. Le recours déposé le 7 janvier 2013 par L._____ est partiellement admis.

- II. La décision sur opposition rendue le 7 janvier 2013 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique est réformée en ce sens que l'indemnité journalière de chômage de L._____ s'élève à 252 fr. 70 (deux cent cinquante-deux francs et septante centimes) dès le 1^{er} janvier 2010.

- III. Il n'est pas perçu de frais de justice ni alloué de dépens.

Le juge unique :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- Me Amédée Kasser (pour L. _____),
- Caisse cantonale de chômage Division 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).

Le greffier :