

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 26 mars 2014

Présidence de M. MERZ
Greffière : Mme Pellaton

Cause pendante entre :

G._____, à Lausanne, recourant,

et

S._____, à Lausanne, intimée.

**Art. 25, 53 LPGA ; 8 al. 1 let. b, 11 al. 1 et 4, 24 al. 1 et 3, 95 al. 1
LACI ; 9 OACI**

E n f a i t :

A. G. _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en 1953, enseignant, est au bénéfice d'un délai-cadre d'indemnisation de l'assurance-chômage du 6 août 2012 au 5 août 2014.

L'assuré effectuant occasionnellement des remplacements, il a présenté des attestations de gain intermédiaire notamment pour les mois de septembre, octobre et novembre 2012, ainsi que janvier 2013. Ces attestations mentionnent un taux afféré aux indemnités de vacances de 10.64 %. Elles sont signées par un représentant de l'office du personnel enseignant auprès du Département cantonal de la formation, de la jeunesse et de la culture.

B. Le 9 avril 2013, la caisse de chômage S. _____ (ci-après : la caisse ou l'intimée), a rendu une décision réclamant la restitution de la somme de 801 fr., invoquant ce qui suit :

« Vous êtes au bénéfice d'un délai-cadre d'indemnisation courant du 06.08.2012 au 05.08.2014. Depuis septembre 2012, vous travaillez pour le Département de la formation, de la jeunesse et de la culture, sur appel. Vous avez notamment travaillé en janvier 2013. Pour l'enregistrement de vos indemnités, la caisse de chômage n'a pas pris en considération la part afférée aux vacances, soit 33.33 %. Pour février 2013, il y a eu des vacances scolaires d'une semaine ; la caisse n'a pas pris en compte cette part de vacances en gain intermédiaire. Nous vous prions de bien vouloir rembourser le montant dans les 30 jours au moyen du bulletin de versement ci-joint, ou de nous soumettre une proposition de paiement par acomptes. »

Le 9 mai 2013, l'assuré a fait opposition à la décision précitée. Il a déclaré en substance ne pas contester le principe de la restitution, mais le calcul du gain intermédiaire pour le mois de février. En effet, il constatait que le gain intermédiaire retenu pour le mois de janvier représentait 75 % du gain intermédiaire certifié par son employeur pour le même mois et le gain intermédiaire retenu pour le mois de février 25 % de celui certifié pour le mois de janvier. Or, il résultait des certificats de gain intermédiaire établis par son employeur que les gains certifiés de la sorte incluaient 10.64 % au titre de vacances, pourcentage correspondant à

5 semaines de vacances. C'était donc ce coefficient de 10.64 % - et non 25 % - qui aurait dû être retenu pour la fixation du gain intermédiaire à retenir pour le mois de février. Calculé sur cette base, le gain intermédiaire s'établissait à quelque 473 fr. (4448.85 fr. x 10.64 %). Le montant de la restitution devait être recalculé sur ce dernier montant.

La caisse a rejeté l'opposition de l'assuré par décision du 15 mai 2013, retenant ce qui suit :

« [...] Dans votre opposition, vous argumentez que vous avez droit à 5 semaines de vacances par année qui correspond au taux de 10.64 %.

Les inspecteurs du SECO [Secrétariat d'Etat à l'économie] nous ont dit que ce problème est récurrent. En effet, les enseignants occupés auprès de l'Etat touchent en général un taux plus élevé que 8.33 % ou 10.64 %, même si c'est souvent ce taux qui figure sur les attestations de gain intermédiaire.

La caisse de chômage se réfère à une révision du SECO. Ce dernier se base sur les art. 24 LACI et 9 OACI, ainsi que sur la circulaire IC C152, pour prendre en compte le taux de 33.33 % pour la part des vacances des enseignants.

[...]

Les dispositions légales spéciales concernant les vacances des enseignants prescrivent un nombre de quatorze semaines moins quelques jours non gérés librement, de sorte que, pour le canton de Vaud, il peut être retenu que les enseignants ont droit à 13 semaines de vacances. On soustrait 13 semaines aux 52 annuelles = 39. On divise ensuite les 13 semaines par le résiduel de 39, on obtient alors le fameux taux de 33.33 % [...] ».

C. G. _____ a recouru contre la décision précitée le 14 juin 2013 auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant à son annulation et, principalement, au renvoi de la cause à l'intimée pour « nouvelle décision fondée sur un gain intermédiaire calculé au taux de 10.64 % du salaire du mois de janvier », subsidiairement, à la réforme de la décision dans le sens de la conclusion principale.

Par réponse du 14 octobre 2013, l'intimée a déclaré confirmer sa décision et s'en remettre à justice. Invité à répliquer, le recourant ne s'est plus prononcé. Il s'est contenté de produire, le 21 octobre 2013, la décision attaquée.

E n d r o i t :

1. a) 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 à l'assurance-chômage (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 ; art. 119 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.02], par renvoi de l'art. 128 OACI). Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA).

En l'espèce, le recours a été interjeté dans le délai imparti par la loi. Il satisfait en outre aux autres conditions formelles de recevabilité (art. 61 let. b LPGA notamment). Bien que le recourant n'ait produit la décision attaquée que tardivement, il a clairement désigné cette dernière dans son recours, de même que la partie intimée, de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond (cf. TF 8C_2/2013 du 19 avril 2013, in SVR 2013 UV n° 22).

b) La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36]). La valeur litigieuse n'excédant pas 30'000 fr., au vu du montant réclamé en restitution, la présente cause relève de la compétence d'un membre de la Cour statuant en tant que juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

2. Le litige porte sur la base de calcul appliquée au montant demandé en restitution par l'intimée au recourant à titre d'indemnités de chômage perçues en trop, plus précisément sur la part de salaire afférée aux vacances à prendre en compte en tant que gain intermédiaire pour le mois de février 2013.

3. a) Aux termes de l'art. 8 al. 1 let. b LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage, entre autres conditions, s'il subit une perte de travail à prendre en considération. Il y a lieu de prendre en considération la perte de travail lorsqu'elle se traduit par un manque à gagner et dure au moins deux journées de travail consécutives (art. 11 al. 1 LACI). La perte de travail est prise en considération même si l'assuré a touché des indemnités pour des heures supplémentaires non compensées ou une indemnité de vacances à la fin de ses rapports de travail et même si une telle indemnité de vacances était comprise dans son salaire. Le Conseil fédéral peut édicter une réglementation dérogatoire pour des cas particuliers (art. 11 al. 4 LACI). La possibilité d'édicter une réglementation dérogatoire a été prévue afin d'éviter dans certains cas une double indemnisation. Il s'agissait de fixer le début du droit à l'indemnité pour les travailleurs ayant des vacances plus longues que les quatre à cinq semaines par année fixées par le CO (Code des obligations du 30 mars 1911, RS 220), comme par exemple les enseignants (TFA C 330/05 du 11 avril 2006 consid. 5.1 ; FF 1989 III p. 382).

L'art. 9 OACI précise ainsi ce qui suit concernant l'indemnité de vacances dans des cas particuliers :

« 1 Si l'assuré a touché une indemnité de vacances représentant 20 pour cent ou plus du salaire soumis à l'AVS, les jours correspondants sont déduits de la perte de travail à prendre en considération, dans la mesure où :

- a. les périodes de vacances sont fixes dans la profession, et
- b. la perte de travail a lieu durant l'une de ces périodes de vacances.

2 Seuls sont déduits les jours de vacances auxquels l'assuré a droit depuis la dernière période de vacances et qu'il n'a pas encore pris. »

L'art. 9 OACI vise en particulier à éviter que l'assurance-chômage n'alloue des prestations pour la période durant laquelle l'assuré a conservé l'intégralité des indemnités de vacances touchées pendant son activité professionnelle. Or, si un pareil risque de double indemnisation existe à raison des prestations versées au titre du contrat de travail en début de période d'indemnisation, tel n'est plus le cas en cours de période, lorsque l'assuré réalise un gain intermédiaire. Il ne se justifie dès

lors pas de déduire les jours correspondant à l'indemnité de vacances de la perte de travail à prendre en considération. Pour autant, cela ne signifie pas qu'il n'y a pas lieu de tenir compte des jours de vacances dédommagés dans le cadre d'une indemnisation préalable pour déterminer la perte de gain assurée. Selon la jurisprudence, l'indemnité de vacances acquises en plus du salaire ordinaire doit être prise en compte au titre de gain intermédiaire pour les mois où il y a effectivement vacances. Ce principe permet d'assurer l'égalité entre les assurés qui reçoivent une indemnité de vacances versée avec le salaire de base sous forme de pourcentage et ceux qui continuent à percevoir leur salaire durant leurs vacances (TFA C 330/05 précité consid. 5.2 et les références).

b) Aux termes de l'art. 24 al. 1 LACI, est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle. L'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain. Le taux d'indemnisation est déterminé selon l'art. 22 LACI. Le Conseil fédéral fixe le mode de calcul du gain retiré d'une activité indépendante. Selon l'al. 3, 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 (art. 23 al. 3 LACI).

c) Conformément à la jurisprudence, le Bulletin LACI IC (janvier 2013) publié par le SECO, expose, au chiffre C 149, que l'indemnité de vacances est déduite du gain intermédiaire à prendre en considération. Ce n'est que quand l'assuré prend ses vacances que l'indemnité de vacances acquise est prise en compte comme gain intermédiaire (TFA C 142/02 du 27 janvier 2004). Toutes les indemnités de vacances acquises en gain intermédiaire pendant le délai-cadre en cours comptent en principe comme gain intermédiaire (chiffre C 151 première phrase).

4. En l'espèce, l'intimée soutient que les enseignants occupés auprès de l'Etat touchent en général un taux afféré aux vacances de plus de 8.33 % ou 10.64 %, même si c'est souvent ce taux qui figure sur les

attestations de gain intermédiaire. Elle se réfère à une révision du SECO prenant en compte un taux de 33.33 % pour la part des vacances des enseignants (13 semaines de vacances divisé par 39 semaines de travail).

L'intimée n'amène cependant aucune preuve à l'appui de ces affirmations, qui ne sont en réalité que des suppositions. Du reste, quand bien même elle aurait pu prouver qu'en général les enseignants occupés auprès de l'Etat touchent un taux afféré aux vacances de plus de 10.64 %, cela n'aurait pas suffi à apporter la preuve que c'était bien le cas du recourant, ce d'autant que ce dernier travaillait sur appel, ce qui pourrait amener l'employeur à appliquer un régime différent des enseignants engagés durablement. L'intimée avance que le taux indiqué sur les attestations de gain intermédiaire est souvent faux, ce que les inspecteurs du SECO auraient reconnus. Figure dans le dossier de l'intimée un courriel de la Caisse de chômage [...] du 27 juillet 2009 mentionnant en effet que le réviseur du SECO de l'époque attirait l'attention sur le fait que le taux de vacances était de 33.33 % pour les personnes employées en gain intermédiaire en tant qu'enseignant par l'Etat de Vaud, ce malgré l'indication sur les attestations de gain intermédiaire d'un taux de 8.33 % ou 10.64 %. Ne s'agissant toutefois pas d'un document provenant directement du SECO et datant en outre de 4 ans, cette pièce ne saurait non plus suffire à l'application générale et contraignante d'un taux de 33.33 % malgré des informations contraires figurant sur les attestations de gain intermédiaire. Par ailleurs, le Bulletin LACI IC dans sa version 2013, bien que mentionnant l'exemple, à son chiffre B117, d'une personne enseignant en gain intermédiaire et dont la part d'indemnité de vacances est de 33.33 %, en raison des 13 semaines de vacances prévues annuellement, ne fait pas de ce taux une règle générale et ne fait pas mention du cas d'un travailleur sur appel. Il convient encore de rappeler que les directives du SECO ne sont pas contraignantes et qu'en tous les cas, c'est une preuve concernant le cas particulier qui aurait dû être amenée par l'intimée.

En l'espèce, le taux indiqué par l'employeur sur les attestations de gain intermédiaire du recourant est bien 10.64 % et

l'intimée n'amenant ni aucune pièce, ni aucun calcul – tenant notamment compte de l'échelle des salaires, de la classification des fonctions et du nombre régulier de périodes d'enseignement –démontrant que c'est en réalité un taux afféré aux vacances de 33.33 % qui a été appliqué au salaire du recourant, l'on ne voit pas sur quelle base le Tribunal de céans pourrait s'écarter des informations figurant sur les attestations de gain intermédiaire remplies par l'employeur. En se référant à une révision du SECO sans autre précision, l'intimée n'amène en outre pas la preuve d'une base légale contraignante, que le Tribunal ne voit pas non plus. La LS (loi scolaire vaudoise du 12 juin 1984, RSV 400.1) prévoit par ailleurs que les remplacements d'une durée inférieure à six mois sont régis par le CO et non pas, comme pour les autres enseignants, par la Lpers-VD (loi sur le personnel de l'Etat de Vaud, RSV 172.31) et ses dispositions d'application (cf. art. 88 al. 3 LS). L'art. 329a CO prévoit en principe quatre semaines de vacances au moins. Si la caisse entendait s'écarter des indications de l'employeur, qui plus est une institution de l'Etat, c'était à elle d'en apporter les éléments idoines, ce qu'elle n'a pas fait en l'espèce, malgré les griefs clairs du recourant.

Si l'intimée était fondée à considérer la part du salaire afférée aux vacances comme gain intermédiaire, ainsi qu'à demander la restitution des prestations versées en trop (art. 25 et 53 LPGA, art. 95 al. 1 LACI) – ce que le recourant ne conteste pas –, elle n'était toutefois pas fondée à appliquer un autre taux que celui de 10.64 %.

5. Il résulte de ce qui précède que le recours doit être admis, la décision attaquée étant annulée et la cause renvoyée à l'intimée pour qu'elle procède au calcul du gain intermédiaire en tenant compte d'un taux d'indemnité afféré aux vacances de 10.64 %.

La procédure étant en principe gratuite, il n'est pas perçu de frais judiciaires. Le recourant n'étant pas représenté par un mandataire professionnel, il n'y a pas lieu de lui allouer de dépens (cf. art. 61 let. a et g LPGA).

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

- I. Le recours est admis.

- II. La décision sur opposition rendue le 15 mai 2013 par la S._____ est annulée et la cause renvoyée à cette caisse pour nouveau calcul du montant à restituer par le recourant et nouvelle décision.

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

Le juge unique :

La greffière :

Du

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

- G._____,
- S._____,
- 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 :