

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 4 avril 2014

Présidence de Mme THALMANN, juge unique
Greffière : Mme Barman Ionta

Cause pendante entre :

M. _____, à [...], recourant,

et

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

Art. 24 LACI, 41a al. 1 OACI

E n f a i t :

A. M. _____ (ci-après : l'assuré) s'est inscrit comme demandeur d'emploi auprès de l'assurance-chômage en mars 2009. Un délai-cadre d'indemnisation lui a été ouvert du 18 mars 2009 au 17 mars 2011.

Dès le 18 mars 2011, à sa requête, l'assuré a été mis au bénéfice d'un deuxième délai-cadre d'indemnisation de deux ans. La Caisse cantonale de chômage, agence [...] (ci-après : la caisse), a fixé le gain assuré à 3'238 fr. et l'indemnité journalière correspondante à 119 fr. 35 (décision sur opposition du 16 septembre 2011, confirmée par arrêt du 9 juillet 2012 de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal vaudois, cause ACH 123/11 - 94/2012).

L'assuré a régulièrement fait contrôler son chômage et réalisé des gains intermédiaires.

B. Sur le formulaire « Indications de la personne assurée » du mois de février 2013, l'assuré a mentionné avoir exercé une activité auprès de F. _____ SA du 1^{er} au 28 février 2013.

Le 7 mars 2013, F. _____ SA a rempli l'attestation de gain intermédiaire de février 2013 en faveur de l'assuré, précisant que ce dernier avait travaillé comme facteur et réalisé un salaire brut de 2'692 fr. 65, indemnités de vacances comprises. L'employeur précisait qu'il n'y avait pas de durée hebdomadaire de travail convenue, que le salaire horaire était de 26 fr. (salaire contractuel brut soumis à cotisation AVS), lequel était composé du salaire de base, de l'indemnité pour jours fériés de 3,19%, de l'indemnité de vacances de 10,94%, de la part au prorata du 13^e salaire et d'autres éléments du salaire.

La caisse a considéré, conformément au décompte établi le 11 mars 2013, que l'assuré ne pouvait être indemnisé au mois de février 2013 dans la mesure où le gain intermédiaire réalisé, de 2'438 fr. 60,

dépassait le montant de l'indemnité mensuelle de chômage, soit 2'387 fr. (119 fr. 35 x 20 jours contrôlés).

Par lettre du 7 juin 2013, l'assuré a contesté le décompte de février 2013, arguant que ce dernier le privait, selon son calcul, de 3,6 indemnités journalières, soit d'un montant de 436 fr. 10.

Par décision du 12 juin 2013, se référant aux art. 24 LACI (loi sur l'assurance-chômage) et 41a OACI (ordonnance sur l'assurance-chômage), la caisse a maintenu sa position, s'exprimant comme suit :

« L'activité que vous avez exercée auprès de F. _____ SA à Lausanne vous a procuré un salaire de CHF 2'438.60 pour le mois de février 2013. Votre indemnisation mensuelle de chômage s'élève en moyenne à CHF 2'387.45 pour le mois de février 2013 (Gain assuré de CHF 3'238.- : 21.7 jours x 20 jours à 80%).

Cette activité que vous avez exercée durant le mois de février 2013 vous procure un salaire supérieur aux indemnités de chômage et par conséquent, en application des articles de loi mentionnés ci-dessus, il n'y a pas lieu de vous accorder les prestations revendiquées du 1^{er} au 28 février 2013. »

Dans le cadre de son opposition adressée le 11 juillet 2013 à la Caisse cantonale de chômage, division juridique (ci-après : la caisse, division juridique), l'assuré a exposé que dans les précédents décomptes, seul le 80% de son gain intermédiaire avait été déduit du montant de l'indemnité de chômage ; il contestait de ce fait la déduction à 100% de son gain intermédiaire pour le mois de février 2013. En outre, il s'interrogeait sur la différence entre le salaire horaire tel que figurant sur l'attestation de gain intermédiaire de F. _____ SA et le salaire horaire tel que retenu dans le décompte de la caisse.

Par décision sur opposition du 21 octobre 2013, la caisse, division juridique, a rejeté l'opposition formée par l'assuré et confirmé la décision litigieuse. Elle a exposé que sans la réalisation du gain intermédiaire, l'assuré aurait perçu, pour le mois de février 2013, une indemnité de 2'387 fr. 45 ([3'238 fr. x 80%] / 21.7 jours x 20 jours ouvrables) ; dans la mesure où le gain intermédiaire de 2'438 fr. 60 était

supérieur à son droit aux indemnités de chômage pour le mois en question, il ne pouvait, en l'absence de perte de gain à compenser, prétendre à des indemnités compensatoires. Elle a en outre précisé que les éléments du revenu réalisé en février 2013 pris en compte pour le calcul des indemnités compensatoires correspondaient au salaire de base (2'095 fr. 88), à la part au 13^e salaire (8,33% de 2'095 fr. 88), à l'indemnité pour jours fériés (66 fr. 80) et aux « autres éléments » du salaire (101 fr. 36), l'indemnité de vacances versée en plus du salaire de base n'étant prise en compte comme gain intermédiaire qu'au moment effectif des vacances.

C. Par acte du 18 novembre 2013, M. _____ a recouru contre la décision sur opposition du 21 octobre 2013, concluant à l'octroi d'indemnités de chômage à hauteur de 436 fr. 55. Il indique que pour le mois de février 2013, son gain assuré était de 2'984 fr. 30 (3'280 fr. [recte : 3'238 fr.] / 21.7 jours x 20) et qu'après comparaison avec le revenu de 2'438 fr. 60, il en résultait une perte de gain. Il relève en outre que le salaire horaire pris en compte à titre de revenu à changer sans raison en février 2013. Cela étant, il soutient que le gain intermédiaire ne doit pas être pris à 100% mais à 80% comme pour les indemnités de chômage, tel que cela ressort des précédents décomptes, de sorte que ses indemnités journalières correspondent à la différence entre 2'387 fr. 45 (2'984 fr. 30 x 80%) et 1'950 fr. 90 (2'438 fr. 60 x 80%), soit à un montant de 436 fr. 55.

Dans sa réponse du 12 décembre 2013, l'intimée a conclu au rejet du recours et au maintien de la décision attaquée. Elle a produit le dossier de l'assuré.

Les parties ont maintenu leurs conclusions dans leurs écritures ultérieures.

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 aux contestations relevant de la LACI (cf. 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 (cf. art. 56 al. 1 LPGA) auprès du tribunal des assurances compétent, à savoir celui du canton auquel appartient l'autorité qui a rendu la décision attaquée (cf. art. 100 al. 3 LACI et 128 al. 2 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]), dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (cf. 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 valeur litigieuse étant inférieure à 30'000 fr., la présente cause relève de la compétence d'un membre de la Cour des assurances sociales, statuant comme juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

2. a) En tant qu'autorité de recours contre des décisions prises par des assureurs sociaux, le juge des assurances sociales ne peut, en principe, entrer en matière – et le recourant présenter ses griefs – que sur les points tranchés par cette décision ; de surcroît, dans le cadre de l'objet du litige, le juge ne vérifie pas la validité de la décision attaquée dans son ensemble, mais se borne à examiner les aspects de cette décision que le recourant a critiqués, exception faite lorsque les points non critiqués ont

des liens étroits avec la question litigieuse (cf. ATF 125 V 413 consid. 2c ; 110 V 48 consid. 4a ; RCC 1985 p. 53).

b) En l'occurrence, le litige porte sur le droit du recourant aux indemnités de chômage pour la période du 1^{er} au 28 février 2013.

3. a) Aux termes de l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage, entre autres conditions, s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a) et qu'il subit une perte de travail à prendre en considération (let. b). 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). L'indemnité journalière pleine et entière s'élève à 80% du gain assuré (art. 22 al. 1, 1^{ère} phrase, LACI). 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 liées à l'exécution du travail (art. 23 al. 1, 1^{ère} phrase, LACI).

b) Tant que l'assuré exerce une activité salariée ou indépendante au titre du gain intermédiaire (art. 24 LACI) et quel que soit son degré d'occupation, il est réputé au chômage (Secrétariat d'Etat à l'économie [SECO], Bulletin LACI IC, janvier 2013, B87). Selon 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.

La perte de gain correspond à la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux (art. 24 al. 3, 1^{ère} phrase, LACI). Le gain intermédiaire est calculé normalement sur le total du revenu réalisé pendant la période de contrôle. Y entrent le salaire de

base, les indemnités pour jours fériés et autres éléments constitutifs du salaire auxquels l'assuré a droit, tel que 13^e salaire, gratifications, commissions, allocations de résidence, allocation de renchérissement, supplément pour travail de nuit, travail du dimanche, travail en équipes, service de piquet, si l'assuré touche normalement ces suppléments en raison de la nature de ses activités ou de son horaire de travail. L'indemnité de vacances versée en plus du salaire de base n'est prise en compte comme gain intermédiaire qu'au moment où l'assuré prend effectivement ses vacances (Bulletin LACI IC, C125). Le 13^e salaire et les gratifications sont répartis proportionnellement sur les périodes de contrôle où l'assuré a réalisé un gain intermédiaire (Bulletin LACI IC, C126).

c) Si le gain intermédiaire mensuel est inférieur à l'indemnité de chômage, l'assurance le complète par une indemnité compensatoire égale au 70% ou au 80% de la différence entre le gain intermédiaire et le gain assuré, selon la situation personnelle de l'assuré (soit 80% dans le cas du recourant). Ainsi, l'assuré a droit à des indemnités compensatoires pendant le délai-cadre d'indemnisation lorsqu'il réalise un revenu inférieur à son indemnité de chômage - et non à son gain assuré - autrement dit à l'indemnité à laquelle il aurait pu prétendre s'il n'avait pas réalisé de gain intermédiaire (cf. art. 41a al. 1 OACI). Il s'ensuit qu'une perte de gain ne dépassant pas 20 ou 30% du gain assuré n'ouvre pas un droit à l'indemnité puisqu'elle reste dans les normes du travail convenable au sens de l'art. 16 LACI (arrêt du Tribunal administratif PS.2006.0003 du 28 novembre 2006). Selon ce système, l'assuré qui bénéficie d'un gain intermédiaire touchera dans tous les cas un montant supérieur ou égal à son indemnité de chômage, ce qui lui permettra d'augmenter son revenu. Toutefois, si l'assuré exerce une activité lucrative qui lui procure un revenu correspondant au moins à celui de l'indemnité de chômage, on ne se trouve plus en présence d'un gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI (ATF 121 V 353 et références citées).

4. En l'espèce, en ouvrant le deuxième délai-cadre d'indemnisation en faveur du recourant, du 18 mars 2011 au 17 mars

2013, la caisse a retenu un gain assuré de 3'238 fr. pour une activité à plein temps. Précédemment contesté par le recourant, le calcul du gain assuré a été confirmé par la Cour de céans. Il n'y a dès lors pas lieu de revenir sur ce point.

Cela étant, selon le décompte effectué le 11 mars 2013, le mois de février 2013 comportait 20 jours contrôlés. Ainsi, dans l'hypothèse où le recourant n'aurait pas perçu de gain intermédiaire, son indemnité de chômage se serait élevée à 2'387 fr. 45 ($[3'238 \text{ fr.} \times 80\%] / 21.7 \text{ jours} \times 20 \text{ jours contrôlés}$).

La caisse a retenu, à titre de gain intermédiaire pour le mois de février 2013, un revenu de 2'438 fr. 60. Elle s'est référée au salaire de base tel que figurant dans le formulaire d'attestation de gain intermédiaire complété par F. _____ SA, lequel est fonction du nombre d'heures travaillées durant le mois en question, auquel sont additionnés les indemnités pour jours fériés au prorata du salaire de base (soit 3,19%), la part au 13^e salaire également au prorata du salaire de base (soit 8,33%) ainsi que le montant indiqué à titre d'autres éléments du salaire ; elle n'a pas tenu compte de la part du salaire pour les vacances, celle-ci n'étant pas comprise dans la définition du gain intermédiaire. Ainsi, eu égard à un salaire de base de 2'095 fr. 88, à la part au 13^e salaire de 174 fr. 58, à l'indemnité pour jours fériés de 66 fr. 80 et aux autres éléments du salaire à hauteur de 101 fr. 36, le revenu de l'assuré pour le mois de février 2013 s'élevait à 2'438 fr. 60.

Le recourant ne critique pas ce calcul en soi mais expose que selon les décomptes de la caisse, son gain moyen depuis août 2012 n'a pas été constant. Ce grief n'est cependant pas de nature à remettre en cause le calcul de l'intimé, eu égard aux considérations qui précèdent (cf. notamment consid. 3b *supra*).

Il s'ensuit que le revenu obtenu en gain intermédiaire au mois de février 2013 (2'438 fr. 60) est supérieur aux indemnités journalières de chômage dues pour le mois en question (2'387 fr. 45). Dès lors qu'il a

réalisé un revenu supérieur à son indemnité de chômage, le recourant ne peut prétendre à des indemnités compensatoires. En effet, la prétention aux indemnités compensatoires n'existe que si le revenu global de la personne assurée demeure inférieur à l'indemnité de chômage à laquelle elle pourrait prétendre.

Le raisonnement exposé par le recourant dans son acte de recours, consistant à retenir le 80% du gain intermédiaire et à le comparer au 80% du gain assuré, ne peut dès lors être suivi. En effet, le calcul à effectuer lorsque le gain intermédiaire est inférieur à l'indemnité de chômage n'a pas lieu d'être dans le cas présent.

C'est dès lors à juste titre que l'intimée a nié le droit du recourant aux prestations revendiquées du 1^{er} au 28 février 2013.

5. En définitive, le recours, mal fondé, doit être rejeté, ce qui entraîne la confirmation de la décision sur opposition litigieuse.

Il n'est pas perçu de frais de justice, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), ni alloué de dépens vu l'issue du litige (art. 61 let. g LPGA).

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

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision sur opposition rendue le 21 octobre 2013 par la Caisse cantonale de chômage, division juridique, est confirmée.
- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires.
- IV.** Il n'est pas alloué de dépens.

La juge unique :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- M. _____
- Caisse cantonale de chômage, division juridique
- 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 :