

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 16 février 2017

Composition : Mme BERBERAT, juge unique
Greffière : Mme Kuburas

Cause pendante entre :

N. _____, à [...], recourant,

et

A. _____, [...], à [...], intimée.

Art. 23 al. 1 LACI ; 37 OACI ; 5 al. 2 LAVS

E n f a i t :

A. N. _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], était au bénéfice d'un contrat de travail de durée déterminée à 60% conclu pour la période allant du 1^{er} septembre 2014 au 31 août 2016, en qualité d'assistant académique auprès de U. _____ (ci-après : U. _____ ou l'employeur).

Il s'est inscrit comme demandeur d'emploi auprès de l'Office régional de placement de D. _____ (ci-après : l'ORP ou l'office) le 15 août 2016 sur la base d'un taux de disponibilité à la reprise d'un emploi de 60%.

Par demande du 5 septembre suivant, l'assuré a sollicité l'octroi d'indemnités de chômage à compter du 1^{er} septembre 2016 auprès d'A. _____ (ci-après : la caisse de chômage). Il a joint à sa demande le dernier décompte de salaire, soit celui du mois d'août 2016, qui faisait notamment mention du paiement du 13^{ème} salaire d'un montant de 1'880 fr. et de vacances (56 h 48) d'un montant de 1'580 fr. 10.

Par courrier du 24 octobre 2016, la caisse de chômage a informé le recourant qu'elle le mettait au bénéfice d'un délai-cadre d'indemnisation de deux ans couvrant la période du 1^{er} septembre 2016 au 31 août 2018. Elle a fixé l'indemnité journalière à 112 fr. 65 sur la base d'un gain assuré de 3'055 fr. et d'un taux d'indemnisation de 80%.

Le 3 novembre 2016, l'assuré a contesté le montant du gain assuré retenu par la caisse de chômage. Il a précisé que le montant n'avait pas été correctement calculé, étant donné que son revenu déterminant au mois d'août 2016 était de 6'197 fr. 10 et de 2'992 fr. les cinq mois précédents, soit une moyenne de 3'526 fr. 20 au cours des six derniers mois de cotisation.

Par décision du 14 novembre 2016, la caisse de chômage a arrêté le gain assuré du recourant à 3'212 fr., correspondant à la moyenne des salaires obtenus sur les douze derniers mois de travail, soit du 1^{er} septembre 2015 au 31 août 2016. Elle a expliqué qu'elle n'avait pas retenu le montant afférant à 56 h 48 de vacances dans le calcul du gain assuré. Dans sa décision, elle a notamment précisé ce qui suit :

« (...)

5. Il est établi que vous avez touché les salaires suivants pendant le délai-cadre de cotisation susmentionné :

a. Du 01.03.2016 au 31.08.2016 salaire mensuel brut de CHF 3'195.12 (CHF 2'820.- + CHF 235.- de 13^{ème} salaire + forfait repas CHF 140.12), soit durant les 6 derniers mois, un montant total brut de CHF 19'170.72.

b. Du 01.01.2016 au 29.02.2016 salaire mensuel brut de CHF 3'195.12 (CHF 2'820.- + CHF 235.- de 13^{ème} salaire + forfait repas CHF 140.12), soit un montant total brut de CHF 6'390.24 pour ces 2 mois.

c. Du 01.09.2015 au 31.12.2015 salaire mensuel brut de CHF 3'246.95 (CHF 2'820.- + CHF 235.- de 13^{ème} salaire + forfait repas CHF 191.95), soit un montant total brut de CHF 12'987.80 pour ces 4 mois.

6. Le calcul du gain assuré est établi selon les 12 derniers mois (moyenne plus avantageuse), à savoir CHF 38'548.76 (CHF 19'170.72 + CHF 6'390.24 + CHF 12'987.80) : 12 mois. Le gain assuré est donc de 3'212.-

(...) ».

Par acte du 9 novembre 2016, l'assuré s'est opposé à cette décision auprès d'A. _____, [...], à [...] (ci-après : la caisse ou l'intimée) en faisant valoir que le gain assuré doit être calculé conformément au texte clair de la loi, en tenant compte des indemnités de vacances qui lui ont été versées. A cet effet, il a précisé qu'un salaire comprend toute rémunération pour un travail dépendant englobant, entre autres, les indemnités de vacances. Il a allégué qu'il est fréquent que les assistants académiques ne jouissent pas de l'intégralité de leurs vacances et se fassent payer le solde de vacances non prises par l'employeur. Il a ajouté que ce solde constitue une partie du salaire soumis à cotisations et qu'il doit dès lors être pris en considération dans le calcul du gain assuré. A l'appui de son opposition, le recourant a fait référence à un arrêt du Tribunal fédéral (TF 8C_290/2014 du 20 mars 2015).

Par décision sur opposition du 6 décembre 2016, la caisse a rejeté l'opposition du 29 novembre 2016 et a confirmé la décision rendue le 14 novembre 2016 par la caisse de chômage. Elle a retenu que le gain assuré du recourant s'élevait à 3'212 fr., ce qui correspondait au salaire moyen des douze derniers mois de cotisations de l'assuré, plus avantageux que le salaire moyen des six derniers mois de cotisations. Le taux d'indemnisation étant de 80%, l'indemnité journalière se montait à 118 fr. 40. Elle a en substance considéré que l'indemnisation des jours de vacances de l'assuré était comprise dans le salaire brut et ne devait donc pas être prise en considération dans le calcul du gain assuré. L'assuré bénéficiait en effet d'un contrat de travail prévoyant un salaire mensuel de 2'820 fr. payable en 13 mensualités et qui lui donnait droit à sept semaines de vacances. La caisse a relevé que si l'assuré avait pris les vacances auxquelles il avait droit, soit 56 h 48, il n'aurait pas perçu l'indemnité de 1'580 fr. 10 allouée par l'employeur après la fin des rapports de travail. Elle a enfin considéré que si cette indemnité était prise en compte dans le calcul du gain assuré du recourant, il y aurait une inégalité de traitement manifeste par rapport à un assuré qui aurait pris ses vacances pendant les rapports de travail et n'aurait en conséquence pas reçu une telle indemnité.

B. Par acte du 2 janvier 2017, N._____ recourt contre la décision sur opposition du 6 décembre 2016 auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal concluant en substance à sa réforme, en ce sens que le montant du gain assuré retenu dans la décision attaquée doit être augmenté et calculé en tenant compte des indemnités de vacances qui lui ont été versées au mois d'août 2016. Il soutient qu'il faut tenir compte du fait qu'il avait droit à sept semaines de vacances dans le cadre de son emploi en tant qu'assistant académique auprès de U._____, ce qui avait pour conséquence que les assistants académiques ne prenaient pas l'intégralité de leurs vacances et se faisaient payer le solde, surtout au vu de leur faible revenu.

Par réponse du 11 janvier 2016, l'intimée a conclu au rejet du recours renvoyant aux motifs développés dans sa décision sur opposition du 6 décembre 2016.

Par courrier du 19 janvier 2017, la juge instructeur a requis auprès du recourant le règlement du Personnel de U._____ et ses directives tel que cela figure sur le contrat de travail sous la rubrique « conditions d'engagement ».

Le 30 janvier 2017, le recourant a produit le règlement du personnel de janvier 2012, ainsi que la directive sur le temps de travail de janvier 2014.

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 al. 1 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage 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, à savoir celui du lieu où l'assuré se soumet au contrôle obligatoire lorsque la cause concerne l'indemnité de chômage (art. 100 al. 3 LACI, 128 al. 1 et 119 al. 1 let. a OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]). 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'occurrence, le recours a été interjeté en temps utile et satisfait en outre aux autres conditions formelles de recevabilité (art. 61 let. b LPGA notamment), de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

b) La LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; 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 contestation porte sur le montant du gain assuré. Compte tenu des montants en jeu (l'intimée retenant un gain assuré de 3'212 fr., alors que le recourant prétend à un gain assuré plus élevé tenant compte d'un montant de 1'580 fr. 10 versé avec son dernier salaire au titre d'indemnité de vacances), la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 francs. La présente cause relève dès lors de la compétence d'un membre de la Cour des assurances sociales statant en tant que juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

2. a) En tant qu'autorité de recours contre les 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 (ATF 131 V 164, 125 V 413 consid. 2c, 110 V 48 consid. 4a).

b) La question litigieuse en l'espèce porte sur le montant du gain assuré et partant de l'indemnité journalière applicable au délai-cadre d'indemnisation ouvert en faveur du recourant du 1^{er} septembre 2016 au 31 août 2018.

3. a) D'après l'art. 22 al. 1 LACI, l'indemnité journalière pleine et entière s'élève à 80% du gain assuré, ou à 70% pour les personnes visées à l'art. 22 al. 2 LACI.

Le calcul du gain assuré ne peut en principe porter que sur le montant du gain sur lequel des cotisations ont été prélevées, eu égard au principe de la primauté de la période de cotisation. Le gain assuré est ainsi

calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (art. 37 al. 1 OACI). Il est par contre 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'alinéa 1 (art. 37 al. 2 OACI).

Aux termes de l'art. 23 al. 1 première phrase LACI, est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'assurance-vieillesse et survivants (ci-après : 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.

b) Conformément à l'art. 5 al. 2 LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.10), le salaire déterminant provenant d'une activité dépendante comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Sont ainsi notamment inclus dans le salaire déterminant le salaire au temps, aux pièces (à la tâche) et à la prime, y compris les indemnités pour les heures supplémentaires, le travail de nuit et en remplacement, les allocations de résidence et de renchérissement, les gratifications, les primes de fidélité et au rendement, les avantages appréciables en argent provenant de participations de collaborateur, les pourboires, s'ils représentent une part importante du salaire et les prestations en nature ayant un caractère régulier (art. 7 RAVS [règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.101]). Aux termes de l'art. 9 RAVS, le dédommagement pour frais généraux encourus, à savoir les dépenses résultant pour le salarié de l'exécution de ses travaux, n'est pas compris dans le salaire (al. 1). Par contre, ne font pas partie des frais généraux les indemnités accordées régulièrement pour le déplacement du domicile au lieu de travail habituel et pour les repas courants pris au domicile ou au lieu de travail habituel ; ces indemnités font en principe partie du salaire déterminant (al. 2).

c) Le salaire pris en compte comme gain assuré au sens de l'assurance-chômage se rapproche de la notion précitée de salaire déterminant au sens de la LAVS, mais ne recouvre pas exactement celui-ci, ce qui ressort d'ailleurs de la formulation « normalement » contenue dans le texte légal de l'art. 23 al. 1 LACI (TF C 155/06 du 3 août 2007 consid. 5.1 ; cf. également BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n° 8 ad art. 23, p. 248 ; voir aussi THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, Ulrich Meyer [édit.], 3^e éd., Bâle 2016, ch. 303 p. 116). Certains montants perçus par le salarié, certes soumis à cotisations, n'entrent pas dans la fixation du gain assuré. Il en va ainsi de la rémunération des heures supplémentaires (ATF 129 V 105 ; TF C 139/05 du 26 juin 2006, consid. 4.1), de l'indemnité de vacances à certaines conditions (DTA 2000 n° 7 p. 33), des gains accessoires (ATF 126 V 207, 125 V 478 consid. 5a), d'un bonus versé une seule fois dans des circonstances particulières (DTA 2006 n° 27 p. 305), ou encore des indemnités pour inconvénients de service et indemnités de frais (BORIS RUBIN, op. cit., n° 11 ad art. 23, p. 250 et DTA 1992 n° 14 p. 141). En revanche, aux termes de la jurisprudence fédérale, les allocations de renchérissement, les gratifications, ainsi que les primes de fidélité et de rendement sont incluses dans le gain assuré, même si l'employeur les verse à bien plaisir et que l'employé ne peut en déduire aucun droit en justice (ATF 122 V 362 consid. 3 et les références citées ; TF C 139/05 du 26 juin 2006, consid. 4.1 ; TFA C 51/02 du 20 juin 2002, consid. 2a, C 45/01 et C 69/01 du 14 novembre 2001 consid. 5a). Bien qu'elles fassent partie du salaire déterminant au sens de la LAVS, les indemnités de vacances versées en plus du salaire de base sous la forme d'un pourcentage ne font pas partie du gain assuré. Une pratique contraire aurait pour effet de favoriser sans motif l'assuré dans cette situation par rapport à celui qui prend réellement les vacances auxquelles il a droit. Il convient toutefois d'établir combien de jours de vacances sont dédommagés par de telles compensations financières au cours de la période de cotisation déterminante. Dès lors, les indemnités de vacances perçues par l'assuré en sus de son salaire horaire ou mensuel doivent être considérées comme faisant partie du gain assuré du mois au

cours duquel l'intéressé a pris effectivement ses vacances (ATF 125 V 42 consid. 5b p. 47 ; DTA 2000 n° 7 p. 33, C 12/99 consid. 2 ; TF 8C_676/2008 du 28 novembre 2008 consid. 3.1).

4. a) En l'espèce, la méthode de calcul du gain assuré appliquée par l'intimée sur la base des douze derniers mois de salaire du recourant n'est pas contestée. L'intimée a retenu dans le cadre de sa décision litigieuse que le gain assuré était de 3'212 fr. et l'indemnité journalière de 118 fr. 40, soit 80% du gain assuré journalier. Elle n'a toutefois pas pris en considération le montant de 1'580 fr. 10 afférant à 56 h 48 de vacances non prises par le recourant. Ce dernier soutient que le montant précité doit être pris en compte dans le calcul du gain assuré lequel se monte dès lors à 3'526 fr. 20. Il invoque la faiblesse du revenu d'un assistant académique et le nombre élevé de son droit aux vacances (sept semaines) pour justifier la rémunération des vacances non prises.

b) Il ressort du dossier que le recourant bénéficiait d'un contrat de travail de durée déterminée, soit du 1^{er} septembre 2014 au 31 août 2016, à U._____, qui prévoyait un salaire mensuel brut de 2'820 fr., payable en 13 mensualités. L'art. 5.3 du règlement du personnel (applicable aux collaborateurs et collaboratrices employés par U._____) précise qu'à la fin des rapports de travail, le solde de vacances doit être pris jusqu'à la fin du délai de congé et ne peut donner lieu à rémunération qu'exceptionnellement. Il ressort de l'art. 5.4 de la directive sur le temps de travail que le droit total des vacances par année est de cinq semaines auxquelles s'ajoutent deux semaines de vacances offertes par l'employeur que le collaborateur doit s'engager à utiliser à sa guise durant l'année en cours afin de s'assurer que le compte vacances soit soldé à la fin de l'année. En l'occurrence, l'employeur a confirmé par courrier du 7 juin 2016 au recourant le non-renouvellement de son contrat de travail de durée déterminée et la fin des rapports de travail au 31 août 2016. Le recourant avait ainsi largement le temps de prendre le solde de ses vacances, ce d'autant plus que du 20 juillet au 10 août, l'activité de l'école est qualifiée d'« extrêmement basse » (art. 5.4 de la directive sur le temps de travail). Finalement, si le recourant avait soldé son compte

vacances jusqu'au 31 août 2016, ce dernier n'aurait pas donné lieu à rémunération.

c) Au vu des éléments précités, il convient de retenir que l'indemnisation des jours de vacances était comprise dans le salaire brut peu importe que le nombre de semaines de vacances fixé soit supérieur au minimum légal. L'indemnité litigieuse n'avait dès lors pas été prise en considération dans le calcul du gain assuré du recourant. A défaut, cela équivaldrait à une inégalité de traitement par rapport à un assuré qui aurait pris ses vacances pendant les rapports de travail et n'aurait donc pas reçu une telle indemnité (dans ce sens TF 8C_676/2008 précité, consid. 3.2).

5. a) Il résulte de ce qui précède que le recours, mal fondé, doit être rejeté ce qui entraîne la confirmation de la décision sur opposition litigieuse.

b) La procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), il n'est pas perçu de frais de justice, ni alloué de dépens dès lors que le recourant n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA).

**Par ces motifs,
la juge unique
p r o n o n c e :**

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision sur opposition rendue le 6 décembre 2016 par A._____, [...], est confirmée.
- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens.

La juge unique :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- N. _____, à [...],
- A. _____, [...], à [...],
- Secrétariat d'Etat à l'économie, à Berne,

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 :