

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 15 mars 2018

Composition : Mme PASCHE, présidente
Mmes Di Ferro Demierre et Dessaux, juges
Greffière : Mme Berseth Béboux

Cause pendante entre :

P._____, à [...], recourant,

et

K._____, à Lausanne, intimée.

Art. 23 al. 1 LACI ; art. 37 OACI ; art. 9 LTr

E n f a i t :

A. P._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], a été engagé dès le 1^{er} juillet 2013 par N._____, en qualité de vendeur au sein d'un commerce F._____ à [...]. Selon le contrat de travail du 10 juillet 2013, l'assuré était engagé pour une durée indéterminée, au taux de « 80 - 100% », pour un salaire brut de 26 fr. (soit un salaire horaire de base de 21 fr. 35, majoré des indemnités pour vacances [10,64%], pour jours fériés [3,5%], pour jours de congé [0,13%] ainsi que du 13^{ème} salaire *pro rata temporis* [8,33%]).

Licencié pour le 31 mars 2017, l'assuré s'est inscrit auprès de l'Office régional de placement [...] en qualité de demandeur d'emploi à 100% et a sollicité l'octroi d'indemnités de chômage dès le 1^{er} avril 2017. A l'appui de sa demande, il a notamment fourni à la Caisse cantonale de chômage, agence [...] (ci-après : la caisse), les pièces suivantes :

- ses bulletins de salaire couvrant la période du 21 février 2016 au 31 mars 2017, dont il ressort notamment un salaire horaire de base de 22 fr. 30,
- des « listes mensuelles collaborateurs » portant sur la période du 21 février 2016 au 20 avril 2017, dont il ressort notamment que le nombre d'heures hebdomadaires planifiées pour l'assuré était de « 50.00h ».

A teneur d'une attestation de l'employeur du 5 avril 2017, N._____ a indiqué que l'assuré avait travaillé en qualité d'assistant gérant pour un salaire horaire de base de 22 fr. 30, soit un salaire brut de 27 fr. 65 compte tenu des indemnités pour vacances (10,64%), pour jours fériés (3,5%) et du 13^{ème} salaire au pro rata (8,33%). L'employeur a encore indiqué que l'horaire normal dans l'entreprise et l'horaire contractuel de l'assuré étaient de 41 heures par semaine.

Par décision du 23 mai 2017, la caisse a arrêté le gain assuré de l'assuré à 4'309 fr., sur la base de la moyenne des salaires des douze derniers mois, correspondant à une indemnité journalière de 140 francs.

L'assuré a contesté le gain assuré retenu par la caisse, au motif que sur la base de ce dernier, son indemnisation ne dépassait pas le 50% du salaire qu'il percevait de son employeur.

Dans une décision sur opposition du 23 juin 2017, la Division juridique de la Caisse cantonale de chômage (ci-après : l'intimée) a rejeté l'opposition précitée et a confirmé la décision du 23 mai 2017. Elle a notamment retenu ce qui suit :

« Sur une période de 6 mois, l'assuré a touché le montant de CHF 34'162.10 à un taux d'activité de 132.66%. L'assurance-chômage n'indemnisant qu'un taux à 100%, il sied d'ajuster le montant touché en conséquence. Ainsi, sur 6 mois, pour un 100%, l'assuré a gagné CHF 25'752, soit une moyenne mensuelle de CH 4'292.-. Sur une période de 12 mois, l'assuré a touché un montant de CHF 66'957.70 à un taux d'activité à 129.51%. Ramené à un taux de 100%, la somme gagnée est de CHF 51'702.20, soit une moyenne mensuelle de CHF 4'308.50. Le salaire sur 12 mois étant plus avantageux, il sied de retenir ce montant-là.

L'assuré évoque, dans son opposition, qu'il ne comprend pas pourquoi, gagnant CHF 6'000.-, seul un montant brut de CHF 4'308.50 est pris en compte. Certes l'assuré a gagné de tels montants selon les mois, mais c'est en raison d'un taux d'activité allant au-delà du 100%. (...) »

B. Par acte du 4 juillet 2017, P. _____ a recouru auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal contre cette décision, en concluant implicitement à l'octroi d'un gain assuré supérieur. Il fait en substance valoir qu'il a été engagé pour un horaire de 15h00 à 0h30, soit neuf heures de travail par jour, sans qu'il ne s'agisse d'heures supplémentaires. Il fait également grief à la caisse d'avoir procédé au calcul de son gain assuré sur la base d'un salaire horaire de 26 fr., alors qu'il était en réalité supérieur à 27 francs.

Dans sa réponse du 31 juillet 2017, l'intimée a conclu au rejet du recours et au maintien de la décision entreprise. Elle fait en substance valoir qu'elle a fondé son calcul sur un salaire horaire de base de 22 fr. 30,

auquel elle a ajouté les indemnités de vacances, de jours fériés et de jours de congé, à hauteur de 10,64%, 3,5% et 0,13%, ainsi que le 13^{ème} salaire au prorata. La caisse a encore ajouté que tant le contrat de travail du recourant que la Convention collective de travail B._____ prévoient un horaire hebdomadaire de 41 heures, de sorte que toutes les heures dépassant ce seuil ne peuvent pas être prises en compte dans le calcul du gain assuré.

En réplique, le 8 août 2017, le recourant a répété qu'il ne ressortait pas de ses fiches de salaire qu'il avait effectué des heures supplémentaires, précisant que lorsqu'il avait gagné plus, il avait cotisé plus à l'assurance-chômage, et inversement.

Par duplique du 17 août 2017, l'intimée a maintenu sa position.

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, 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 dans le délai imparti par la loi 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 ; RS 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 est compétente pour statuer (art. 93 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 est celle du montant du gain assuré, et partant celle du montant de l'indemnité journalière, applicables au délai-cadre d'indemnisation ouvert en faveur du recourant dès le 1^{er} avril 2017.

3. a) 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'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 gain assuré est 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 déterminé sur la base du salaire moyen des douze derniers mois de cotisations si ce salaire est plus élevé que le salaire moyen visé à l'art. 37 al. 1 OACI (art. 37 al. 2 OACI).

b) Conformément à l'art. 5 al. 2 LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 ; 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 se recouvre pas exactement avec celui-ci, ce qui ressort d'ailleurs de la formulation «normalement» contenue dans le texte légal de l'art. 23 al. 1 LACI (TF 8C_479/2014 du 3 juillet 2015 consid. 3.2, C 155/06 du 3 août 2007 consid. 5.1 ; cf. également Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Schulthess 2014, n° 8 ad. art. 23. p. 248 ; voir aussi Nussbaumer, Arbeitslosen-versicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], 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 (ATF 130 V 492 consid. 4.2.4 ; 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).

Le gain assuré ne comprend ainsi en particulier pas le supplément de salaire pour les heures supplémentaires au sens de l'art. 321c al. 3 CO 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 du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce ; RS 822.11 ; cf. ATF 129 V 105). Les heures supplémentaires sont celles effectuées au-delà de l'horaire contractuel ou, à défaut de convention à ce sujet, de l'horaire usuel de l'entreprise (DTA 2003 p. 199) (cf. Boris Rubin, op. cit, n° 11 ad art. 23 p. 250).

4. a) Dans le cas d'espèce, la caisse a refusé de prendre en considération dans le calcul du gain assuré du recourant la totalité des salaires qu'il a perçus, au motif qu'il avait réalisé une partie de son revenu par le biais d'heures supplémentaires. Elle a estimé que l'horaire hebdomadaire déterminant était de 41 heures et que toutes les heures dépassant ce seuil constituaient des heures supplémentaires. Sur le principe, ce procédé ne prête pas flanc à la critique. De jurisprudence constante en effet, le revenu provenant d'heures supplémentaires ne fait pas partie du salaire « obtenu normalement », au sens de l'art. 23 al. 1 première phrase LACI et ne doit donc pas être inclus dans le gain assuré. Par contre, c'est sans fondement que l'intimée a arrêté l'horaire contractuel hebdomadaire à 41 heures.

En effet, contrairement à ce qu'affirme l'intimée dans sa réponse du 31 juillet 2017, le contrat de travail de l'assuré ne prévoit pas d'horaire contractuel. Il se limite à indiquer que l'intéressé est engagé pour un taux d'activité situé entre 80% et 100%, sans plus de précision.

Ce document n'est donc d'aucun secours pour trancher la question litigieuse, et ne permet pas de conclure, comme l'a fait la caisse, que l'horaire contractuel du recourant est de 41 heures par semaine.

C'est également à tort que l'intimée se réfère à la Convention collective de travail de B._____ pour déterminer l'horaire contractuel du recourant, dès lors que cette convention ne trouve pas application en l'espèce. En effet, le contrat de travail du 10 juillet 2013 a été conclu entre l'assuré et la société N._____, laquelle est intervenue en qualité de franchisée, et qui n'est pas partie à la convention collective précitée. La B._____, pas plus que ses partenaires associés au sens de ladite convention collective ([...]) ne sont parties au contrat de travail ; ils ne sont pas les employeurs du recourant. Les rapports de travail liant N._____ et le recourant ne sont donc pas soumis à la convention collective précitée, qui ne peut ainsi être utilisée pour déterminer l'horaire normal de travail de l'assuré.

Il ressort des « listes mensuelles collaborateurs » du 21 février 2016 au 20 avril 2017 que l'horaire de travail de l'assuré a systématiquement été planifié pour neuf heures par jour, horaire qu'il a toujours effectué de 15h00 à 19h30 et de 20h à 0h30 (à l'exception de quatre jours en janvier 2017, où il a travaillé 8h50 à un horaire de début de journée). Cela corrobore d'ailleurs ses affirmations en recours, selon lesquelles il avait été engagé pour un horaire de 15h00 à 0h30, soit neuf heures de travail par jour. Ainsi, compte tenu de cette stricte régularité sur une période de plus d'un an, il sied de retenir que l'assuré a été engagé pour effectuer neuf heures par jour et qu'il s'agit-là de son horaire contractuel, qui doit être pris comme référence pour distinguer son horaire normal de travail des heures supplémentaires.

La durée de travail quotidienne ne suffit pas encore à établir la durée hebdomadaire de travail, dans la mesure où le contrat de travail ne fixe pas le nombre de jours d'activité par semaine. A teneur de chaque « liste mensuelle collaborateurs » couvrant la période du 21 février 2016 au 20 avril 2017, l'employeur a indiqué que le nombre d'heures de travail

planifiées pour l'assuré s'élevait à « 50.00 h ». Il ressort également de ces documents que l'assuré a le plus souvent travaillé 5 ou 6 jours par semaine sur la période précitée, étant relevé que 50 heures hebdomadaires correspondent à 5,5 jours de travail de 9 heures. Il apparaît également que si l'on fait abstraction de celle du mois d'août 2016, durant lequel l'assuré a été en vacances du 2 au 18, et de celle du mois de janvier 2017, où l'assuré a été malade six jours, la durée mensuelle de travail moyenne s'élève à 210 heures. On peut donc retenir de ces différents éléments que, compte tenu des périodes de vacances et de maladie, les 50 heures hebdomadaires mentionnées par l'employeur ont été effectives. Ceci n'est au demeurant pas contraire à l'art. 9 LTr, qui fixe la durée maximum de la semaine de travail à 45 heures pour les travailleurs occupés dans les entreprises industrielles ainsi que pour le personnel de bureau, le personnel technique et les autres employés, y compris le personnel de vente des grandes entreprises de commerce de détail (al. 1 let. a), et à 50 heures pour tous les autres travailleurs (al. 1 let. b.). A teneur de l'art. 2 OLT1 (ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail, RS 822.111), sont réputées grandes entreprises de commerce de détail les entreprises qui occupent plus de 50 travailleurs. Ce n'est manifestement pas le cas du F. _____ de [...] dans lequel travaille le recourant, de sorte que la durée maximale de la semaine de travail qui s'applique à son cas est de 50 heures.

En définitive, au vu des éléments précités, il sied de retenir que l'horaire contractuel et normal de l'assuré, déterminant pour le calcul du gain assuré, correspond à 50 heures par semaine, aucun élément au dossier ne permettant de retenir comme établi un horaire contractuel inférieur.

Il sied encore de relever ici que l'horaire contractuel de 41 heures annoncé par l'employeur dans son attestation du 5 avril 2017 ne permet pas d'aboutir à une solution différente, dès lors qu'il ne correspond en rien à l'organisation mise en place par l'employeur, telle que définie ci-dessus.

b) Au vu de ce qui précède, il convient d'admettre le recours, d'annuler la décision entreprise et de renvoyer la cause à l'intimée pour qu'elle procède à un nouveau calcul du gain assuré en prenant en compte un horaire de travail contractuel de 50 heures et un salaire horaire de base de 22 fr. 30, majoré de 10,64% pour les indemnités de vacances, de 3,5% pour les jours fériés, de 0,13% pour les jours fériés et de 8,33% pour le 13^{ème} salaire, selon les éléments figurant sur les fiches de salaire de la dernière année de service.

5. a) En définitive, le recours doit être admis et la décision attaquée annulée, la cause étant renvoyée à la Caisse cantonale de chômage pour nouvelle décision au sens des considérants.

b) 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, dès lors que le recourant a agi sans l'aide d'un mandataire professionnel (art. 61 let. g LPGA).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
prononce :**

- I.** Le recours est admis.
- II.** La décision sur opposition rendue le 23 juin 2017 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est annulée, la cause lui étant renvoyée pour nouvelle décision au sens des considérants.
- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires ni alloué de dépens.

La présidente :

La greffière :

Du

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

- P. _____,
- 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 :