

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 24 octobre 2019

Composition : Mme DURUSSEL, juge unique
Greffière : Mme Berseth

Cause pendante entre :

W. _____, à [...], recourant, représenté par Dextra Protection Juridique SA,
à Zürich,

et

U. _____, à Genève, intimée.

Art. 24 LACI ; art. 41a al. 1 OACI

E n f a i t :

A. W. _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], a été engagé comme chauffeur poids lourd dès le 2 octobre 2017 par la société L. _____ pour un salaire mensuel de 4'500 fr., versé treize fois l'an. A la suite de son licenciement le 30 janvier 2018 et d'une incapacité de travail survenue durant son délai de congé, son contrat a pris fin le 31 mars 2018.

L'assuré a revendiqué les indemnités de chômage auprès A. _____ (ci-après : la Caisse ou l'intimée), qui l'a mis au bénéfice d'un délai-cadre d'indemnisation couvrant la période du 2 avril 2018 au 1^{er} avril 2020.

Le 22 mars 2018, L. _____ a indiqué à la Caisse que l'assuré avait perçu un salaire mensuel brut de 4'500 fr., ainsi qu'un 13^{ème} salaire au *prorata temporis* de 375 fr. brut par mois et une gratification de 213 fr. 30.

Par courrier du 26 avril 2018, la Caisse a informé l'assuré que son gain assuré avait été fixé à 4'910 fr. et son indemnité journalière à 181 fr. brut.

Le 29 août 2018, l'assuré a conclu avec la société O. _____ un contrat de mission portant sur une activité de chauffeur poids lourd auprès de la société K. _____, dès le 3 septembre 2019, en moyenne 42 heures par semaine, pour un salaire horaire de 27 fr. brut (indemnité de vacances [8,33% ; 1 fr. 92], jours fériés [3,2% ; 0 fr. 71] et 13^{ème} salaire [8,33% ; 2 fr. 08] compris).

A teneur de l'attestation de gain intermédiaire établie par O. _____ pour le mois de septembre 2018, l'assuré a travaillé 157 heures 25 au salaire horaire de 27 fr. 27, soit pour un salaire brut de 4'288 fr. 05, comprenant une indemnité de vacances (8,51%) de 301 fr. 93, une

indemnité pour jours fériés (3,15%) de 111 fr. 64 et un 13^{ème} salaire de 327 fr. 07.

Par décision du 10 octobre 2018, la Caisse a refusé d'indemniser l'assuré pour le mois de septembre 2018 au motif qu'il avait occupé un emploi convenable et n'avait de ce fait pas subi de perte de travail à prendre en considération. Expliquant qu'un droit à des indemnités compensatoires n'est donné que lorsque le revenu réalisé en gain intermédiaire est inférieur au montant de l'indemnité de chômage à laquelle l'assuré aurait eu droit, la Caisse a retenu que l'intéressé avait réalisé un gain intermédiaire journalier déterminant de 195 fr. 85 (compte tenu d'un gain mensuel brut sans l'indemnité de vacances de 3'917 fr. 10), supérieur à son indemnité journalière de chômage d'un montant de 181 francs.

L'assuré, représenté par Dextra Protection Juridique SA, s'est opposé à la décision précitée dont il a conclu à la réforme en ce sens qu'un droit à des indemnités compensatoires lui soit reconnu à hauteur de 608 fr. 25 pour la période de contrôle de septembre 2018.

Par décision sur opposition du 3 décembre 2018, la Caisse a confirmé son refus de prester pour le mois de septembre 2018, précisant qu'en prenant comme référence 42 heures de travail par semaine, tel que le prévoit le contrat et la Convention collective de la branche du travail temporaire, l'assuré aurait dû effectuer 168 heures durant le mois de septembre, ce qui aurait abouti à un revenu journalier déterminant de 209 fr. 29, d'autant supérieur à l'indemnité journalière de chômage de 181 francs.

B. Par acte du 20 décembre 2018, W._____, toujours représenté par Dextra Protection juridique SA, a recouru auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Vaud contre la décision sur opposition du 3 décembre 2018, dont il a implicitement conclu à la réforme en ce sens que lui soit reconnu le droit à une indemnité compensatoire de 608 fr. 25 pour le mois de septembre 2018.

Dans une réponse du 11 janvier 2019, l'intimée a conclu au rejet du recours et au maintien de la décision entreprise, faisant valoir que même en prenant en compte le revenu effectivement réalisé par le recourant en septembre 2018, le revenu journalier réalisé, de 195 fr. 90, n'ouvrirait pas le droit à une indemnisation compensatoire.

Par réplique du 7 février 2019 et duplique du 5 mars 2019, les parties ont maintenu leurs conclusions.

E n d r o i t :

1. a) La LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) est, sauf dérogation expresse, applicable en matière d'assurance-chômage (art. 1 al. 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 peuvent faire l'objet d'un recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 56 al. 1 LPGA ; 100 al. 3 LACI, 128 al. 1 et 119 al. 1 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 leur notification (art. 60 al. 1 LPGA).

b) En l'occurrence, déposé en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

c) Vu la valeur litigieuse inférieure à 30'000 fr., la cause est de la compétence du juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

2. Est en l'espèce litigieux le droit du recourant à des indemnités compensatoires au sens de l'art. 24 LACI durant le mois de septembre 2018.

3. a) A teneur de l'art. 24 LACI, l'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain. Constitue un gain intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle (al. 1). 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 (al. 2). Selon l'art. 41a al. 1 OACI, dont la conformité à la loi a été reconnue par le Tribunal fédéral (ATF 127 V 479 consid. 2), l'assuré a droit à des indemnités compensatoires au sens de l'art. 24 LACI lorsqu'il réalise un revenu inférieur à son indemnité de chômage.

b) La notion de gain intermédiaire doit être mise en relation avec celle d'emploi convenable. Lorsqu'un assuré accepte un emploi convenable eu égard au salaire offert au sens de l'art. 16 al. 2 let. i LACI (à savoir un emploi dont la rémunération n'est pas inférieure à 70% du gain assuré), cette prise d'emploi met fin au chômage et ne laisse plus de place pour l'application des règles sur le gain intermédiaire et le versement d'indemnités compensatoires. La définition d'emploi convenable permet ainsi de délimiter les emplois dont le revenu peut être pris en compte à titre de gain intermédiaire et ceux considérés comme convenables et qui mettent par conséquent purement et simplement fin au chômage. Le seuil de rémunération mettant fin au chômage correspond à l'indemnité de chômage. Pour déterminer si le gain réalisé par un assuré est un gain intermédiaire ou un gain convenable, il convient de comparer le gain journalier brut et l'indemnité journalière brute (ATF 127 V 479 consid. 2 et 4 ; NUSSBAUMER, *Arbeitslosenversicherung*, in : Schweizerischen Bundesverwaltungsrecht (SBVR) 2016, ch. 336 p. 2386 ss et les références citées ; RUBIN, *Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage*, Schulthess 2015, n° 46 ad art. 16 et n° 10 ad art. 24 et les références citées).

c) Il découle des considérations qui précèdent que toute perte de gain par rapport au gain assuré ne peut pas donner lieu à une indemnisation compensatoire au sens de l'art. 24 al. 1 LACI. Seul un revenu inférieur à l'indemnité de chômage à laquelle l'assuré aurait droit durant la période de contrôle concernée est susceptible d'ouvrir le droit à une telle indemnisation. Un revenu qui est supérieur à ce seuil est réputé convenable et met fin au chômage, excluant de plein droit une indemnisation en gain intermédiaire. L'examen du droit à l'indemnité au sens de l'art. 24 al. 1 LACI implique ainsi deux étapes successives distinctes : dans un premier temps, il s'agit de déterminer si le seuil de rémunération mettant fin au chômage est atteint. Dans un second temps, et uniquement s'il a été répondu par la négative à la première question précitée, il conviendra de procéder au calcul de l'indemnité compensatoire.

Si le mode de calcul sur lequel le recourant fonde ses conclusions n'est pas erroné dans l'absolu, il n'est toutefois pas utilisé à bon escient. Préconisé par le Secrétariat d'Etat à l'économie (Bulletin LACI IC chiffre C135) et confirmé par le Tribunal fédéral dans l'arrêt cité par l'assuré dans son acte de recours (TF 8C_1027/2008 du 8 septembre 2009), il permet de calculer l'indemnité compensatoire à laquelle a droit un assuré qui réalise un gain intermédiaire. Cependant, avant de procéder à un tel calcul, encore faut-il avoir vérifié, en amont, que le gain réalisé durant la période de contrôle concernée constitue bel et bien un gain intermédiaire, à savoir un gain inférieur à l'indemnité de chômage à laquelle l'assuré aurait droit s'il n'avait pas travaillé. Il s'agit-là de la condition *sine qua non* d'une indemnisation compensatoire au sens de l'art. 24 LACI. Or le recourant a occulté cette première étape de l'examen. Il a directement procédé au calcul de l'indemnité à laquelle il prétendait avoir droit, sans s'être au préalable assuré que le gain réalisé durant le mois de septembre 2018 ne constituait pas un gain convenable qui mettrait fin au chômage et exclurait le droit à des indemnités compensatoires. Procéder de la sorte revient à accorder une indemnisation compensatoire à tous les assurés qui réalisent un revenu même très largement supérieur à leur indemnité de chômage, pourvu qu'il

soit inférieur à leur gain assuré, ce qui n'est assurément pas le but poursuivi par la loi. Il ne suffit en effet pas que l'assuré réalise un revenu inférieur à son gain assuré pour qu'il puisse prétendre à une indemnité en gain intermédiaire, l'art. 41a al. 1 OACI spécifiant que l'assuré a droit à des indemnités compensatoires lorsqu'il réalise un revenu non seulement inférieur à son gain assuré, mais également à son indemnité de chômage.

Le mode de calcul appliqué par l'intimée pour déterminer si le revenu réalisé par le recourant en septembre 2018 constitue un gain intermédiaire permettant une indemnisation, ou si au contraire il dépasse le seuil du travail réputé convenable, n'est pas critiquable. En comparant l'indemnité journalière à laquelle l'assuré a droit depuis l'ouverture de son délai-cadre d'indemnisation au gain journalier réalisé durant le mois de septembre 2018, la caisse a fait une correcte application des principes admis par la jurisprudence et la doctrine (cf. consid. 3b supra). Elle a plus spécifiquement fait application des directives données à cet égard par le Secrétariat d'Etat à l'économie (Bulletin LACI IC chiffre B299), dont le tribunal n'a pas de motif de s'écarter en l'espèce (ATF 144 V 195 consid. 4.2). Compte tenu des éléments au dossier (rapports de travail de 6 mois, salaire mensuel brut de 4'500 fr., prorata mensuel du 13^{ème} salaire de 375 fr., gratification de 213 fr. 30), c'est à juste titre que l'intimée a arrêté le gain assuré à 4'910 francs ($[(4'500 \text{ fr.} + 375 \text{ fr.}) \times 6] + 213 \text{ fr. } 30 : 6$) et l'indemnité journalière à 181 francs ($[4'910 \text{ fr.} \times 80\%] : 21,7$; art. 22 al. 1 LACI et 40a OACI). Il existe par contre un certain flou quant au salaire de base à prendre en considération pour déterminer le gain journalier réalisé par l'assuré en septembre 2018. Dans sa décision initiale du 10 octobre 2018, l'intimée a retenu que l'intéressé avait gagné 3'917 fr. 10, après déduction de l'indemnité de vacances (déduction jugée conforme par le Tribunal fédéral ; ATF 125 V 47 consid. 5 ; TFA 330/05 du 11 avril 2016 consid. 5.2). Dans sa décision sur opposition du 3 décembre 2018, elle a retenu un gain de 4'185 fr. 87, en partant du postulat que l'assuré aurait réalisé ce salaire s'il avait travaillé à concurrence des 42 heures hebdomadaires prévues par la Convention collective de la branche du travail temporaire. Le contrat de mission du 29 août 2018 prévoit quant à lui un salaire brut de 27 fr. 00 l'heure, dont à déduire 1 fr. 92

d'indemnité de vacances (soit 8,33%), ce qui aboutit, compte tenu des 157 heures 25 travaillées en septembre 2018, à un revenu brut sans indemnité de vacances de 3'943 fr. 80. Enfin, l'attestation de gain intermédiaire de septembre 2018 fait état d'un salaire horaire brut de 27 fr. 27, dont une indemnité de vacances de 8,51%, ce qui revient à un revenu brut sans indemnité de vacances de 3'986 fr. 27. Ces différences restent cependant sans incidence sur l'issue de la cause, puisque même à prendre le revenu le plus favorable au recourant, soit 3'917 fr. 10, le gain journalier réalisé durant le mois de septembre 2018, compte tenu des 20 jours contrôlés qu'il comprenait, équivaut à 195 fr. 85 (3'917 fr. 10 : 20), qui dépasse l'indemnité journalière de 181 fr. à laquelle le recourant aurait eu droit. Pour préciser le raisonnement, on observera encore que, compte tenu des 20 jours contrôlés du mois en question, à raison d'une indemnité journalière de 181 fr., l'assuré aurait perçu une indemnisation brute de chômage de 3'620 fr. (181 fr. x 20) s'il n'avait pas travaillé, ce qui, on le voit, aurait été inférieur à ce qu'il a gagné durant le mois. Le revenu réalisé par le recourant en septembre 2018, supérieur à son indemnité de chômage, n'est donc pas un gain intermédiaire au sens des art. 24 LACI et 41a al. 1 OACI. Il s'agit au contraire d'un gain convenable qui met fin au chômage, au moins durant la période de contrôle concernée, et qui ne permet pas une indemnisation compensatoire.

d) En définitive, c'est à juste titre que l'intimée a refusé d'allouer au recourant des indemnités compensatoires au sens de l'art. 24 LACI pour le mois de septembre 2018.

4. a) Au vu de ce qui précède, le recours, mal fondé, doit être rejeté et la décision entreprise confirmée.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais de justice, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer de dépens, dès lors que le recourant n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA).

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

- I. Le recours est rejeté.
- II. La décision sur opposition rendue le 3 décembre 2018 par A._____ est confirmée.
- III. Il n'est pas perçu de frais de justice ni alloué de dépens.

La juge unique :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- Dextra Protection juridique SA (pour le recourant), à Zürich,
- A._____, à Genève,
- 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 :