

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 25 juin 2020

Composition : Mme BERBERAT, présidente
Mmes Röthenbacher et Pasche, juges
Greffier : M. Germond

Cause pendante entre :

A. _____, à [...], recourant, représenté par Me Nicolas Mattenberger,
avocat à Vevey,

et

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

Art. 13 al. 2 let. b et 23 al. 1 LACI ; 11, 37 al. 1 - 2 et 39 OACI

E n f a i t :

A. A. _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], s'est inscrit à l'Office régional de placement (ORP) d[...] le 8 janvier 2019 et a sollicité l'octroi des indemnités de chômage à compter du même jour.

L'assuré a fondé et co-dirigé la société en nom collectif K. _____ inscrite le 11 octobre 2013 au Registre du commerce et ayant pour but l'exploitation d'une agence de communication. Cette activité d'indépendant a été entrecoupée de périodes durant lesquelles il a exercé une activité salariée de graphiste. Durant le délai-cadre de cotisation du 8 janvier 2015 au 7 janvier 2019 (prolongation de deux ans en vertu de l'art. 9 al. 2 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0]), l'assuré a travaillé, en qualité d'indépendant (agence de communication) d'avril 2012 à novembre 2017, ainsi que du 26 juin au 30 septembre 2017 au sein de l'entreprise G. _____ Sàrl (3.233 mois) et du 15 décembre 2016 au 31 janvier 2017 (1.56 mois) auprès de P. _____. L'intéressé a en outre effectué son service civil du 11 décembre 2017 au 14 novembre 2018, soit pendant onze mois et cinq jours, totalisant quinze mois et vingt-neuf jours comme cumul de périodes de cotisation (décision sur opposition du 4 avril 2019 de la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, reconnaissant en principe le droit à l'indemnité de chômage à compter du 8 janvier 2019 en renvoyant la cause à la Caisse cantonale de chômage, agence du [...], pour analyse des autres conditions du droit [pièces 164 à 167]).

Par décision du 10 avril 2019, l'agence du [...] a informé l'assuré qu'en application des art. 23 al. 1 LACI et 37 OACI (ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 3 août 1983 ; RS 837.02) son indemnité journalière (IJ) s'élevait à 90 fr. 75 dès le 8 janvier 2019. Rappelant que l'assuré n'avait pas obtenu de salaire durant les six derniers mois dès lors que ses APG (allocations pour perte de gain) service civil n'étaient pas soumises à cotisation de

l'assurance-chômage (du fait qu'il avait exercé une activité indépendante auparavant), la caisse, agence du [...], a retenu ce qui suit :

“Durant la période de référence des 6 derniers mois des rapports de travail, vous avez obtenu la rémunération suivante :

APG service civil non cotisées	11.12.17 au 16.07.18	CHF	
0.00			
Salaire mensuel moyen		CHF	0.00
Salaire moyen des 6 derniers mois		CHF	
0.00			

Durant la période de référence des 12 derniers mois des rapports de travail, vous avez obtenu la rémunération suivante :

APG service civil non cotisées	11.12.17 au 16.07.18	CHF	
0.00			
Salaire mensuel moyen		CHF	0.00
G. _____ Sàrl	26.06.17 au 30.09.17	CHF	
20'046.90			
Salaire mensuel moyen		CHF	6'200.70
P. _____	15.12.16 au 31.01.17	CHF	9'496.70
Salaire mensuel moyen		CHF	6'087.60
Salaire moyen des 12 derniers mois		CHF	
2461.95			
Gain assuré		CHF	2462.00

Calculs du GA sur 12 mois : $(20'046.90 + 9'496.70)/12 = CHF 2461.95$ arrondi à 2462.00

*Calculs de l'indemnité journalière : $(2462*80\%)/21.7 = CHF 90.76$ arrondi à CHF 90.75*

La période d'APG compte comme période de cotisation, mais ne peut pas être prise dans le calcul du gain assuré car elle n'est pas cotisée AVS, AC.

Au vu de ce qui précède, votre gain assuré se monte à CHF 2462.00, ce qui correspond à une indemnité journalière de CHF 90.75.”

Le 21 mai 2019, l'assuré, agissant par Me Nicolas Mattenberger, s'est opposé à cette décision en demandant sa réforme en ce sens que l'indemnité journalière s'élève à un montant supérieur à 90 fr. 75, voire corresponde à 181 fr. 50. En substance, il expliquait que le calcul de son gain assuré devait s'effectuer sur la base des six derniers mois des rapports de travail salariés dès lors qu'un calcul sur les douze derniers

mois ne permettait pas de retenir un salaire moyen plus élevé. Selon ses propres calculs, le gain assuré serait de 4'924 fr. ($[20'046 \text{ fr. } 90 + 9'496 \text{ fr. } 80] / 6$) ce qui correspondrait à une indemnité journalière de 181 fr. 50 ($[4'924 \text{ fr. } \times 80 \text{ \%}] / 21.7 \text{ jours}$).

Par décision sur opposition du 5 juin 2019, la Caisse cantonale de chômage, Division juridique (ci-après : la caisse ou l'intimée), a rejeté l'opposition de l'assuré et confirmé la décision du 10 avril 2019 de l'agence du [...]. Répétant que les mois pendant lesquels l'assuré avait perçu l'APG ne pouvaient servir au calcul de son gain assuré, la caisse a précisé que l'intéressé n'ayant cotisé que pendant quatre mois et vingt-quatre jours, sa période de service civil avait dû être prise en compte conformément à l'art. 13 al. 2 let. b LACI. Les mois d'APG service civil où l'assuré n'avait pas cotisé étant « intrinsèquement liés au droit de l'assuré à la perception de l'IC [indemnité de chômage] », ils avaient dû être pris en compte pour la période de calcul du gain assuré. Dès lors qu'aucun salaire n'avait été réalisé sur les derniers six mois, il convenait de prendre comme référence les « derniers » douze mois, soit confirmer un gain assuré de 2'462 fr. correspondant à une indemnité journalière de 90 fr. 75.

Le 30 juillet 2019, l'assuré a décroché un emploi débutant le 1^{er} août 2019 en qualité de Multimedia Graphic Designer (CDI) au Département Business Development & Marketing de la société W. _____ SA à [...], dont il démissionnera le 8 août 2019 avec effet immédiat pour des motifs personnels. Pour son activité du 1^{er} au 7 août 2019, il a perçu un revenu brut de 1'540 fr. 90 sur la base du salaire contractuel de 6'925 fr. versé treize fois l'an.

B. Par acte du 8 juillet 2019, A. _____, représenté par Me Mattenberger, a interjeté un recours contre la décision sur opposition précitée auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant, sous suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens que « l'indemnité journalière d'A. _____ s'élève à CHF 181.50 », subsidiairement à l'annulation de la décision attaquée et au renvoi de la cause à l'intimée pour nouvelle décision. A l'appui de son recours, il ne

conteste plus la non-prise en compte des montants versés au titre des APG service civil, mais estime qu'il est erroné de prendre en considération des revenus non soumis à cotisation pour calculer le gain assuré. Réitérant ses précédents calculs, il maintient que seuls les six derniers mois des rapports de travail salariés comptent, étant précisé qu'un calcul sur les douze derniers mois ne permet pas de retenir un salaire moyen supérieur.

Dans sa réponse du 2 octobre 2019, l'intimée a conclu au rejet du recours et au maintien de sa décision, en insistant sur le fait que le recourant n'était pas au bénéfice d'un contrat de travail avant d'effectuer son service civil, car il était indépendant ; les indemnités APG ne pouvant être retenues pour son calcul, il y aurait lieu de retenir un salaire de zéro.

Par réplique du 17 octobre 2019, le recourant a confirmé ses précédentes conclusions en précisant contester le calcul du gain assuré.

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), 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.

2. Le litige porte sur le montant du gain assuré déterminant pour le calcul de l'indemnité journalière de chômage allouée à l'assuré à compter du 8 janvier 2019.

Le calcul de l'intimée est le suivant :

“20'046 fr. 85 (G._____) + 9'496 fr. 75 (P._____) : 12 = **2'462 fr.** (gain assuré) X 80 % : 21.7 = 90 fr. 75 ”

De son côté, le recourant lui oppose le calcul suivant :

“20'046 fr. 90 (G._____) + 9'496 fr. 80 (P._____) : 6 = **4'924 fr.** (gain assuré) X 80 % : 21.7 = 181 fr. 50”

La caisse, par son agence du [...], a estimé qu'il convenait de prendre en compte pour la période de référence du gain assuré du recourant les mois durant lesquels celui-ci n'avait pas cotisé, car ces mois étaient « intrinsèquement liés au droit de l'assuré à la perception de l'IC ». Toutefois les arguments de l'intimée ne sont pas convaincants.

3. a) Selon l'art. 8 al. 1 let. e LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré. Celui qui, dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet (art. 9 al. 3 [LACI]), a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation remplit les conditions relatives à la période de cotisation (art. 13 al. 1 LACI).

D'après l'art. 13 al. 2 let. b LACI, compte également comme période de cotisation le temps durant lequel l'assuré sert dans l'armée, dans le service civil ou dans la protection civile conformément au droit suisse ou accomplit un cours obligatoire d'économie familiale qui a lieu pendant toute la journée et durant au moins deux semaines sans discontinuer (dans sa version en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2018). Les périodes de service militaire, de service civil ou de protection civile ainsi que de congé maternité indemnisées par les APG comptent comme périodes de cotisation, indépendamment du fait que les APG aient été

soumises à cotisations AVS (Bulletin LACI IC du Secrétariat d'Etat à l'économie [SECO], ch. B 163). Les allocations pour perte de gain en faveur des personnes servant dans l'armée, dans le service civil ou dans la protection civile et les allocations de maternité prévues par la LAPG (loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité ; RS 834.1) sont soumises aux cotisations de l'assurance-chômage si leur bénéficiaire était auparavant salarié et qu'il touchait un salaire déterminant au sens de la législation sur l'assurance-vieillesse et survivants. Mais s'il avait le statut d'indépendant ou s'il n'exerçait pas d'activité lucrative, ces allocations sont uniquement soumises aux cotisations AVS / AI / APG (Bulletin LACI IC, ch. A 25). Ainsi, selon la jurisprudence (DTA 1993/1994 p. 91 consid. 2c p. 94), il est possible d'assimiler à une période de cotisation des périodes de service au sens de l'art. 13 al. 2 let. b LACI, alors même que l'assuré avait le statut d'indépendant et n'avait exercé aucune activité dans le cadre d'un rapport de travail, ni avant et ni après la période de service en question. Cette jurisprudence s'écarte de la règle très présente en assurance-chômage, selon laquelle le droit à une indemnisation est lié au statut de travailleur subissant une perte de gain (BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n° 27 *ad* art. 13 LACI).

b) Aux termes de l'art. 23 al. 1 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 (première phrase). Le Conseil fédéral détermine la période de référence et fixe le montant minimum (quatrième phrase).

La période de référence pour le calcul du gain assuré est réglée à l'art. 37 OACI (ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 3 août 1983 ; RS 837.02). Le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation (art. 11 OACI) qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (al.

1). Il est 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 (al. 2). La période de référence commence à courir le jour précédant le début de la perte de gain à prendre en considération quelle que soit la date de l'inscription au chômage (al. 3, première phrase).

c) En cas de prise en compte de périodes assimilées à des périodes de cotisation selon l'art. 13 al. 2 let. b à d LACI, le salaire déterminant est celui que l'intéressé aurait normalement obtenu (art. 39 OACI) et non pas d'éventuelles indemnités journalières qu'il obtiendrait en vertu des art. 324a al. 4 et art. 324b CO (SVR 2015 ALV n° 11 p. 33, TF 8C_821/2017 du 4 juin 2018, consid. 4.2 ; 8C_218/2014 du 9 février 2015, consid. 3.2 ; 8C_104/2011 du 2 décembre 2011, consid. 3.1; TFA C 336/05 du 7 novembre 2006, consid. 4.1; C 112/02 du 23 juillet 2002, consid. 2.2).

4. a) En l'espèce, durant le délai-cadre de cotisation du 8 janvier 2015 au 7 janvier 2019 (prolongé en raison de l'exercice d'une activité indépendante), le recourant a rempli la période minimale de cotisation, en réalisant une période de cotisation au sens de l'art. 13 al. 1 LACI de 4 mois et 24 jours et en accomplissant du service civil au sens de l'art. 13 al. 2 let. b LACI durant 11 mois et 5 jours, période assimilée à une période de cotisation, ce qui correspond à une période de cotisation totale de 15 mois et 29 jours et au versement de 260 indemnités de chômage à compter du 8 janvier 2019 en vertu de l'art. 27 al. 2 LACI.

b) Quant au montant du gain assuré, il doit être déterminé selon l'art. 23 al. 1 LACI pour la période durant laquelle des cotisations ont été payées par l'assuré sur le salaire qui est normalement obtenu au cours d'un ou plusieurs rapports de travail et sur la base de l'art. 39 OACI pour la période assimilée au sens de l'art. 13 al. 2 let. b LACI, soit sur le salaire que l'assuré aurait normalement obtenu (supra consid. 3).

aa) Le recourant a travaillé en qualité de graphiste pour deux employeurs différents durant le délai-cadre de cotisation, ce qui

correspond à 4.793 mois de cotisation. Il a ainsi perçu un salaire de 20'046 fr. 90 de G._____ Sàrl pour la période allant du 26 juin au 30 septembre 2017 (3.233 mois), ce qui correspond à un salaire mensuel moyen de 6'200 fr. et de 9'496 fr. 80 de P._____ pour la période allant du 15 décembre 2016 au 31 janvier 2017 (1.56 mois) pour un salaire mensuel moyen de 6'087 francs. La moyenne de salaire durant la période de cotisation de 4.793 mois est de 6'163 fr., période insuffisante pour pouvoir déterminer le gain assuré uniquement sous l'angle du salaire normalement obtenu.

bb) Le recourant a en outre effectué 339 jours de service civil, en percevant 3'783 fr. pendant la période du 11 au 31 décembre 2017 et 89'994 fr. pendant la période du 1^{er} janvier au 14 novembre 2018. Le recourant a cessé son activité indépendante au 30 novembre 2017, soit antérieurement au début de son service civil. Dès lors que l'intéressé avait un statut d'indépendant avant le début de son service civil, les prestations APG - d'un montant mensuel moyen de 8'402 fr. - ont uniquement été soumises aux cotisations AVS / AI / APG et n'étaient donc pas soumises à cotisation de l'assurance-chômage. On relèvera au demeurant que même si le montant mensuel moyen est supérieur au salaire mensuel moyen réalisé auprès de G._____ Sàrl et P._____, le recourant ne saurait en bénéficier faute d'avoir été soumis à cotisation, même si le droit de l'assuré à la perception d'indemnités de chômage est intrinsèquement lié à l'accomplissement du service civil. Dans ce contexte, soit pour une période prise en compte comme période de cotisation au sens de l'art. 13 al. 2 let. b LACI, est déterminant le salaire que l'assuré aurait normalement obtenu (cf. SVR 2015 ALV n° 11 p. 33, déjà cité, consid. 3.2 ; TF 8C_645/2014 du 3 juillet 2015 consid. 2; 8C_104/2011 du 2 décembre 2011 consid. 3.1; RUBIN, *op. cit.* n° 28 *ad art.* 23 LACI).

c) Il convient dès lors de se fonder, pour le calcul du gain assuré au sens de l'art. 23 al. 1 LACI, sur les salaires mensuels que l'intéressé touchait antérieurement à son service civil, soit le salaire moyen de 6'163 fr., salaire que le recourant aurait normalement obtenu s'il avait pu travailler durant son service civil. Il n'existe aucun motif pour

retenir que l'assuré aurait réalisé un salaire de zéro pendant l'accomplissement de son service civil, ce d'autant plus que l'intéressé avait cessé son activité indépendante au 30 novembre 2017. En effet, dans l'hypothèse où un indépendant aurait uniquement effectué un service civil pendant douze mois sans avoir exercé d'activité lucrative, cela signifierait que son gain assuré serait de zéro, alors qu'il a réalisé une période assimilée à une période de cotisation au sens de l'art. 13 LACI. A cela s'ajoute que l'art. 13 al. 2 let. b LACI concerne des périodes où l'assuré n'est pas forcément partie à un rapport de travail, contrairement aux autres motifs de l'art. 13 al. 2 LACI (RUBIN, *op. cit.* n° 27 *ad* art. 13 LACI), raison pour laquelle l'absence de prélèvement de cotisations chômage ne saurait constituer un obstacle à la prise en compte d'un salaire au sens de l'art. 39 OACI et au versement d'indemnités journalières. A cet égard, les considérations de l'intimée au stade de la réponse (points 2.1-2.3) concernent les cas de maladie et d'accident au sens de l'art. 13 al. 2 let. c LACI et ne sauraient s'appliquer par analogie aux cas visés à l'art. 13 al. 2 let. b LACI.

5. a) A l'aune de ce qui précède, le recours doit être admis et la décision attaquée réformée, en ce sens que le gain assuré du recourant se monte à 6'163 fr., ce qui correspond à une indemnité journalière de 227 fr. 20 ($[6'163 \text{ fr.} \times 80 \%] / 21.7 \text{ jours}$) à compter du 8 janvier 2019.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA).

Obtenant gain de cause avec l'assistance d'un mandataire qualifié, le recourant a droit à une indemnité de dépens à titre de participation aux honoraires de son conseil (art. 61 let. g LPGA), qu'il convient d'arrêter à 1'500 fr., débours et TVA compris (art. 10 et 11 TFJDA [tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative ; BLV 173.36.5.1]), et de mettre à la charge de l'intimée qui succombe.

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

- I.** Le recours est admis.

- II.** La décision sur opposition rendue le 5 juin 2019 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est réformée en ce sens que le gain assuré d'A._____ se monte à 6'163 fr., ce qui correspond à une indemnité journalière de 227 fr. 20 à compter du 8 janvier 2019.

- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

- IV.** La Caisse cantonale de chômage, Division juridique, versera à A._____ une indemnité de 1'500 fr. (mille cinq cents francs) à titre de dépens.

La présidente :

Le greffier :

Du

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

- Me Nicolas Mattenberger (pour A. _____),
- Caisse cantonale de chômage, Division juridique,
- Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO),

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).

Le greffier :