

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 16 octobre 2020

Composition : Mme DI FERRO DEMIERRE, juge unique
Greffier : M. Favez

Cause pendante entre :

X. _____, à [...], recourante,

et

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, DIVISION JURIDIQUE, à Lausanne,
intimée.

Art. 23 al. 1 LACI ; art. 5 al. 2 LAVS

E n f a i t :

A. X._____ (ci-après : l'assurée ou la recourante) s'est inscrite en tant que demandeuse d'emploi à l'Office régional de placement de B._____ et a sollicité l'indemnité de chômage auprès de la Caisse cantonale de chômage, agence de B._____ (ci-après : la Caisse ou l'intimée), à compter du 1^{er} octobre 2019.

L'assurée a travaillé pour les employeurs suivants avant son inscription à l'ORP :

- C._____ du 1^{er} mai 2019 au 21 septembre 2019 ;
- D._____ du 1^{er} septembre 2013 au 31 juillet 2018 ;
- F._____ du 1^{er} janvier 2016 au 31 décembre 2017.

Par décision du 10 décembre 2019, la Caisse a fixé l'indemnité journalière de l'assurée à 120 fr. 30 dès le 1^{er} octobre 2019, soit un gain assuré de 3'263 fr., ce qui correspond à la rémunération moyenne de l'intéressée des six derniers mois des rapports de travail et qui se décompose comme il suit :

« C._____	du	01.05	au	CHF	19'267 .35
		21.09.2019			
Salaire moyen	mensuel			CHF	3'211.25
D._____	du	21.06	au	CHF	309.05
		31.07.2018			
Salaire moyen	mensuel			CHF	51.50
Salaire moyen des 6 derniers mois				CHF	3'262.75
Gain assuré déterminant				CHF	3'263.- »

Par courrier du 17 décembre 2019, l'assurée s'est opposée à la décision précitée. En effet, selon ses calculs, l'indemnité journalière devrait s'élever à 137 fr. 30 et le gain assuré à 3'724 fr. 15. Elle a expliqué que son ancien employeur, C._____, était un établissement saisonnier et que le temps de travail hebdomadaire était de 43,5 heures. Son salaire

mensuel brut s'élevait à 3'700 fr. avec un droit au treizième salaire en plus. Elle fait valoir qu'elle a été engagée par contrat de durée déterminée allant du 1^{er} mai 2019 au 21 septembre 2019 afin de remplacer une collaboratrice en congé maternité. La période durant laquelle elle a travaillé correspondait à la haute saison du Golf [...], ouvert du mardi au dimanche inclus. Certains jours de congé n'ont pas pu être pris en raison du volume de travail pendant la haute saison. Elle a travaillé tous les dimanches, soit 18 dimanches. Selon les directives de l'employeur et compte tenu du volume de travail, il lui était impossible de prendre des vacances durant cette courte période d'engagement. Elle n'a également pas pu récupérer ses heures supplémentaires ni prendre les jours fériés et les jours de congé. Pour cette raison, toutes les indemnités dues pour la période de travail lui ont été payées avec son dernier salaire du mois de septembre 2019. La Caisse indiquait dans sa décision que « ne sont pas prises en compte, les allocations pour les vacances et pour les jours fériés, incluses dans le salaire horaire ». Toutefois, l'assurée avait un salaire mensuel fixe auprès de son dernier employeur. Partant, la motivation de la Caisse n'était pas applicable et les allocations pour vacances et jours fériés devaient être prises en compte dans le calcul du salaire déterminant. L'indemnité pour jours de congé non pris devait également être retenue dans le salaire déterminant dans la mesure où ces derniers sont assimilés à des heures supplémentaires. En conclusion, l'assurée a demandé l'annulation de la décision de la Caisse, la prise en compte d'un gain assuré de 3'724 fr. 15, soit une indemnité journalière de 137 fr. 30, et les versements complémentaires y relatifs.

Par décision sur opposition du 18 février 2020, la Caisse a confirmé sa décision du 10 décembre 2019.

B. Le 20 mars 2020, X. _____ a recouru contre la décision sur opposition précitée, concluant pour l'essentiel à l'annulation de dite décision, soit à sa réforme en ce sens que le gain assuré mensuel était de 3'724 fr. 15 et l'indemnité journalière de 137 fr. 30 dès le 1^{er} octobre 2019, les montants manquants sur les décomptes des mois d'octobre, de novembre et de décembre 2019, ainsi que ceux des mois de janvier et

février 2020 devant être versés sans délai. La recourante reprend principalement les griefs de son opposition et précise que toutes les sommes touchées par le salarié font partie du salaire déterminant si leur versement est économiquement lié au contrat de travail, de sorte que les indemnités pour jours de vacances, jours fériés et jours de congé doivent être prises en compte dans le calcul du salaire déterminant.

Le 24 août 2020, l'intimée a conclu au rejet du recours, se référant à la décision sur opposition attaquée.

La recourante n'a pas répliqué.

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 montant du gain assuré dès le 1^{er} octobre 2019.

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 des six derniers mois de cotisation (art. 11 OACI) 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 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).

b) Suivant 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 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 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 LACI, p. 248 ; voir aussi Thomas Nussbaumer, Arbeits-losenversicherung 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 ; TFA 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 (Rubin, op. cit., n° 11 ad art. 23 LACI, 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 ; TFA C 139/05 du 26 juin 2006 consid. 4.1 ; C 51/02 du 20 juin 2002 consid. 2a ; C 45/01 + C 69/01 du 14 novembre 2001 consid. 5a).

d) Il s'ensuit que le gain assuré ne comprend 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 LACI, p. 250).

Entrent ainsi notamment dans les composantes du gain assuré au sens de l'art. 23 al. 1 LACI, le salaire de base, au mois, à l'heure ou à la tâche, y compris le salaire ou l'indemnisation en cas de maladie, d'accident ou d'invalidité, les prestations en nature, au maximum jusqu'aux montants fixés dans la législation sur l'AVS, le treizième salaire et les gratifications, si l'assuré les a effectivement touchés ou s'il a intenté une action judiciaire pour faire reconnaître des prétentions qu'il a rendues crédibles - et ce indépendamment du fait qu'elles puissent faire ou non l'objet d'une action en justice - les commissions et les primes (rendement, fidélité), pour autant qu'elles aient été versées normalement et régulièrement (cf. Rubin, op. cit., n° 10 ad art. 23 LACI, p. 249). 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 ; TF 8C_676/2008 du 28 novembre 2008 consid. 3.1 ; TFA [non publié] C 12/99 du 18 juin 1999 consid. 2).

4. a) Dans le cas présent, il n'est pas contesté que la période de référence pour le calcul du gain assuré s'étend du 21 décembre 2017 au 31 juillet 2018 et du 1^{er} mai 2019 au 21 septembre 2019. En effet, la recourante n'était pas sous contrat de travail du 1^{er} août 2018 au 30 avril 2019 et du 22 au 30 septembre 2019.

Dès lors que recours, comme l'opposition, ne concerne que les revenus obtenus auprès du C._____, le présent arrêt traite uniquement des salaires de cet établissement. En effet, il est considéré que, faute de contestation, les salaires perçus auprès des précédents employeurs (D._____ et F._____) et pris en compte dans le calcul du gain assuré sont approuvés.

b) Pour l'essentiel, la recourante soutient que les montants supplémentaires reçus par C._____ avec son dernier salaire doivent être pris en compte dans le calcul du gain assuré.

La recourante a travaillé à plein temps du 1^{er} mai 2019 au 21 septembre 2019 en qualité de lingère et employée de maison auprès du C._____. Son contrat de travail prévoyait un salaire mensuel brut de 3'700 fr. avec un droit au treizième salaire. Il est précisé que ce dernier tient compte des exigences de la Convention Collective Nationale de Travail pour l'hôtellerie-restauration suisse (ci-après : la CCNT). Afin de répondre à la question litigieuse, il convient de définir chaque élément supplémentaire reçu par la recourante avec son salaire du mois de septembre 2019 ainsi que leur incidence sur le gain assuré.

aa) En ce qui concerne les heures supplémentaires, ce sont des heures de travail faites en plus de la durée moyenne de la semaine de travail convenue. Ces dernières doivent être compensées, dans un délai convenable, par du temps libre de même durée ou rémunérées (art. 15 al. 4 CCNT).

Les heures dépassant le temps de travail contractuel ne sont pas prises en compte dans le calcul du gain assuré. En effet, selon la jurisprudence précitée (ATF 129 V 205), la rétribution des heures supplémentaires, pas plus que celle du travail supplémentaire, n'entre pas dans le calcul du gain assuré.

En conséquence, le montant reçu pour les heures supplémentaires effectuées durant les rapports de travail est exclu du calcul du gain assuré.

bb) En ce qui concerne les jours de congé payés, le collaborateur a droit à 2 jours de repos hebdomadaires (art. 16 al. 1 CCNT). Les jours de repos non pris sont à compenser dans un délai de 4 semaines sauf dans les établissements saisonniers, où ils doivent être compensés dans un délai de 12 semaines. Si la compensation n'est pas possible, les jours de repos non pris doivent être payés à la fin des rapports de travail, chaque jour de repos non pris devant être indemnisé par $\frac{1}{22}^e$ du salaire mensuel brut (art. 16 al. 5 CCNT).

L'art. 16 al. 1 CCNT signifie qu'une semaine de travail est composée de 5 jours travaillés et 2 jours de repos. De plus, il apparaît que ces 2 jours de repos hebdomadaires sont obligatoires vu qu'aux termes de l'art. 16 al. 5 CCNT, ceux-ci sont nécessairement compensés. Les jours de repos non pris sont ainsi assimilés à du travail supplémentaire. De ce fait, pour les raisons précédemment mentionnées concernant les heures supplémentaires, la somme versée à titre de jours de repos non pris n'entre pas dans le calcul du gain assuré.

cc) S'agissant des jours de vacances payées, le collaborateur a droit à 5 semaines de vacances par année, soit 35 jours civils par année et 2,92 jours civils par mois (art. 17 al. 1 CCNT). Pendant les vacances, le collaborateur a droit à l'ensemble du salaire brut (commentaire de l'art. 17 CCNT). A la fin des rapports de travail, les jours de vacances qui n'ont pas encore été pris doivent être indemnisés à raison de $\frac{1}{30}^e$ du salaire mensuel brut (art. 17 al. 5 CCNT).

Le salaire étant versé dans sa totalité lors de la prise des vacances, le montant y correspondant est déjà compris dans le salaire mensuel. De plus, selon la jurisprudence (ATF 123 V 70), le paiement d'une indemnité pour des vacances non prises ne doit pas être retenu lors du calcul du gain assuré. Par conséquent, le revenu supplémentaire reçu

pour les jours de vacances non pris ne peut pas être inclus dans le calcul du gain assuré.

dd) Pour les jours fériés payés, le collaborateur a droit en plus des jours de repos hebdomadaires à 6 jours fériés payés par année, soit 0,5 jour par mois. Cette réglementation est indépendante de la législation cantonale sur les jours fériés. Les jours fériés ne doivent pas être pris un jour férié officiel, mais peuvent être perçus n'importe quel jour durant l'année (commentaire de l'art. 18 CCNT). Si les jours fériés ne sont ni accordés, ni compensés par un jour de repos supplémentaire, ils doivent être payés au plus tard à la fin des rapports de travail, chaque jour férié non pris donnant droit à une indemnisation de $\frac{1}{22}^e$ du salaire brut mensuel (art. 18 al. 3 CCNT).

A l'inverse des vacances et des jours de repos, le supplément relatif aux jours fériés est payé en plus du salaire mensuel. Ainsi, ce dernier est pris en compte dans le gain assuré.

c) En définitive, seule la compensation relative aux jours fériés peut être incluse dans le gain assuré. Cela correspond au calcul effectué par l'intimée qui a tenu compte du salaire mensuel, du treizième salaire ainsi que du montant correspondant aux jours fériés.

Pour ces motifs, ledit calcul mérite d'être confirmé.

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 LPG), il n'est pas perçu de frais de justice, ni alloué de dépens dès lors que la recourante n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPG).

**Par ces motifs,
la juge unique**

prononce :

- I. Le recours est rejeté.
- II. La décision sur opposition rendue le 18 février 2020 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est confirmée.
- III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens.

La juge unique :

Le greffier :

Du

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

- X. _____ (recourante),
- Caisse cantonale de chômage, Division juridique (intimée),
- 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).

Le greffier :