

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 20 avril 2021

Composition : Mme RÖTHENBACHER, juge unique
Greffier : M. Germond

Cause pendante entre :

N. _____, à Lausanne, recourante, représentée par Me Julien Chappuis,
avocat à Lutry,

et

A. _____, à Lausanne, intimée.

Art. 23 al. 1 LACI ; 11 et 37 al. 1 - 2 OACI

E n f a i t :

A. **a)** N._____ (ci-après : l'assurée ou la recourante), née en [...], a travaillé comme nettoyeuse pour le compte d'un établissement hôtelier de [...] jusqu'au 31 mars 2015 (licenciement collectif). Elle a bénéficié d'un délai-cadre d'indemnisation du 21 avril 2015 au 20 avril 2017 ouvert par la Caisse cantonale de chômage.

Depuis le 1^{er} juillet 2016, en raison de son état de santé défaillant, l'assurée bénéficie d'une rente entière d'invalidité d'un montant de 168 fr. allouée par l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud (ci-après : l'OAI).

b) Par contrat de travail du 24 août 2017, l'assurée a été engagée, à partir du même jour et pour une durée indéterminée, par la société X._____ SA (ci-après : l'employeur) en qualité de personnel d'entretien (catégorie « E3 »).

En raison d'une augmentation de la durée hebdomadaire de travail, à savoir le passage de douze à vingt-deux heures à partir du 2 juillet 2018, les parties ont signé, le 29 juin 2018, un avenant au contrat de travail du 24 août 2017.

Par courrier du 4 mars 2019 intitulé « Congé / Modification - Résiliation sous réserve de modification », l'employeur a informé l'assurée d'une réduction de la durée hebdomadaire de travail à dix heures depuis le 1^{er} juin 2019.

N._____ a requis une indemnité de chômage durant la période du 12 mars 2019 au 30 avril 2019. Par décision du 7 juin 2019, A._____ Caisse de chômage (ci-après : la caisse ou l'intimée) lui a dénié le droit à une telle prestation au motif qu'elle ne subissait pas de perte de travail à prendre en considération.

Saisie d'une opposition, la caisse l'a rejetée par décision du 22 août 2019. Elle a fixé le gain assuré au 12 mars 2019 à 1'858 fr., avec une indemnité journalière de 68 fr. 50. Il est écrit que la moyenne du gain assuré a été calculée sur les revenus obtenus au cours de la période du 11 septembre 2018 au 11 mars 2019 auprès de l'employeur. La caisse a constaté que le gain intermédiaire de 1'375 fr. 95 réalisé auprès de l'employeur durant la période du 12 mars au 31 mars 2019 était supérieur aux indemnités de chômage, à savoir un montant de 959 fr. (68 fr. 50 x quatorze jours). Durant le mois d'avril 2019, la moyenne des douze derniers mois, en l'occurrence du 1^{er} mai 2018 au 30 avril 2019 étant plus favorable - la moyenne des six derniers mois s'élevait à 1'839 fr. -, le gain assuré a été fixé à 1'877 fr., avec une indemnité journalière de 69 fr. 20. Le salaire brut d'avril 2019, treizième salaire inclus, de 2'337 fr. 65 était supérieur au montant de 1'522 fr. 40 pouvant être obtenu de l'assurance-chômage. Sur l'ensemble de la période revendiquée, les conditions relatives au droit à l'indemnité de chômage n'étaient donc pas remplies. Pour le surplus, en lien avec son délai-cadre d'indemnisation du 21 avril 2015 au 20 avril 2017, l'intéressée était invitée à contacter la Caisse cantonale de chômage auprès de laquelle elle était inscrite.

B. Par acte du 29 août 2019 (timbre postal), complété le 12 décembre 2019, N._____, représentée par Me Julien Chappuis, a recouru contre la décision sur opposition du 22 août 2019 de la caisse devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, en concluant à sa réforme partielle en ce sens que son gain assuré soit fixé à 2'175 fr. 45, ladite décision étant confirmée pour le surplus. En substance, elle avance ses propres calculs pour le gain assuré des six derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation, du 11 septembre 2018 au 11 mars 2019, estimant avoir droit à une indemnité journalière de 80 fr. 01 sur la période du 12 mars 2019 au 30 avril 2019, soit un montant total de 2'860 fr. 59 (1'120 fr. 23 + 1'740 fr. 36).

Interpellée, A._____ Caisse de chômage a versé en cause, le 17 septembre 2019, une copie de son dossier complet de la recourante. Il en ressort en particulier que la Convention Collective de Travail pour le

secteur du nettoyage en bâtiment pour la Suisse romande (CCT) fait partie intégrante du contrat de travail conclu le 24 août 2017 entre l'assurée et la société X._____ SA ainsi que l'avenant du 29 juin 2018 audit contrat. Outre les fiches de salaires établies par X._____ SA, il ressort des attestations de gains intermédiaires pour mars et avril 2019, complétées le 15 mai 2019 par l'employeur (pièce 24), qu'en sus du salaire de base la recourante percevait une indemnité de vacances (8,33 %), une indemnité pour jours fériés ainsi qu'un treizième salaire (8,33 % du salaire soumis à cotisation AVS).

Interpellé, l'OAI a versé en cause, le 26 septembre 2019, une copie de son dossier complet de la recourante consultable au greffe du tribunal, et sur lequel les parties ont eu la possibilité de se déterminer.

Dans sa réponse du 20 décembre 2019, l'intimée a admis de calculer le gain assuré sur la période de cotisation courant du 11 septembre 2018 au 11 mars 2019 en produisant le détail des revenus retenus. Elle explique la différence de calcul de 1'904 fr. 34 (soit 13'052 fr. 75 - 11'148 fr. 41) par le fait que la recourante prend en compte un montant de 758 fr. correspondant au mois d'août 2018 sur celui de septembre 2018, qu'elle prend le montant des vacances payées sur les mois de décembre 2018 et janvier 2019 - et non le pourcentage acquis pour le mois en cours, et enfin, qu'en décembre 2018 elle comptabilise la totalité du treizième salaire pour l'année 2018.

Le 27 janvier 2020, la recourante a informé le tribunal ne pas avoir d'arguments supplémentaires à faire valoir.

C. Par décision du 19 septembre 2019, N._____ a été mise au bénéfice de l'assistance judiciaire avec effet au 29 août 2019. Elle était exonérée du paiement d'avances et des frais judiciaires ainsi que de toute franchise mensuelle. Un avocat d'office en la personne de Me Olivier Burnet lui a été désigné. Le 25 septembre 2019, Me Burnet a été relevé de sa mission et Me Julien Chappuis désigné en remplacement comme avocat d'office de la recourante.

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. Le litige porte en l'espèce sur la détermination du gain assuré.

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 salaire pris en considération comme gain assuré se rapproche de la notion de salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS, mais ne

se recouvre pas exactement avec celui-ci, comme cela ressort du terme "normalement" ("normalerweise"; "normalmente") utilisé à l'art. 23 al. 1 LACI (BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 8 *ad* art. 23 ; voir aussi THOMAS NUSSBAUMER, *Arbeitslosenversicherung in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit*, ULRICH MEYER [édit.], 3e éd., Bâle 2016, ch. 303 p. 116).

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) Pour la détermination du gain intermédiaire comme pour le calcul du gain assuré, on applique en règle ordinaire le principe selon lequel un revenu est réputé avoir été réalisé au moment où l'assuré a fourni la prestation de travail rémunératoire. C'est pourquoi, par exemple, les commissions, gratifications, allocations de renchérissement et primes de fidélité et de rendement doivent être imputées proportionnellement sur les autres mois de l'année pendant laquelle l'assuré a travaillé, et ce de la même manière par exemple qu'un treizième salaire (ATF 122 V 367 consid. 5b ; DTA 1998 p. 131. ; RUBIN, *op. cit.*, n. 28 *ad* art. 24). Le gain obtenu est pris en compte pour les mois de cotisation durant lesquels la prestation de travail a été fournie (principe de survenance) ; la date à laquelle les versements ont été effectués est donc sans importance (p. ex. 13^e mois de salaire, commissions, bonus, primes de fidélité et d'ancienneté ; Bulletin LACI IC [Indemnité de chômage] du Secrétariat d'Etat à l'économie [SECO], janvier 2020, ch. C2).

4. a) En l'occurrence, les parties conviennent que le gain assuré de la recourante doit être calculé sur la période du salaire moyen des six - et non des douze - derniers mois de cotisation précédant l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation le 12 mars 2019, soit du 11 septembre 2018

au 11 mars 2019 (cf. art. 37 al. 1 OACI, en relation avec l'art. 23 al. 1, dernière phrase, LACI).

La caisse intimée retient que le revenu brut de la recourante est de 11'148 fr. 41 durant la période du 11 septembre 2018 au 11 mars 2019, et fixe le gain assuré à 1'858 fr. 06 ($11'148 \text{ fr. } 41 / 6$), arrondi à 1'858 francs. Indemnisée à 80 % sur la base d'un gain assuré de 1'858 fr., l'indemnité journalière en faveur de la recourante est de 68 fr. 50 ($[(1'858 \text{ fr.} \times 80) / 100] / 21.7 \text{ jours}$).

Sur la base des fiches de salaires de la société X. _____ SA au dossier (pièce 12), la recourante allègue avoir réalisé les revenus bruts suivants :

- Septembre 2018 : CHF 2'605 fr. 65 ;
- Octobre 2018 : CHF 2'027 fr. 65 ;
- Novembre 2018 : CHF 1'852 fr. 35 ;
- Décembre 2018 : CHF 3'391 fr. 75 ;
- Janvier 2019 : CHF 1'576 fr. 10 ;
- Février 2019 : CHF 1'599 fr. 25.

Elle se prévaut d'un revenu brut de 13'052 fr. 75 devant être pris en compte dont il résulte un gain assuré de 2'175 fr. 45 ($13'052 \text{ fr. } 75 / 6$). Elle soutient avoir droit à une indemnité journalière de 80 fr. 01 ($[(2'175 \text{ fr. } 45 \times 80) / 100] / 21.7 \text{ jours}$) du 12 mars 2019 au 30 avril 2019.

b) En l'occurrence, la caisse intimée a, pour le calcul du gain assuré de la recourante sur la période de cotisation du 11 septembre 2018 au 11 mars 2019, pris en considération les revenus déterminants suivants :

Périodes d'occupation		Pér. cot.		TOTAL Révenu		Top Net	
Du	Au	Eff.	PC 12a	Révenu	Tx. Occ	Révenu	Tx. Occ
01.03.2019	11.03.2019	0.327	0.000	717.26	57.58%	717.26	57.58%
01.02.2019	28.02.2019	1.000	0.000	1'951.73	54.84%	1'951.73	54.84%
01.01.2019	31.01.2019	1.000	0.000	1'591.42	38.88%	1'591.42	38.88%
01.12.2018	31.12.2018	1.000	0.000	728.30	19.49%	728.30	19.49%
01.11.2018	30.11.2018	1.000	0.000	2'173.80	55.53%	2'173.80	55.53%
01.10.2018	31.10.2018	1.000	0.000	2'379.52	58.14%	2'379.52	58.14%
11.09.2018	30.09.2018	0.673	0.000	1'606.38	64.48%	1'606.38	64.48%
6 mois de cotisation			non réduit	11'148.41	48.19%	11'148.41	48.19%
			réduit	11'148.41	48.19%	11'148.41	48.19%
			Réduction	0.00	0.00%	0.00	0.00%

Selon les pièces au dossier, le détail des salaires déterminants retenus est le suivant :

Mois dans le DCC	Période de cotisation			Salaire de base	Allocation de vacances	Allocations pour jours fériés	13 ^{ème} salaire	G t
	Du	Au	Durée					
mars.19	01.03.2019	31.03.2019	1.000	1'881.35	156.70		169.76	2'2
févr. 19	01.02.2019	28.02.2019	1.000	1'703.01	98.65		150.07	1'9
janv. 19	01.01.2019	31.01.2019	1.000	1'203.30	112.95	152.80	122.37	1'5
déc. 18	01.12.2018	31.12.2018	1.000	544.80	51.70	75.80	56.00	72
nov. 18	01.11.2018	30.11.2018	1.000	1'852.35	154.30		167.15	2'1
oct. 18	01.10.2018	31.10.2018	1.000	2'027.65	168.90		182.97	2'3
sept. 18	01.09.2018	30.09.2018	1.000	1'771.85	217.05	75.80	171.99	2'2

Pour chaque mois entrant en ligne de compte dans le calcul, la caisse a déterminé le salaire de base en fonction des heures travaillées, des allocations de vacances (conformément à l'art. 10 de la Convention Collective de Travail [CCT] pour le secteur du nettoyage en bâtiment pour la Suisse romande, la recourante avait droit à quatre semaines de vacances ; le supplément pour salariés à l'heure s'élevait à 8,33 %) et des jours fériés (cf. art. 18 de la CCT), en ajoutant la part correspondante de

treizième salaire (conformément à l'art. 7 de la CCT, la recourante pouvait également prétendre à un treizième salaire versé *pro rata temporis*). Aussi, chaque gain obtenu est pris en compte pour le mois de cotisation durant lequel la prestation de travail a été fournie (principe de survenance ; cf. consid. 3b supra).

De son côté, la recourante a tenu compte des montants de salaires bruts selon les fiches de salaires au dossier (cf. pièce 12).

Elle a ainsi pris en compte un revenu de 2'605 fr. 65 pour le mois de septembre 2018. Selon la fiche de paie, le salaire en question inclut un montant de 758 fr. (soit 40 heures x 18 fr. 95) avec le libellé « COR salaire Horaire 08.18 ». Or en application du principe de la survenance, seuls doivent être pris en compte les heures travaillées (1'771 fr. 85), les indemnités pour les jours fériés (75 fr. 80) et les vacances (217 fr. 05), en ajoutant la part du treizième salaire (171 fr. 99), soit un gain total de 2'236 fr. 69. Ce résultat doit encore être rapporté au *pro rata* de la période de cotisation effective du 11 au 30 septembre 2018, soit le montant de 1'606 fr. 38 retenu par la caisse.

Pour octobre 2018, le gain total comprend le salaire de base (2'027 fr. 65), l'indemnité pour les vacances (168 fr. 90) et la part du treizième salaire (182 fr. 97), soit un montant de 2'379 fr. 52 - et non 2'027 fr. 65.

En novembre 2018, le gain comprend le salaire de base (1'852 fr. 35), l'indemnité pour les vacances (154 fr. 30), et la part du treizième salaire (167 fr. 15), soit un montant de 2'173 fr. 80 - et non 1'852 fr. 35.

S'agissant de décembre 2018, on s'aperçoit que la recourante a pris en compte l'intégralité du treizième salaire pour l'année 2018 (soit 1'596 fr. 25) et le solde de l'indemnité pour les vacances (1'174 fr. 90). Dans ces conditions, le principe de survenance n'est manifestement pas été respecté. Au salaire de base (544 fr. 80), s'ajoutent les indemnités

pour les jours fériés (75 fr. 80) et les vacances (51 fr. 70) ainsi que la part du treizième salaire (56 fr.), ce qui donne un gain de 728 fr. 30.

Concernant le mois de janvier 2019, la recourante a retenu un salaire brut de 1'576 fr. 10. Or au salaire de base (1'203 fr. 30), il convient d'ajouter les indemnités pour les jours fériés (152 fr. 80) et les vacances (112 fr. 95) ainsi que la part du treizième salaire (122 fr. 37), soit un gain total de 1'591 fr. 42.

Pour février 2019, le gain se compose du salaire de base (1'703 fr. 01), l'indemnité pour les vacances (98 fr. 65) et la part du treizième salaire (150 fr. 07), soit un montant de 1'951 fr. 73 - et non 1'599 fr. 25.

Enfin, en mars 2019, le gain comprend le salaire de base (1'881 fr. 35), l'indemnité pour les vacances (156 fr. 70) et la part du treizième salaire (169 fr. 76), soit un montant de 2'207 fr. 81. Rapporté au *pro rata* de la période de cotisation effective du 1^{er} au 11 mars 2019, on aboutit au montant de 717 fr. 26 retenu par la caisse. Il est à noter qu'en opposition au principe de survenance, la recourante ne retient aucun montant pour cette dernière période de cotisation.

c) A l'aune de ce qui précède, la recourante échoue dans ses tentatives de remise en question du bienfondé des calculs de son gain assuré effectués par la caisse intimée, lesquels s'avèrent exacts.

5. a) En définitive, le recours doit être rejeté et la décision sur opposition attaquée confirmée.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2020, applicable conformément à l'art. 83 LPGA), ni d'allouer de dépens, dès lors que la recourante n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA).

c) Par décision de la juge en charge de l'instruction du 19 septembre 2019, la recourante a été mise au bénéfice de l'assistance judiciaire avec effet au 29 août 2019 et a obtenu à ce titre la commission d'un avocat d'office en la personne de Me Olivier Burnet. Le 25 septembre 2019, Me Burnet a été relevé de sa mission et Me Julien Chappuis désigné en remplacement comme avocat d'office de la recourante. Ce dernier a produit sa liste des opérations le 5 décembre 2020. Il s'agit en l'occurrence de neuf heures et douze minutes d'avocat à 180 fr. de l'heure, soit 1'656 fr., montant auquel il convient d'ajouter un montant forfaitaire de débours par 5 % du défraiement hors taxe (art. 3bis al. 1 RAJ [règlement cantonal du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire en matière civile ; BLV 211.02.3]). Le conseil d'office fait aussi valoir 120 fr. de frais de vacation au greffe du Tribunal de céans pour consultation du dossier. Ce montant ne peut être retenu, puisque, sur demande, le Tribunal transmet gratuitement le dossier pour consultation aux études des avocats suisses. Au final, le montant de l'indemnité de Me Chappuis est arrêté à 1'872 fr. 70 (1'656 fr. + 82 fr. 80 + 133 fr. 90 [1'738 fr. 80 x 7.7 %]), débours et TVA compris.

d) La rémunération de l'avocat d'office est provisoirement supportée par le canton, la recourante étant rendue attentive au fait qu'elle est tenue d'en rembourser le montant dès qu'elle sera en mesure de le faire (art. 123 al. 1 CPC [code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272], applicable par renvoi de l'art. 18 al. 5 LPA-VD). Il incombe au Service juridique et législatif de fixer les modalités de ce remboursement (art. 5 RAJ).

**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 22 août 2019 par A._____ est confirmée.
- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens.
- IV.** L'indemnité d'office de Me Julien Chappuis, conseil de N._____, est arrêtée à 1'872 fr. 70 (mille huit cent septante-deux francs et septante centimes), débours et TVA compris.
- V.** La bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC applicable par renvoi de l'art. 18 al. 5 LPA-VD, tenue au remboursement de l'indemnité du conseil d'office mise à la charge de l'Etat.

La juge unique :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- Me Julien Chappuis (pour N._____),
- A._____,
- 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 :