

VD_OMNI PS.2006.0227 vom 31. Januar 2008

VD Tribunal cantonal, 2008-01-31, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PS.2006.0227

FR: VD_OMNI PS.2006.0227 du 31 janvier 2008

IT: VD_OMNI PS.2006.0227 del 31 gennaio 2008

Regeste

X. /UNIA Caisse de chômage, Office régional de placement de Vevey | Calculs détaillés des jours et des indemnités de vacances acquis en gain intermédiaire, lorsque le contrat de travail prévoit un horaire irrégulier et le versement desdites indemnités avec le salaire de base sous forme d'un pourcentage.

Erwägungen

E. 1

Déposé dans le délai de 30 jours prévu par l'art. 60 al. 1 de la loi fédérale sur la partie générale des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), le recours est intervenu en temps utile. Il est au surplus recevable en la forme.

E. 1.23

Décembre 23 23

E. 2

a) Aux termes de l'art. 24 al. 1 de loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI), est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée dépendante ou indépendante durant une période de contrôle. Pour les jours où il réalise un gain intermédiaire, l'assuré a droit à une compensation de la perte de gain, celle-ci étant définie comme la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux (art. 24 al. 3 LACI). L'art. 23 LACI définit le gain assuré comme 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. Au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS, les indemnités de vacances et pour jours fériés font partie du gain intermédiaire. La LACI n'indique cependant pas la manière dont l'indemnité pour vacances payée en sus d'un salaire - en l'occurrence sous forme d'un pourcentage - doit être prise en compte dans le calcul du gain intermédiaire. b) Pour le Tribunal fédéral des assurances, les indemnités de vacances versées avec le salaire de base sous forme d'un pourcentage, bien qu'elles soient comprises dans le salaire déterminant au sens de la LAVS, ne font pas partie du gain assuré pour le mois où elles sont payées. La Haute Cour a notamment considéré que la pratique contraire suivie auparavant avait eu pour effet de favoriser sans motif l'assuré dans cette situation par rapport à celui qui prend réellement des vacances, alors même que le Code des obligations contient une interdiction absolument impérative de compensation des vacances par d'autres avantages ou prestations afin de garantir l'objectif du repos des travailleurs (ATF 123 V 70). Il demeure toutefois nécessaire d'établir combien de jours ou de semaines de vacances sont dédommagées dans le cadre de

telles compensations financières au regard de la période de cotisation qui doit être prise en considération, les indemnités de vacances perçues par l'assuré en sus de son salaire horaire ou mensuel devant être comptées au titre de gain assuré dans le mois où il y a effectivement vacances (ATF 125 V 47 consid. 5, ATFA du 18 juin 1999, in DTA 2000 p. 33 n° 7). c) Sur ce point, le Secrétariat d'Etat à l'économie (Seco) retient, dans sa Circulaire relative à l'indemnité de chômage (Circulaire IC, janvier 2007, C149 ss), que l'indemnité de vacances est déduite du gain intermédiaire à prendre en considération et que ce n'est que lorsque l'assuré prend ses vacances que l'indemnité de vacances acquise est prise en compte comme gain intermédiaire. Cette directive distingue trois types de rapports de travail, prévoyant pour chacun d'eux un mode de calcul de l'indemnité compensatoire. Le premier type de rapports de travail vise les "gains intermédiaires de durée indéterminée avec horaire de travail convenu contractuellement" (Circulaire IC 2007, C152.1). En pareil cas, pendant la période où l'assuré prend ses vacances, il est prévu de compter comme gain intermédiaire le salaire complet qu'il aurait touché s'il n'avait pas pris de vacances, sans se préoccuper de savoir dans quelle mesure la durée des vacances et les indemnités de vacances acquises se recouvrent, dès lors qu'il n'incombe pas à l'assurance-chômage de couvrir les pertes de gain dues aux vacances prises dans le cadre d'un horaire de travail normal convenu contractuellement. Le second cas de figure recouvre les "gains intermédiaires de durée déterminée avec horaire de travail convenu contractuellement" (Circulaire IC 2007, C152.2). Dans ce cas, comme il est possible, compte tenu d'un engagement de durée déterminée, de calculer l'indemnité de vacances que l'assuré acquerra pendant toute la durée de son gain intermédiaire, il est prévu de prendre en compte l'indemnité de vacances au titre du gain intermédiaire pendant les vacances de l'assuré, pour autant qu'elle ait été acquise avant ses vacances (éventuellement au cours de plusieurs gains intermédiaires) ou qu'elle le sera après ses vacances. Le troisième type de rapport de travail envisagé par la directive vise les "gains intermédiaires avec horaire de travail irrégulier" (Circulaire IC 2007, C152.3). Il s'agit alors de prendre en compte au titre du gain intermédiaire la seule indemnité de vacances acquise par l'assuré avant ses vacances, éventuellement au cours de plusieurs gains intermédiaires. d) En cas d'un travail effectué selon un horaire variable et irrégulier, le Tribunal administratif a confirmé à plusieurs reprises qu'il n'y avait pas lieu de se départir du principe selon lequel seul le montant des indemnités de vacances préalablement acquises, comparables à une "provision" dont l'intéressé dispose lorsqu'il prend effectivement ses vacances, doit être considéré comme un gain afférent à cette période de vacances (PS.2006.0120 du 24 novembre 2006; PS.2003.0055 du 12 mai 2005; PS.2002.0012 du 18 avril 2002).

E. 2.08

3.31 Janvier 21 17 0.81 1.68 4.99 On notera au passage que les nombres indiqués dans la 3^{ème} colonne (jours de travail possibles divisés par jours de travail effectués) ne correspondent pas non plus à ceux établis par l'autorité intimée, qui n'a pas produit le détail de ses calculs. Il y a lieu de préciser que les jours de vacances acquis en gain intermédiaire sont différents des jours non contrôlables définis à l'art. 27 de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (OACI). Cette article dispose qu'après 60 jours de chômage contrôlé dans les limites du délai-cadre, l'assuré a droit chaque fois à cinq jours consécutifs non soumis au contrôle qu'il peut choisir librement (al. 1, 1^{ère} phrase). Les jours de vacances que l'assuré a pris pendant qu'il réalisait un gain intermédiaire sont déduits des jours sans contrôle accumulés avant le début des vacances (al. 4, 2^{ème} phrase). Il est dès lors possible qu'un assuré ait plus de

jours sans contrôle que de jours de vacances en gain intermédiaire, ou vice-versa. En l'espèce, la caisse a indiqué que le recourant avait acquis depuis le 20 juillet 2004 cinq jours sans contrôle. Le hasard fait que ce chiffre correspond aux 5 jours acquis en gain intermédiaire auprès de Z._____. Non contesté, il sera donc considéré comme établi. c) Pour calculer l'indemnité de vacances acquise en novembre 2004, la caisse a tenu compte de 7.75 heures de nuit et 52.75 heures de jour, soit un total de 136 fr. 35. Elle a toutefois oublié les 4.25 heures du 12 novembre et n'a pas ajouté la part du 13^{ème} salaire qui revient de droit au recourant. Cette indemnité se monte à 2 fr. 38 (2.19 + 13^{ème}) par heure de travail de jour et à 2 fr. 92 (2.69 + 13^{ème}) par heure de nuit. Pour le mois de décembre 2004, la caisse s'est contentée de retenir 13,04% du montant global figurant sur le décompte de Manpower SA (4'119 fr. 02), sans soustraire préalablement les heures effectuées chez Y._____ et en appliquant le taux de cette dernière entreprise (13,04%) au lieu de celui de Z._____ (10,64%). Dès lors, le calcul s'effectue comme suit: Mois Heures Indemn.vac.horaire Indemnité Indemn.vac. (10,64%)+13^{ème} vacances cumulés

Mois	Jour	Heures	Indemn.vac.horaire	Indemnité	Indemn.vac. (10,64%)+13 ^{ème} vacances cumulés		
Novembre	57	2.38	135.66	Nuit 7.75	2.92	22.63	158.29
Décembre	81	45	2.38	193.85	Nuit 13.58	2.92	391.79
Janvier	94	25	2.38	224.32	Nuit		

E. 3

a) En préambule, on relèvera qu'est seule déterminante l'indemnité de vacances obtenue auprès de Z._____, puisque la mission du recourant chez Y._____ était terminée au moment où il a pris ses vacances. Le Seco précise en effet que si l'assuré prend des jours sans contrôle en dehors d'un rapport de travail en gain intermédiaire, l'indemnité de vacances acquise en gain intermédiaire ne peut être prise en compte (Circulaire IC 2007, C150). b) Du 12 novembre 2004 au 25 janvier 2005, le recourant a acquis 4.99 jours de vacances auprès de Z._____. Le taux relatif aux indemnités de vacances prévu dans le contrat de travail s'élève à 10,64%, ce qui correspond à cinq semaines de vacances par année, soit 2,08 jours par mois ($25 : 12 = 2,08$) et non 2,13 comme l'a retenu l'autorité intimée. Ce calcul est représenté dans le tableau suivant: Mois Jours de Jours de Mois de Jours de Jours vac. travail possibles travail effectués travail effectué vac. acquis cumulés

Mois	Jours vac.	travail possibles	travail effectués	travail effectué	vac. acquis cumulés
Novembre	22	13	0.59		

E. 8

2.92 23.36 639.47 Au 25 janvier 2005, le recourant avait ainsi acquis 639 fr. 47 d'indemnités de vacances. d) Le recourant ayant pris quatre jours de vacances en janvier 2005 (26, 27, 28 et 31), l'indemnité de vacances à assimiler en gain intermédiaire pour ce mois s'élève à 512 fr. 60 (639.47 francs / 4.99 jours x 4 jours). A ce montant s'ajoute le gain intermédiaire perçu en janvier. A cet égard, la caisse a pris en compte un salaire horaire de 23 fr. 01 de jour et de 28 fr. 30 de nuit, omettant que l'indemnité pour jours fériés était également soumise au 13^{ème} salaire. Après corrections, le salaire horaire de jour est de 23 fr. 07 (20.58 + 0.72 + 1,77), celui de nuit est de 28 fr. 38 (25.31 + 0.89 + 2.18). Il en découle un gain de jour de 2'174 fr. 35 (94.25 x 23.07) et un gain de nuit de 227 fr. 04 (8 x 28.38). Le gain intermédiaire du recourant s'élève au total à 2'913 fr. 99 (2'174.35 + 227.04 + 512 fr. 60). Bien que ce montant soit légèrement inférieur à celui calculé par la caisse dans la première décision contestée (3'066 fr. 35), il demeure néanmoins supérieur aux 80% du gain assuré qui sont de 2'603 fr. 20 (3'254 x 80%), ce qui exclut toute indemnité pour le mois de janvier 2005. e) De l'indemnité de vacances calculée précédemment, il subsiste un solde de 126 fr. 87 (639.47 – 512.60) à faire valoir en tant que gain intermédiaire sur février 2005. Le recourant a en outre travaillé un seul jour, le 28 février, à raison de 0.5 heure de

nuit et 5.75 heures de jour, réalisant un gain intermédiaire de 146 fr. 84 ($[0.5 \times 28.38] + [5.75 \times 23.07]$). Il a donc obtenu pour ce mois un gain intermédiaire total de 273 fr. 71. Comme il a pris dix-huit jours de vacances non acquises, du 2 au 27 février, il pouvait se prévaloir seulement d'un droit à des indemnités pour les 1^{er} février (solde de vacances acquises) et 28 février (jour de travail). Comme l'a relevé à juste titre la caisse, l'indemnité journalière du recourant a été fixée à 119 fr. 95, si bien que le montant de 273 fr. 71 est supérieure aux deux indemnités journalières auxquelles celui-ci aurait pu prétendre en cas d'absence de gain intermédiaire ($119.95 \times 2 = 239.90$) et il exclut de ce fait tout versement pour février 2005. 4. Il découle des considérants précédents que les décisions de la caisse doivent être confirmées, même si les calculs qu'elles contiennent ne sont pas corrects. Le recours doit en conséquence être rejeté, sans frais (art. 61 let. a LPGA) ni allocation de dépens.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.