

S1 13 122

JUGEMENT DU 12 NOVEMBRE 2013

**Tribunal cantonal du Valais
Cour des assurances sociales**

Composition : Eve-Marie Dayer-Schmid, présidente ; Jean-Bernard Fournier et Jean-Pierre Zufferey, juges ; Pierre-André Gabioud, greffier

en la cause

X _____, recourante, représentée par A _____

contre

CAISSE DE CHÔMAGE Y _____, intimée

(art. 8 al. 1b et 11 LACI ; perte de travail à prendre en considération)

Faits

A. X_____, née en 1954, a exercé une activité salariée du 1^{er} janvier 2013 au 28 février suivant auprès de l'Ecole B_____ en qualité de professeur d'expression corporelle et théâtrale. Le 5 décembre 2012, elle avait fait valoir un droit à l'indemnité de chômage dès le 1^{er} janvier 2013. Par décision (n° 59) du 7 février 2013, la caisse de chômage Y_____ a rejeté son droit à une telle indemnité jusqu'au 1^{er} février 2013 au motif qu'il n'y avait aucune perte de travail à prendre en considération, l'activité exercée procurant à la requérante une rémunération supérieure à l'indemnité de chômage qu'elle pouvait prétendre pour la même période. L'assurée a formé opposition contre cette décision le 17 avril 2013.

Par décision (n° 241) du 23 avril 2013, la caisse de chômage a également nié le droit de l'assurée à des indemnités de chômage jusqu'au 1^{er} mars 2013 pour les mêmes motifs, à savoir qu'il n'y avait à nouveau aucune perte de travail à prendre en considération.

X_____ a formé opposition contre cette dernière décision le 14 mai 2013. Contestant les gains intermédiaires pris en compte par l'intimée pour les périodes allant du 1^{er} janvier au 28 février 2013, elle a demandé à la caisse de revoir sa décision. Celle-ci a rejeté ces griefs par décision sur opposition du 10 juin 2013 et confirmé le refus du droit de l'assurée à l'indemnité de chômage jusqu'au 1^{er} mars 2013.

B. En temps utile, soit le 3 juillet 2013, X_____ a recouru céans en concluant, sous suite de dépens, à l'annulation de la décision n° 241 du 23 avril 2013, à l'ouverture d'un délai-cadre d'indemnisation et à un droit à l'indemnité de chômage dès le 1^{er} février 2013.

L'intimée a déposé le dossier de l'assurée ainsi que sa réponse au recours le 30 août 2013 en concluant, sous suite de frais et dépens, principalement à l'irrecevabilité du recours et subsidiairement à son rejet.

La recourante a répliqué le 11 septembre 2013 en précisant conclure à l'annulation de la décision sur opposition du 10 juin 2013.

Dans sa duplique du 30 septembre 2013 l'intimée a maintenu ses griefs relatifs à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet.

L'échange d'écritures a été clos le 1^{er} octobre 2013.

Considérant en droit

1. Le litige porte uniquement sur le droit de la recourante à l'indemnité de chômage durant le mois de février 2013.

Dans la mesure où la décision n° 59 de la caisse Y_____ du 7 février 2013 portant sur le droit de l'assurée à l'indemnité de chômage dès le 1^{er} janvier 2013 n'a pas fait l'objet d'une contestation dans le délai légal de 30 jours (art. 52 al. 1 LPGa), mais seulement le 17 avril 2013, elle est entrée en force et ne peut faire l'objet de la présente procédure.

2. S'agissant de la conclusion de la caisse tendant à l'irrecevabilité du recours au motif que X_____ demandait l'annulation de la décision n° 241 du 23 avril 2013 et non celle de la décision sur opposition du 10 juin 2013, elle ne saurait être admise. Il est en effet constant que le recours de l'assurée portait sur la décision sur opposition du 10 juin 2013, comme l'indiquent d'ailleurs clairement le titre du recours « contre la décision notifiée par la caisse de chômage Y_____ par pli recommandé en date du 10 juin 2013 » et la motivation de celui-ci, et que la conclusion relative à l'annulation de la décision n° 241 précitée n'est qu'un « lapsus calami » qui a d'ailleurs été rectifié dans la réplique du 11 septembre 2013.

Selon la jurisprudence, la motivation du recours doit être topique, en ce sens qu'il appartient au recourant de prendre position par rapport à la décision incriminée et d'expliquer en quoi et pourquoi il s'en prend à celle-ci (ATF 125 V 335), ce qu'a justement fait l'assurée en concluant à l'octroi d'une indemnité de chômage dès le 1^{er} février 2013, ce que lui a refusé la décision sur opposition du 10 juin 2013.

3.1 L'assuré a droit à l'indemnité de chômage si, entre autres conditions, il subit une perte de travail à prendre en considération (art. 8 al. 1 let. b LACI). Il y a lieu de prendre en considération la perte de travail lorsqu'elle se traduit par un manque à gagner et dure au moins deux journées de travail consécutives (art. 11 al. 1 LACI).

Aux termes de l'article 11 alinéa 4 LACI, la perte de travail est prise en considération même si l'assuré a touché des indemnités pour des heures supplémentaires non compensées ou une indemnité de vacances à la fin de ses rapports de travail et même si une telle indemnité de vacances était comprise dans son salaire. Le Conseil fédéral peut édicter une réglementation dérogatoire pour des cas particuliers.

En vertu de l'article 9 alinéa 1 OACI, si l'assuré a touché une indemnité de vacances représentant 20 pour cent ou plus du salaire soumis à l'AVS, les jours correspondants sont déduits de la perte de travail à prendre en considération, dans la mesure où :

- a. les périodes de vacances sont fixes dans la profession, et
- b. la perte de travail a lieu durant l'une de ces périodes de vacances.

Seuls sont déduits les jours de vacances auxquels l'assuré a droit depuis la dernière période de vacances et qu'il n'a pas encore pris (art. 9 al. 2 OACI).

Selon l'article 24 LACI, est réputé gain intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle. L'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain. 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. Les gains accessoires ne sont pas pris en considération (art. 23 al. 3 LACI).

La prise en compte du gain intermédiaire relève uniquement de la compétence de la caisse de chômage (circulaire du SECO relative à l'indemnité de chômage, C123 ; DTA 2002 n° 18 p. 118 ss ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 323/2000 du 13 novembre 2001).

3.2 S'agissant de l'indemnité de vacances, elle est en principe déduite du gain intermédiaire à prendre en considération. Ce n'est que quand l'assuré prend ses vacances que l'indemnité de vacances acquise est prise en compte comme gain intermédiaire (C149 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 256/1999 du 16 mars 2000).

Toutes les indemnités de vacances acquises en gain intermédiaire pendant le délai-cadre en cours comptent en principe comme gain intermédiaire. Les indemnités de vacances acquises dans le cadre d'un gain intermédiaire réalisé au cours d'un délai-cadre antérieur ne sont prises en compte que si le gain intermédiaire a été réalisé dans la même entreprise et sans interruption lors du changement de délai-cadre (C 151).

4.1 En l'espèce, X_____ a exercé une activité salariée du 1^{er} janvier 2013 au 28 février suivant auprès de l'Ecole B_____ en qualité de professeur d'expression corporelle et théâtrale. Elle a fait valoir un droit à l'indemnité de chômage dès le 1^{er} janvier 2013, que la caisse Y_____ a refusé jusqu'au 1^{er} février 2013 par décision (en force) du 7 février suivant, au motif qu'il n'y avait aucune perte de travail à prendre en considération. Par décision du 23 avril 2013, la caisse a également rejeté le droit de l'assurée à l'indemnité de chômage jusqu'au 1^{er} mars 2013 pour les mêmes motifs.

Dans son opposition du 14 mai 2013, l'assurée a contesté les gains intermédiaires pris en compte pour les périodes allant du 1^{er} janvier au 28 février 2013 et plus particulièrement l'imputation systématique de montants pour les vacances à chaque période de vacances scolaires. Elle a constaté que, pour le mois de janvier 2013, un montant de 203 fr. 80 avait été ajouté au gain intermédiaire correspondant à trois jours de vacances et pour le mois de février 2013 un montant de 678 fr. 20 correspondant à dix jours de vacances alors qu'elle avait prévu de prendre ses vacances durant les grandes vacances d'été. Ayant un droit, en sus de son salaire, à une indemnité de 13,04% correspondant à six semaines de vacances, elle a conclu à ce que la prise en compte des vacances correspondant au taux de 13,04% précité devait se faire entre juillet et août 2013 lorsqu'elle pourra bénéficier précisément de ses jours de congé.

4.2 Selon la décision entreprise, l'instruction de la cause a montré que la période allant du vendredi 21 décembre 2012 au soir jusqu'au 6 janvier 2013 constitue des

vacances d'entreprise imposées au personnel et que les indemnités de vacances étaient incluses dans le salaire horaire de l'assurée ; il en est de même pour le mois de février 2013 (10 jours de vacances imposées).

La caisse a dès lors considéré dans la décision entreprise (p. 5)

« qu'en vertu de l'attestation de gain intermédiaire de février 2013 de l'Ecole B_____, le salaire de base de l'assurée a été de 624 francs ;

qu'en divisant le salaire de base de l'assurée par le nombre d'heures (18) on obtient un montant de 34 fr. 66 par heure ;

qu'en déduisant la part vacances en pourcentage du salaire horaire, l'assurée a bénéficié d'un montant de 30 fr. 66 ;

qu'en multipliant ce dernier montant au nombre d'heures effectuées en février (18) on obtient ainsi un montant de 551 fr. 88 ;

qu'à ce montant il convient de rajouter 80 fr. correspondant à d'autres éléments du salaire ;

que c'est ainsi un montant de 631 fr. 88 qui peut être retenu comme gain intermédiaire en février 2013, indépendamment de la part vacances ;

qu'il ressort de l'instruction menée par la caisse de chômage qu'au mois de février 2013 l'Ecole B_____ a imposé 10 jours de vacances d'entreprise à son personnel ;

qu'en cas de vacances d'entreprise, l'indemnité de vacances doit être ajoutée au gain intermédiaire ;

qu'en additionnant au gain intermédiaire de février 2013 l'indemnité de vacances, on obtient un montant de 1198 fr. 08 (631.88 + 566.20) ;

que ce montant de 1198 fr. 08 dépasse manifestement le montant auquel l'assurée aurait pu prétendre de l'assurance chômage pour le mois de février 2013 (971 fr., soit 20 x 48 fr. 55) ;

qu'à nouveau, pour le mois de février 2013, il n'y a aucune perte de travail à prendre en considération ;

et que c'est ainsi à bon droit que la caisse de chômage a rejeté le droit de l'assurée à des indemnités de chômage jusqu'au 1^{er} mars 2013 ».

4.3 Dans son recours, dame X_____ rappelle la jurisprudence (ATF 125 V 47) selon laquelle l'indemnité de vacances acquise en plus du salaire ordinaire doit être prise en compte au titre de gain intermédiaire pour les mois où il y a effectivement vacances (précision de la jurisprudence de l'arrêt ATF 123 V 70). Ce principe permet ainsi d'assurer l'égalité entre les assurés qui reçoivent une indemnité de vacances

versée avec le salaire de base sous forme de pourcentage et ceux qui continuent à percevoir leur salaire durant leurs vacances.

La recourante percevait avec son salaire une indemnité de vacances de 13,04% correspondant à six semaines de vacances par année. Elle estime ainsi ne pas tomber sous le coup de l'article 9 OACI. Elle conteste donc la prise en compte d'un montant de 566 fr. 20 comme gain intermédiaire pour le mois de février 2013. Elle admet que son école était fermée durant deux semaines, mais elle a effectué des recherches d'emploi durant cette période et aurait pu, le cas échéant, dispenser ses cours dans une autre école (par ex. C_____) ouverte durant les jours de fermeture de l'Ecole B_____. Elle estime en conséquence avoir une aptitude au placement durant les périodes de vacances officielles, à l'exception des six semaines auxquelles elle a droit et qu'elle avait prévu de prendre durant les vacances d'été en juillet et en août 2013.

5.1 L'on a vu ci-devant que l'article 11 alinéa 4 LACI impose la prise en considération intégrale de la perte de travail même si l'assuré a touché une indemnité de vacances à la fin de ses rapports de travail et même si une telle indemnité de vacances était comprise dans son salaire (cf. aussi arrêts du Tribunal fédéral des assurances C 102/02 du 18 juin 2004 et C 131/02 du 23 octobre 2002).

Une dérogation au principe de la prise en considération de la perte de travail pleine et entière s'impose toutefois lorsque l'assuré a touché une indemnité de vacances représentant au moins 20% du salaire soumis à l'AVS ; les jours correspondants sont alors déduits de la perte de travail à prendre en considération s'il travaillait dans une branche où les périodes de vacances sont fixes et si la perte de travail coïncide avec une de ces périodes de vacances (art. 9 al. 1 OACI).

Cette règle vise à éviter que des assurés travaillant dans l'enseignement touchent des prestations de l'assurance chômage pendant les vacances scolaires tout en conservant l'intégralité des indemnités de vacances touchées pendant leur activité professionnelle. Ainsi, un enseignant engagé jusqu'aux vacances scolaires pour un remplacement, et qui se retrouve ensuite au chômage, devra faire déduire de la perte de travail les jours de vacances acquis depuis les vacances scolaires précédentes (Circulaire du SECO relative à l'indemnité de chômage, B110 ss).

Si enfin un enseignant au chômage exerce ses droits aux indemnités journalières en dehors des vacances scolaires, son droit aux vacances demeure aussi longtemps qu'il ne subit pas de chômage durant les vacances scolaires. Au cas où l'assuré a aussi travaillé dans un autre domaine durant cette période, seules sont prises en compte les indemnités de vacances représentant au minimum 20% du salaire soumis à l'AVS. S'il prouve qu'il a fait des réservations pour une certaine période des vacances en question et ne peut les annuler sans frais, il peut reporter ses droits aux vacances sur cette période. Il n'a pas le droit en revanche d'économiser son droit aux vacances pour des vacances scolaires ultérieures (B115).

5.2 En l'espèce, il n'est pas contesté que la recourante avait droit à six semaines de vacances et qu'elle voulait les prendre durant les mois de juillet et août 2013. L'on a vu

toutefois qu'elle ne pouvait reporter à sa guise son droit aux vacances, la circulaire du SECO n'autorisant un tel report qu'à titre exceptionnel et dans les cas où l'assuré aurait pris des dispositions qu'il ne pourrait annuler, sans dommage, ce qui n'a pas été démontré en l'occurrence. Selon la jurisprudence précitée (ATF 125 V 42 ss), l'indemnité de vacances acquise en plus du salaire ordinaire doit être prise en compte au titre de gain intermédiaire pour les mois où il y a effectivement vacances (notamment dans le cas de périodes de vacances fixes dans la profession), et non au bon vouloir de l'assuré, peu importe que celui-ci puisse, durant la période où son entreprise est fermée, effectuer des recherches d'emploi auprès d'un autre employeur.

L'intimée rappelle d'autre part à bon droit dans sa réplique que c'est sur la base de l'article 24 LACI, et non en application des articles 11 alinéa 4 LACI et 9 OACI, qu'elle a refusé ses prestations. Elle a constaté que l'Ecole B_____ a imposé 10 jours de vacances d'entreprise à son personnel en février 2013 et que, dans ce cas, l'indemnité de vacances devait être ajoutée au gain intermédiaire, ce qu'elle a justement fait en ajoutant au gain intermédiaire obtenu ce mois-là (631 fr. 88) l'indemnité de vacances de 566 fr. 20, pour arriver à un total de 1198 fr. 08, lequel est supérieur au montant auquel la recourante aurait pu prétendre de l'assurance chômage (971 fr.) durant cette période. Il n'y a en conséquence aucune perte de travail à prendre en considération pour le mois de février 2013 et la décision entreprise ne prête pas le flanc à la critique sur ce point.

6. Compte tenu de ce qui précède, le recours est rejeté et la décision sur opposition du 10 juin 2013 est confirmée.

Il n'est pas perçu de frais ni alloué de dépens (art. 61 let. a et g LPGA). Il est en effet rappelé à l'intimée (cf. TC S1 13 6 du 22 avril 2013 consid. 4.3) qu'elle est un organisme chargé de tâches de droit public et qu'à ce titre elle ne peut prétendre à une indemnité de dépens, sauf exception non réalisée en l'occurrence (ATF 128 V 323 ; 118 V 169 s. consid. 7).

Prononce

1. Le recours est rejeté.
2. Il n'est pas perçu de frais, ni alloué de dépens.

Sion, le 12 novembre 2013