

En cas de chômage, la période de référence pour le calcul du gain assuré est réglée à l'art. 37 OACI. **En cas d'importante variation du nombre d'heures de travail entre les saisons d'été et d'hiver**, il faut appliquer l'article 37 al. 3^{bis} OACI. Cela peut avoir pour conséquence de réduire le salaire effectivement perçu durant la période déterminante jusqu'à concurrence de la moyenne annuelle de l'horaire de travail convenu contractuellement. En d'autres termes, si le salaire moyen effectivement perçu durant la période en cause est supérieur au salaire mensuel calculé en fonction de la moyenne de l'horaire de travail convenu contractuellement, il doit être ramené à ce dernier montant.

Auteure : Marlyse Cordonier, avocate à Genève

Recours contre le jugement de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du Valais du 23 juin 2016.

Faits :

A.

A. a requis l'octroi d'une indemnité de chômage à partir du 2 décembre 2013 et a bénéficié d'un délai-cadre d'indemnisation du 1^{er} décembre 2013 au 30 novembre 2015. L'indemnité de chômage a été calculée sur la base d'un gain assuré de 5'300 fr.

Durant la période du 1^{er} avril au 31 octobre 2014, il a travaillé en qualité de manoeuvre au service de l'entreprise B. dans le cadre d'un contrat de durée déterminée, passé le 31 mars 2014. Celui-ci stipulait un salaire horaire de 27 fr. 50, ainsi qu'une indemnité de vacances et un 13^{ème} salaire. En outre, le contrat était soumis à la convention nationale du secteur principal de la construction en Suisse (ci-après: la CN), ainsi qu'à la convention nationale collective de travail du secteur principal de la construction du canton du Valais (ci-après: la CTT). L'assuré a requis l'octroi d'une indemnité de chômage à compter du 1^{er} novembre 2014.

Par décision du 22 décembre 2014, confirmée sur opposition le 7 juillet 2015, la Caisse de chômage Unia (ci-après: la caisse) a fixé à 5'398 fr. le montant du gain assuré déterminant depuis le 1^{er} novembre 2014.

B.

Saisie d'un recours de l'assuré, la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du Valais a annulé la décision sur opposition et fixé à 5'733 fr. 45 le montant du gain assuré.

C.

La caisse forme un recours en matière de droit public contre ce jugement dont elle demande l'annulation, en concluant à ce que la cause lui soit renvoyée pour nouvelle décision, subsidiairement à ce que le Tribunal fédéral statue sur le montant du gain assuré, plus subsidiairement encore à ce que sa décision sur opposition du 7 juillet 2015 soit confirmée, le tout sous suite de frais et dépens.

L'intimé, la cour cantonale et le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) ont renoncé à présenter des déterminations.

Considérant en droit :

1.

Le recours est dirigé contre un arrêt final (art. 90 LTF) rendu en matière de droit public (art. 82 ss LTF) par une autorité cantonale de dernière instance (art. 86 al. 1 let. d LTF). Il a été déposé dans le délai (art. 100 LTF) et la forme (art. 42 LTF) prévus par la loi. Il est donc recevable.

2.

Le litige porte sur le montant du gain assuré déterminant pour le calcul de l'indemnité de chômage allouée à l'intimé à compter du 1^{er} novembre 2014.

3.

Selon l'art. 23 al. 1 LACI (RS 837.0), 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 (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). Aux termes de l'art. 37 al. 3^{bis} OACI (dans sa teneur - applicable en l'occurrence [cf. ATF 132 V 215 consid. 3.1.1 p. 220 et les arrêts cités] - valable depuis le 1^{er} avril 2011), lorsque le salaire varie en raison de l'horaire de travail usuel dans la branche, le gain assuré est calculé conformément aux alinéas 1 à 3, mais au plus sur la moyenne annuelle de l'horaire de travail convenu contractuellement. Selon l'art. 37 al. 4 let. a OACI, le gain assuré est redéfini pour la période de contrôle suivante si, pendant le délai-cadre d'indemnisation l'assuré a exercé pendant au moins six mois consécutifs, avant de retomber au chômage, une activité soumise à cotisation pour laquelle il a reçu un salaire supérieur au gain assuré.

4.

4.1. Dans sa décision sur opposition litigieuse, la caisse a fixé à 5'398 fr. le montant du gain assuré. Se fondant sur l'art. 24 al. 2 CN, elle a considéré que la durée annuelle normale de travail dans le secteur principal de la construction était de 2'112 heures sans pauses - soit 40,5 heures mensuelles (recte: hebdomadaires) - ou de 2'174 heures y compris les pauses - soit 41,75 heures mensuelles (recte: hebdomadaires) -. Aussi a-t-elle calculé le montant du gain assuré de la manière suivante: 41,75 (heures hebdomadaires) : 5 (jours ouvrables) x 21,7 (jours ouvrables moyens par mois) x 27,5 (salaire horaire) x 8,33 % (13ème salaire) = 5'397,93. Dans la mesure où il avait obtenu effectivement un gain plus élevé durant la période du 1er avril au 31 octobre 2014, l'assuré avait accompli des "heures supplémentaires" dont il n'y avait toutefois pas lieu de tenir compte dans le calcul du gain assuré.

4.2. De son côté, la cour cantonale a considéré que la durée hebdomadaire de travail déterminante (pour savoir si des heures supplémentaires avaient été effectuées) ne ressort ni du contrat de travail du 31 mars 2014, ni de la convention sur la durée hebdomadaire de travail que l'employeur aurait dû établir en vertu de l'art. 25 al. 1 CN, mais de l'horaire 2014, arrêté par les partenaires sociaux pour le secteur principal de la construction du canton du Valais (ci-après: l'horaire 2014), selon lequel le nombre d'heures de travail pour la période du mois de mai au mois d'octobre 2014 s'élevaient à 1'169,5 heures (1'207 heures en tenant compte des vacances). C'est pourquoi, dans la mesure où il a effectué 989 heures de travail durant cette période, la cour cantonale est d'avis que l'assuré n'a pas accompli des heures supplémentaires, de sorte que la caisse n'était pas en droit de réduire le gain assuré pour ce motif. Dès lors, se fondant sur les salaires effectivement perçus par l'intéressé durant la période en cause, la juridiction précédente a fixé le salaire mensuel moyen à 5'733 fr. 45 (34'400 fr. 60 : 6).

Par ailleurs, du moment que les allocations de vacances des travailleurs payés à l'heure sont normalement prises en compte dans le calcul du gain assuré pour autant que le gain total obtenu ne dépasse pas le salaire maximum réalisable sans les allocations de vacances et pour jours fériés (cf. ch. C 2 du bulletin LACI IC, publié par le SECO), la cour cantonale a considéré que ce salaire mensuel moyen de 5'733 fr. 45 comprend à juste titre les allocations de vacances pour le mois de juillet 2014, ainsi que le solde de vacances payé au mois d'octobre. En effet, s'il avait effectué les 1'169,5 heures prévues dans l'horaire 2014, l'assuré aurait réalisé un salaire mensuel moyen de 5'806 fr. 90 (1'169,5 [heures de travail] x 27,5 [salaire horaire] x 13 : 12 : 6), ce qui constitue un salaire maximum réalisable supérieur au salaire mensuel moyen de 5'733 fr. 45.

4.3. La recourante invoque une violation de l'art. 37 al. 3^{bis} OACI par la cour cantonale. Elle soutient que l'horaire 2014, certes applicable pour définir le nombre maximum d'heures de travail hebdomadaires, ne l'est pas, en revanche, pour calculer le gain assuré conformément à l'art. 37 al. 3^{bis} OACI lorsque, comme en l'occurrence, le salaire varie en raison de l'horaire de travail usuel dans la branche. La moyenne annuelle de l'horaire de travail convenu contractuellement à laquelle se réfère cette disposition réglementaire est dès lors celle qui ressort de l'art. 24 al. 2 CN, à savoir 2'112 heures (52,14 [semaines] x 40,5 [heures]). Partant, la durée moyenne du temps de travail convenu contractuellement pour les six derniers mois de cotisation est de 1'054,62 heures (40,5 [heures] : 5 [jours ouvrables] x 21,7 [nombre d'indemnités journalières par mois en moyenne annuelle] x 6 [mois]). Durant cette période, l'assuré a accompli 989 heures de travail, de sorte que les heures supplémentaires effectuées au mois d'octobre 2014 peuvent être prises en compte dans le calcul du gain assuré dès lors que ce nombre ne dépasse pas la moyenne annuelle de l'horaire de travail convenu contractuellement, soit 1'054,62 heures.

Cela étant, la recourante soutient que la cour cantonale a violé l'art. 37 al. 3^{bis} OACI en tant qu'elle a retenu la moyenne des salaires effectivement perçus par l'intéressé durant la période en cause, soit 5'733 fr. 45, alors que le salaire mensuel calculé en fonction de la moyenne de l'horaire de travail convenu contractuellement s'élève à 5'238 fr. 20, compte tenu de 1'054,62 heures de travail, d'un salaire horaire de 27 fr. 50 et d'un 13^{ème} salaire (8,33 %), le tout divisé par 6. Dès lors que le salaire moyen effectivement perçu durant la période en cause (5'733 fr. 45) est supérieur au salaire mensuel calculé en fonction de la moyenne de l'horaire de travail convenu contractuellement, il doit être ramené à ce dernier montant, soit 5'238 fr. 20 conformément à l'art. 37 al. 3^{bis} OACI.

4.4. Aux termes de l'art. 24 al. 2 CN, le total des heures annuelles de travail déterminant s'élève à 2'112 heures (365 jours : 7 = 52,14 semaines x 40,5 heures) pour tout le territoire conventionnel. Selon l'art. 25 al. 1 CN, l'entreprise fixe la durée hebdomadaire du travail dans un calendrier à établir au plus tard en fin d'année pour l'année suivante, conformément aux dispositions de l'alinéa 2 (qui fixe la durée hebdomadaire minimale et maximale du travail); les parties contractantes fournissent des modèles élaborés par leurs soins; si l'entreprise omet d'établir un calendrier de la durée du travail et de le

communiquer au personnel, le calendrier applicable sera celui de la section locale où est domiciliée l'entreprise que les commissions professionnelles paritaires locales établissent chaque année; elles peuvent si nécessaire déroger à l'alinéa 2 pour tenir compte des conditions géographiques et climatiques de leur territoire.

En l'occurrence, en l'absence d'un calendrier établi par l'employeur, l'horaire 2014 (supra consid. 4.2) est applicable subsidiairement en vertu de l'art. 25 al. 1 CN pour définir le nombre maximum d'heures pouvant être effectuées par semaine. Le nombre d'heures de travail fixé dans l'horaire 2014 pour la période du mois de mai au mois d'octobre s'élève à 1'169,5. Quant au nombre d'heures de travail pour la période du mois de novembre au mois d'avril, il s'élève à 942,5 (2'112 [cf. art. 24 al. 2 CN] - 1'169,5).

Cette importante variation du nombre d'heures de travail entre les saisons d'été et d'hiver - typique de la branche de la construction (cf. THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Sécurité sociale, 3^{ème} éd., 2016, n° 384 p. 2381) - commande dès lors l'application de l'art 37 al. 3^{bis} OACI et implique de réduire le salaire effectivement perçu durant la période déterminante jusqu'à concurrence de la moyenne annuelle de l'horaire de travail convenu contractuellement. Dès lors, le jugement attaqué viole le droit en tant qu'il ne tient pas compte de cette disposition réglementaire.

4.5. Conformément à l'art 37 al. 3^{bis} OACI, le gain assuré peut en l'occurrence s'élever au plus à 5'238 fr. 20 compte tenu de la moyenne de l'horaire de travail convenu contractuellement, à savoir 1'054,62 heures. Aussi la recourante voudrait-elle que le gain assuré déterminant pour calculer l'indemnité de chômage à laquelle a droit l'intimé depuis le 1^{er} novembre 2014 soit fixé à 5'238 fr. 20. Ce faisant, elle entend revenir sur sa propre décision sur opposition du 7 juillet 2015, par laquelle elle a fixé à 5'398 fr. le montant du gain assuré déterminant depuis le 1^{er} novembre 2014. Toutefois, dans ses déterminations sur le recours cantonal, la caisse a conclu à la confirmation de ladite décision sur opposition. Elle a ainsi renoncé à faire une proposition en procédure, privant de la sorte l'assuré de la possibilité de se déterminer sur une éventuelle réforme à son détriment de la décision sur opposition attaquée, ainsi que de la faculté de retirer son recours (cf. art. 61 let. d LPGA [RS 830.1]). Cela étant, dans la mesure où, par sa conclusion principale, la recourante entend revenir sur le montant du gain assuré arrêté par sa décision sur opposition litigieuse, ladite conclusion constitue une conclusion nouvelle non recevable (art. 99 al. 2 LTF). Au demeurant, le montant de 5'238 fr. 20 est inférieur au gain assuré fixé au début du délai-cadre d'indemnisation, à savoir 5'300 fr. C'est pourquoi il n'y avait pas lieu de redéfinir le gain assuré déterminant à compter du 1^{er} novembre 2014 (cf. art. 37 al. 4 let. a OACI), de sorte que le montant déterminant ne pourrait pas être inférieur à 5'300 fr.

Dans la mesure où il tend à la confirmation de la décision sur opposition du 7 juillet 2015, le recours est bien fondé.

5.

Vu l'issue du litige, les frais de la procédure doivent être mis à la charge de l'intimé (art. 66 al. 1 LTF). La recourante n'a pas droit à des dépens (art. 68 al. 3 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est admis dans la mesure où il est recevable. Le jugement de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du Valais du 23 juin 2016 est annulé et la décision sur opposition du 7 juillet 2015 de la Caisse de chômage Unia est confirmée.

2.

Les frais de justice, arrêtés à 500 fr., sont mis à la charge de l'intimé.

3.

Le présent arrêt est communiqué aux parties, à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du Valais et au Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO).