

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 29 juin 2011

Présidence de Mme RÖTHENBACHER, juge unique
Greffier : M. Germond

Cause pendante entre :

W._____, à Lausanne, recourant,

et

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE Division juridique, à Lausanne,
intimée.

Art. 23 al. 1 LACI et 37 OACI

E n f a i t :

A. W. _____ (ci-après: l'assuré ou le recourant) a sollicité l'octroi d'indemnités de chômage depuis le 5 mai 2008. Selon la demande d'indemnités de chômage du 7 mai 2008, l'assuré a indiqué être en mesure de travailler à raison de 80 % d'une activité à plein temps.

Le 22 mai 2008, son précédent employeur a rempli une attestation selon laquelle l'assuré a touché 46'583 fr. 35 en 2006, 58'992 fr. en 2007 et 20'281 fr. 35, soit un salaire à 80 %, du 1^{er} janvier au 30 avril 2008. Le dernier salaire mensuel s'élevait à 3'616 fr. et il a touché le 25 avril 2008, un 13^e salaire de 1'205 fr. 35. Selon un avenant au contrat de travail signé le 29 février 2008, l'assuré a travaillé à 100 % du 27 février 2006 au 6 janvier 2008 et dès lors à 80 %. Son salaire mensuel brut à temps complet était de 4'520 fr. et de 3'616 fr. à 80 %. Sur les fiches de salaire, on voit que l'assuré percevait des frais de représentation de 280 francs. Le 25 mars 2008, l'assuré a perçu une prime de 4'612 fr. plus un montant sous la rubrique "payer plus tard" de 288 francs.

Le 13 août 2008, l'assuré a notamment écrit ce qui suit par mail à son correspondant à propos de son gain assuré:

"J'ai selon mon décompte obtenu une somme totale de 67921.35 pour les douze derniers mois, soit 5660.10 par mois. Il me semble qu'il avait été convenu selon votre calcul que la somme était aux alentours des 5400.-. Je viens de recevoir mon décompte concernant le mois de juillet et je vois que le gain assuré est calculé sur la somme de 4757.-.
Est-ce que mes souvenirs sont erronés ou il n'y a pas eu de corrections?"

Le 25 août 2008, le correspondant de l'assuré à l'assurance-chômage a écrit par mail ce qui suit:

"Je n'ai plus nos échanges de mail. J'ai vérifié vos fiches de salaire et celui-ci n'a jamais dépassé les CHF 4700.-. Contrairement à vos propos, je n'articule jamais de montant, avant que le calcul soit fait. Peut-être que dans vos calculs, vous avez compté des montants que

nous ne pouvons insérer dans le calcul du gain assuré. Néanmoins, il vous est possible de faire recours."

Le 28 août 2008, l'assuré a fait opposition au décompte de mai à juillet 2008. Il écrivait que le montant annuel de son salaire sur les douze derniers mois était de 67'921 fr. 35, soit 5'660 fr. 10 par mois et que le montant semestriel de son salaire sur les six derniers mois était de 35'161 fr. 35, soit 5'860 fr. 20. Or il constatait que le montant du gain assuré était de 4'757 francs. Il écrivait encore qu'au mois de juin, un échange de mail avait débouché sur une hausse de ce montant. Il disait avoir perdu ses mails.

Le 9 décembre 2008, la caisse a rendu une décision arrêtant l'indemnité journalière à 4'757 fr. dès le 5 mai 2008. Il est écrit que durant la période de référence des six derniers mois des rapports de travail, le salaire s'était élevé à 26'179 fr. 02, soit à 4'363 fr. 17 par mois et que durant les douze derniers mois des rapports travail, le salaire était de 57'085 fr. 02, soit un salaire mensuel moyen de 4'757 fr. 08, d'où un gain assuré déterminant de 4'757 fr. soit une indemnité journalière de 153 fr. 45.

Le 15 janvier 2009, l'assuré a fait opposition. Il expliquait qu'il avait conclu un accord avec son correspondant au chômage pour fixer le gain assuré à 5'400 fr., ce par mail.

Le 6 février 2009, la caisse a interpellé l'assuré pour lui demander à quoi correspondaient les frais de représentation mensuels de 280 fr., pour savoir si ces frais étaient déclarés aux impôts et que signifiait la mention "payer plus tard". Elle a posé les mêmes questions à l'ancien employeur de l'assuré.

Le 7 février 2009, l'assuré a recouru pour déni de justice puisqu'il n'avait pas reçu la décision sur opposition. Ce recours a été rejeté par arrêt du 17 mai 2010 (CASSO ACH 12/09 - 84/2010).

Le 9 février 2009, l'assuré a répondu que les frais de représentation étaient additionnés à son revenu et donc déclarés au fisc et imposés.

En ce qui concerne la rubrique "payer plus tard", elle représentait la rétroactivité de l'augmentation de salaire obtenue au mois de mars 2008.

Le 16 février 2009, l'ancien employeur a répondu que les frais de 280 fr. correspondaient à une participation aux primes d'assurance-maladie de l'assuré, que ces frais étaient déclarés aux impôts et que la mention "payer plus tard" concernait l'augmentation salariale de l'assuré avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2008.

Le 26 février 2009, la caisse a écrit ce qui suit à l'assuré:

"Les explications que vous nous avez fournies ont permis de réexaminer votre cas et de procéder à un nouveau calcul du gain assuré. Toutefois, en réexaminant votre dossier, nous nous sommes aperçus que vous avez été indemnisé dès le début de votre délai-cadre comme si vous étiez apte au placement à 100%; or, à la lumière de votre dossier, vous vous êtes inscrit comme demandeur d'emploi à 80%.

Vous avez travaillé à 100% jusqu'au mois de décembre 2007 et ensuite, votre taux est passé à 80% jusqu'au terme de votre contrat en avril 2008 en d'autres termes, votre taux d'occupation sur les douze derniers mois est de 93,33%. Vous vous êtes inscrit en tant que demandeur d'emploi à 80% dès le mois de mai de 2008 par inadvertance toutefois, la caisse vous a indemnisé à 100%.

L'autorité de céans ayant constaté l'irrégularité précitée se doit à ce stade de vous exposer les conséquences et le résultat d'une correction éventuelle. En reconsidérant le calcul du gain assuré, en y incluant le montant mensuel de CHF 280.--, à titre de frais, ainsi que le poste « à payer plus tard » apparaissant sur la fiche de salaire du mois de mars 2008, le calcul est le suivant:

- Il ressort de vos fiches [que] vous avez perçu un salaire mensuel brut de base de CHF 4'400.--, treize fois. Ce salaire de base est de CHF 3'616.-- dès le 1^{er} janvier 2008, payable treize fois l'an. Le treizième salaire doit être fractionné sur la totalité des mois, en d'autres termes, il doit être intégré dans le calcul du gain assuré, comme un montant de CHF 366,70, puis de CHF 301,35 par mois (CHF 4'400.--, CHF 3'616.-- / 12). Il convient de préciser que l'employeur vous a rémunéré à 100% encore en janvier 2008, mais il a apporté la correction par une soustraction de CHF 880.--, en février 2008 (CHF 4'440 — CHF 3'520). En outre, alors que le salaire convenu dès le 7 janvier 2008 était de CHF 3'616.--; vous n'avez perçu que CHF 3'520.-- de janvier à mars 2008; ce qui a été corrigé par un versement correspondant à cette différence en avril 2008 ((CHF 3'616.-- - CHF 3'520) X 3).

- Concernant la prime versée au mois de mars 2008 et correspondant à l'année 2007, le montant perçu doit être fractionné et ajouté au mois auquel il se rapporte. En d'autres termes, il convient de tenir compte des montants suivants:

•Avril 2008	CHF	3'616.-	+	CHF	301.35 (13è)	+	CHF	280.--	
•Mars 2008	CHF	3'616.-	+	CHF	301.35	+	CHF	280.--	
•Février 2008	CHF	3'616.-	+	CHF	301.35	+	CHF	280.--	
•Janvier 2008	CHF	3'616.-	+	CHF	301.35	+	CHF	280.--	
•Décembre 2007	CHF	4'400.- (base) 280.--	+	CHF	366.67 (13è)	+	CHF	384.35 (prime)	+ CHF 280
•Novembre 2007	CHF	4'400.-	+	CHF	366.67	+	CHF	384.35	+ CHF 280
•Octobre 2007	CHF	4'400.-	+	CHF	366.67	+	CHF	384.35	+ CHF 280
•Septembre 2007	CHF	4'400.-	+	CHF	366.67	+	CHF	384.35	+ CHF 280
•Août 2007	CHF	4'400.-	+	CHF	366.67	+	CHF	384.35	+ CHF 280
•Juillet 2007	CHF	4'400.-	+	CHF	366.67	+	CHF	384.35	+ CHF 280
•Juin 2007	CHF	4'400.-	+	CHF	366.67	+	CHF	384.35	+ CHF 280
•Mai 2007	CHF	4'400.-	+	CHF	366.67	+	CHF	384.35	+ CHF 280

Période de référence sur les 6 derniers mois = CHF 27'651.45; soit un gain déterminant d'un montant de CHF 4'608.60.

Période de référence sur les 12 derniers mois = CHF 60'237.60; soit un gain déterminant d'un montant de CHF 5'019.80.

Au vu de ce qui précède, votre gain assuré pour une aptitude au placement de 100% est de CHF 5'019.80, ramené à un montant brut de CHF 4'304.20 pour une aptitude de 80% [(CHF 5'019.80 x 80) / 93.33]. Force est de constater [que] le gain assuré auquel vous avez droit depuis le début de votre délai-cadre est inférieur au montant

que vous contestez dans votre opposition. Nous comprenons que cette situation peut être délicate pour vous mais nous nous devons de relever l'irrégularité et de corriger en conséquence. Dès lors, nous vous proposons de retirer votre opposition. Le changement entrera en vigueur à compter du versement des indemnités de février 2008, sans modifier quoique ce soit à ce que vous avez reçu jusqu'à maintenant. Nous attirons votre attention sur le fait que vous pouvez également modifier votre inscription en ce sens que vous recherchez un emploi à 100%, afin de bénéficier du gain assuré de CHF 5'019.80."

Le 23 mars 2009, l'assuré a écrit à la caisse que dès le 1^{er} février 2009, son taux d'activité pouvait passer à 90 %.

Le 8 avril 2009, la caisse a rendu une décision sur opposition qui a la teneur suivante:

"En fait

A. Monsieur W. _____ (ci-après l'assuré ou l'opposant) a sollicité l'octroi d'indemnités de l'assurance-chômage, à compter du 5 mai 2008. La Caisse cantonale de chômage, agence de [...] (ci-après la caisse), lui a ouvert un délai-cadre d'indemnisation de cette date jusqu'au 4 mai 2010.

B. L'assuré a été employé par la société [...] SA (ci-après employeur ou [...]), en qualité de dessinateur CAO-DAO, du 27 février 2006 au 30 avril 2008.

C. Par décision, du 9 décembre 2008, en application de l'art. 23 al. 1 de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (ci-après: LACI; RS 837.0), ainsi que de l'art. 37 al. 1, 2 et 3 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (ci-après: OACI; RS 837.02), la caisse a fixé le gain assuré de l'opposant à un montant brut de CHF 4'757.--, correspondant à une indemnité journalière brute de CHF 153.45.

D. L'assuré s'est opposé à la décision précitée par un écrit du 15 janvier 2009 et a conclu à sa réforme en ce sens qu'est pris en compte comme gain assuré le montant brut de CHF 5'860.20, correspondant aux salaires des douze derniers mois. Il a requis une explication détaillée et complète du calcul de son gain assuré opéré par la caisse.

L'opposant a produit en annexe copie des diverses correspondances adressées à la caisse depuis août 2008, dans lesquelles il demandait une explication sur le calcul du gain assuré.

E. En date du 6 février 2009, la présente autorité a requis des explications relatives à différents postes de salaires, soit les frais de représentation ainsi que le poste « payer plus tard », qui apparaît sur la fiche de salaire de mars 2008. L'employeur a expliqué que les

frais de représentation correspondaient à une participation aux primes d'assurance maladie et qu'ils étaient soumis à imposition, et que la mention « payer plus tard », à l'augmentation salariale de l'assuré payable avec effet rétroactif.

F. Par courrier du 23 mars 2009, l'assuré a précisé que le bonus et les objectifs étaient négociés de mars en mars et non de janvier à décembre; en d'autres termes, l'assuré a requis que l'on tienne compte de la totalité du montant du bonus, correspondant à la période d'avril 2007 à mars 2008. Ce qui a été infirmé par l'employeur, qui affirme que le bonus perçu par l'assuré au mois de mars 2008, se rapporte à l'année civile 2007. Il a en outre modifié ses conclusions en ce sens que son gain assuré s'élève à un montant de CHF 4'963.35 pour un taux de 90%, dès février 2009.

En droit

1. Déposée dans le délai de trente jours fixé par l'art. 52 al. 1 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA), l'opposition, compte tenu des fêtes judiciaires, est intervenue en temps utile. En outre, elle est recevable en la forme, de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

2. Il s'agit d'examiner le calcul du gain assuré opéré par la caisse. L'opposant conteste ledit calcul en ce sens que la prime versée durant le mois de mars 2008 doit être comprise dans son intégralité dans le calcul du gain assuré.

3.a) En vertu de l'art. 23 al. 1 LACI est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS obtenu normalement au cours d'un ou plusieurs rapports de travail durant une période de référence.

La Circulaire relative à l'indemnité chômage (IC 2007), établie par le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), précise que font partie du salaire déterminant, les postes suivants:

- le salaire de base
- les prestations en nature, au maximum jusqu'au montants plafonds fixés dans l'AVS
- le 13^e mois
- les commissions, les primes
- les suppléments tels que les allocations de résidence ou de renchérissement (...)
N'entrent par contre pas dans le salaire déterminant
- les heures supplémentaires dépassant le temps de travail contractuel
- les suppléments pour autres inconvénients liés au travail
- les primes de fidélité
- les indemnités pour frais
- les allocations familiales (...) (IC 2007, C2)

b) Il ressort de la doctrine et de la jurisprudence que les principes applicables en matière de gain assuré se recoupent, autant que possible, avec ceux qui prévalent en matière de gain intermédiaire, comme notamment le principe de la survenance. Selon ce principe, un revenu est réputé avoir été réalisé au moment où l'assuré a effectué les prestations de travail rémunératoire. En d'autres

termes, il y a lieu de prendre en compte la rémunération au moment où la prestation a été fournie, cela indépendamment de l'échéance de la rémunération convenue par les parties (R. RUBIN, Assurance-chômage, 2° éd., Schulthess 2006, p. 316, n° 4.6.10, p. 335 n° 4.7.12.1).

Ainsi, comme vu ci-dessus, les allocations de renchérissement, les gratifications ainsi que les primes de fidélité et au 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. Lorsque la période de référence est les six derniers mois de cotisation avant le début du délai-cadre d'indemnisation, elles doivent être imputées proportionnellement sur les autres mois de l'année pendant lesquels l'assuré a travaillé, de la même manière qu'un treizième salaire. Les gratifications constituent quant à elles une rémunération pour une prestation de travail effectuée tout au long de l'année. Toutefois, cette forme de rémunération intervient généralement en fin d'année et est calculée au pro rata temporis. Imputer ces montants sur une seule période de contrôle reviendrait à introduire une grande différence entre les revenus pris en considération à titre de gain intermédiaire et de gain assuré. Il en va de même d'une gratification liée aux performances d'un employé, versée indépendamment du nombre d'heures supplémentaires effectuées (ibidem, p 327, n°4.7.7.1 et les références citées).

Dans un arrêt du 20 juin 2002 (C 51/02), le Tribunal fédéral a considéré comme une gratification faisant partie du gain assuré, une prime versée généralement au printemps et se rapportant à l'année précédente, ayant pour but de motiver le salarié pour la réalisation d'objectifs qui lui ont été assignés. Les gratifications constituant ainsi une rémunération pour une prestation de travail effectuée tout au long de l'année qui a précédé leur versement, le Tribunal fédéral applique dans le cas d'espèce le principe de la survenance (consid. 3).

c) En l'espèce, l'assuré a été engagé par la société précitée, en qualité de dessinateur CAO-DAO à compter du 27 février 2006.

Le contrat de travail, établi en date du 3 mars 2006, convenait d'un salaire mensuel brut de base d'un montant de CHF 4'300.--, payable 13 fois l'an. Un avenant au contrat précité a été signé par les parties en date du 29 février 2008, lequel stipulait que le taux d'occupation de l'assuré était passé à 80% dès le 7 janvier 2008, pour un salaire mensuel brut de CHF 3'616.--.

Il ressort en outre des fiches de salaires produites par l'opposant que ce dernier a perçu des frais de représentation, d'un montant brut de CHF 280.--, versé chaque mois. Sur requête de la présente autorité, l'employeur a déclaré que ces frais correspondaient en réalité à une participation aux primes d'assurance-maladie il a précisé qu'ils étaient déclarés aux impôts. Ce montant brut, et imposable de surcroît, doit être considéré comme une prestation en nature et doit, par conséquent, entrer dans le calcul du gain assuré. Le poste « payer plus tard », qui apparaît sur la fiche de salaire du mois de mars 2008, est en réalité la partie de l'augmentation salariale payée avec effet rétroactif il convient de l'intégrer également dans le calcul du gain assuré.

Enfin, l'opposant a perçu, en mars 2008, une prime pour l'année 2007, d'un montant brut de CHF 4612.--. Il ressort d'une part de la fiche de salaire de mars, note de bas de page 141, ainsi que des déclarations de l'employeur que cette prime versée en mars 2008, se rapporte à l'année 2007, dans son sens civil du terme, soit de janvier à décembre 2007, contrairement à ce que prétend l'assuré. Selon le contrat de travail, signé en date du 3 mars 2006, à son article 4, « la prime sur des objectifs réalisés (P.F.A), objectifs définis par le responsable, d'un montant potentiel correspondant à un demi-mois de salaire, au pro rata temporis de la période de travail pour 2006 et selon les règles en vigueur dans l'entreprise (sic) ». Force est donc d'admettre que cette prime fixée selon la réalisation des objectifs doit être considérée comme un montant versé à titre de gratification au pro rata temporis des mois oeuvrés durant l'année civile.

4.a) Le SECO définit la notion de délai-cadre comme il suit: La LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.0] distingue deux types de délai-cadre, soit le délai-cadre applicable à la période d'indemnisation et le délai-cadre applicable à la période de cotisation. Le délai-cadre applicable à la période d'indemnisation fixe la période durant laquelle l'assuré peut percevoir des prestations. Le délai-cadre applicable à la période de cotisation fixe le laps de temps durant lequel l'assuré doit avoir accompli la période de cotisation minimale ou justifier d'un motif de libération des conditions relatives à la période de cotisation (1G 2007, B35 à B37). Les délais-cadre de cotisation et d'indemnisation s'étendent en principe sur deux ans chacun et sont consécutifs (IC 2007, 38). Est déterminant pour fixer les deux délais-cadres le premier jour où l'assuré remplit toutes les conditions du droit à l'indemnité prévues à l'art. 8 al. 1 LACI: le délai-cadre d'indemnisation est ouvert à cette date tandis que le délai-cadre de cotisation commence à courir deux ans plus tôt.

En l'espèce, l'assuré a requis l'allocation des indemnités de chômage à compter du 5 mai 2008, le délai-cadre de cotisation s'étend donc du 5 mai 2006 au 4 mai 2008. Ce point n'est d'ailleurs pas contesté dans l'opposition.

b) Aux termes de l'art. 37 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.02], le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (al. 1). Il est déterminant 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'al. 1 (al. 2). Lorsque le salaire varie en raison de l'horaire de travail usuel dans la branche ou du genre de contrat de travail. Le gain assuré sera calculé sur les douze derniers mois, mais au plus sur la moyenne de l'horaire de travail convenu contractuellement (al. 3bis).

En l'occurrence, l'assuré a produit ses fiches de salaire des douze derniers mois. Il ressort de ses fiches qu'il a perçu un salaire mensuel brut de base de CHF 4'400.--, treize fois. Ce salaire de base est de CHF 3616.-- dès le 1^{er} janvier 2008, payable treize fois l'an. Le treizième salaire doit être fractionné sur la totalité des mois, en

d'autres termes, il doit être intégré dans le calcul du gain assuré, comme un montant de CHF 366,70, puis de CHF 301,35 par mois (CHF 4'400.--, CHF 3'616.-- / 12) et cela, selon la doctrine et jurisprudence précitée. Il convient de préciser que l'employeur a rémunéré l'assuré à 100% encore en janvier 2008 mais il a apporté la correction par une soustraction de CHF 880.--, en février 2008 (CHF 4440 — CHF 3520). En outre, alors que le salaire convenu dès le 7 janvier 2008 était de CHF 3616.--, l'assuré n'a perçu que CHF 3520.-- de janvier à mars 2008 ce qui a été corrigé par un versement correspondant à cette différence en avril 2008 ((CHF 3616.- - CHF 3520) x 3).

Concernant la prime versée au mois de mars 2008 et correspondant à l'année 2007, le montant perçu doit être fractionné et ajouté au mois auquel il se rapporte, cela conformément à la jurisprudence susmentionnée. En d'autres termes, il convient de tenir compte des montants suivants

•Avril 2008	CHF	3'616.-	+	CHF	301.35 (13è)	+	CHF	280.--	
•Mars 2008	CHF	3'616.-	+	CHF	301.35	+	CHF	280.--	
•Février 2008	CHF	3'616.-	+	CHF	301.35	+	CHF	280.--	
•Janvier 2008	CHF	3'616.-	+	CHF	301.35	+	CHF	280.--	
•Décembre 2007	CHF	4'400.- (base) 280.--	+	CHF	366.67 (13è)	+	CHF	384.35 (prime)	+ CHF 280
•Novembre 2007	CHF	4'400.-	+	CHF	366.67	+	CHF	384.35	+ CHF 280
•Octobre 2007	CHF	4'400.-	+	CHF	366.67	+	CHF	384.35	+ CHF 280
•Septembre 2007	CHF	4'400.-	+	CHF	366.67	+	CHF	384.35	+ CHF 280
•Août 2007	CHF	4'400.-	+	CHF	366.67	+	CHF	384.35	+ CHF 280
•Juillet 2007	CHF	4'400.-	+	CHF	366.67	+	CHF	384.35	+ CHF 280
•Juin 2007	CHF	4'400.-	+	CHF	366.67	+	CHF	384.35	+ CHF 280
•Mai 2007	CHF	4'400.-	+	CHF	366.67	+	CHF	384.35	+ CHF 280

Période de référence sur les 6 derniers mois = CHF 27'651.45 déterminant d'un montant de CHF 4608.60.

Période de référence sur les 12 derniers mois = CHF 60'237.60 déterminant d'un montant de CHF 5019.80.

c) L'assuré a travaillé auprès de [...] dans un premier temps à 100%, puis à 80% depuis janvier 2008 en d'autres termes, il justifie d'un taux d'occupation de 95% avant son inscription au chômage.

Il convient de considérer que le gain assuré du mois de février s'élève à un montant de CHF 4302.85 ($5019.80 \times 80/93,33$). Il ressort de la Plasta du 5 mars 2009, que l'assuré s'est inscrit en tant que demandeur d'emploi à 90% à compter de cette date; le gain assuré s'élève donc à CHF 4840.70 ($[5'019.80 \times 90]/93,33$), correspondant ainsi à une indemnité journalière de CHF 156.15.

5. Concernant votre courriel du 6 juin 2006 et la détermination du gain assuré, il est certes regrettable que vous ayez dû attendre aussi longtemps pour avoir un calcul détaillé par la caisse et nous vous prions de bien vouloir accepter nos excuses. Toutefois, il est vraisemblable qu'un montant vous avait été donné à cette date à titre informatif et constant qu'il n'a jamais été pris comme base de calcul de vos indemnités. En effet, dès la première période de contrôle vous avez été taxé sur la base d'un gain assuré de CHF 4757.--; c'est d'ailleurs ce montant qui a été déclaré dans la décision du 9 décembre 2008.

Nous renouvelons, Monsieur, nos excuses et espérons que les explications contenues dans la présente décision sont suffisamment détaillées et explicites pour que votre situation soit enfin claire et définie.

6. Au vu de ce qui précède, l'autorité de céans admet partiellement l'opposition et réforme la décision litigieuse en ce sens que l'indemnité journalière de l'assuré s'élève à CHF 138.90, pour le mois de février 2009 et à CHF 156.15, à compter du mois de mars 2009, selon les articles 23 al. 1 LACI et 37 al. 1, 2 et 3 OACI.

Par ces motifs, l'autorité d'opposition, première instance, décide

I. L'opposition est partiellement admise.

II. L'opposition est reformée comme suit

« L'indemnité journalière de l'assuré s'élève à CHF 138.90, pour le mois de février 2009 et à CHF 156.15, à compter du mois de mars 2009, selon les articles 23 al 1 LACI et 37 al. 1, 2 et 3 OACI ».

Le 6 mai 2009, l'assuré a recouru contre cette décision. Il conclut à ce que le gain assuré soit fixé à 5400 fr. se prévalant d'un accord avec la caisse.

La caisse s'est déterminée le 8 mars 2010. Elle relève que pour les mois de février et mars 2009, elle a dressé de nouveaux

décomptes arrêtant le gain assuré, pour février à 4'303 fr. et à 4'841 fr. pour mars 2009.

E n d r o i t :

1. Interjeté dans le délai légal de trente jours suivant la notification de la décision entreprise, compte tenu des fêtes pascales 2009 (art. 38 al. 4 let. a LPGA [loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1]) le recours a été déposé en temps utile (art. 60 al. 1 LPGA). Il satisfait en outre aux conditions formelles de recevabilité (art. 61 let. b LPGA), de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

La contestation porte sur le montant du gain assuré, de sorte que la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 fr., la présente cause relevant de la compétence d'un membre du Tribunal cantonal, statuant en tant que juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36]).

2. Ainsi, le litige porte sur la détermination du gain assuré.

a) Le recourant soutient que par un accord avec la caisse et son interlocuteur, il aurait été convenu que ce gain serait de 5'400 francs. Il n'apporte cependant pas la moindre preuve susceptible d'étayer ses allégations. Il prétend que cet accord aurait été passé par échange de mails mais ne dispose toutefois pas de ces documents qu'il aurait perdus. Le recourant peut difficilement être suivi dans son argumentation ce d'autant, qu'à teneur de son courriel du 13 août 2008, il ne semble lui-même pas réellement certain de l'existence de l'accord auquel il fait référence. A l'opposé, la réponse du 25 août 2008 du correspondant de l'assuré à l'assurance-chômage est claire "contrairement à vos propos, je n'articule jamais de montant avant que le calcul soit fait". Dans ces circonstances, la cour ne saurait tenir pour existant l'accord évoqué par le recourant quant au montant du gain assuré.

b) Cela étant, il convient de vérifier si le calcul du gain assuré effectué par la caisse l'a été correctement.

Est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou plusieurs rapports de travail durant une période de référence (art. 23 al. 1 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.0]).

L'art. 37 OACI (ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.02) précise à cet égard que le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation (al. 1); la période de référence commence à courir le jour précédent le début de la perte de gain à prendre en considération quelle que soit la date de l'inscription au chômage; à ce jour, l'assuré doit avoir cotisé douze mois au moins pendant le délai-cadre applicable à la période de cotisation (al. 3).

Lorsque le salaire varie en raison de l'horaire de travail usuel dans la branche ou du genre de contrat de travail, le gain assuré sera calculé sur les douze derniers mois, mais au plus sur la moyenne de l'horaire de travail convenu contractuellement (art. 37 al. 3^{bis} OACI).

Entrent notamment dans le salaire déterminant: le salaire de base (au mois, à l'heure ou à la tâche); les prestations en nature, au maximum jusqu'aux montants plafonds fixés dans l'AVS; le 13^{ème} mois de salaire et la gratification si l'assuré les a effectivement touchés; les commissions; les primes; les suppléments tels que les allocations de résidence et de renchérissement; les suppléments pour travail de nuit, travail par équipes, travail du dimanche et service de piquet si ces allocations sont normalement versées à l'assuré en raison de la nature de son poste de travail. En matière de gain assuré, il y a lieu d'appliquer par analogie avec ce qui prévaut en matière de gain intermédiaire, le principe

dit "de la survenance", selon lequel un revenu est réputé avoir été réalisé au moment où l'assuré a fourni la prestation de travail rémunératoire, indépendamment de l'échéance de la rémunération convenue entre les parties (Rubin, Assurance-chômage, 2^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2006, ch. 4.6.10, p. 316 et ch. 4.7.12.1, p. 335); le montant en cause doit être imputé proportionnellement sur l'ensemble de la période à laquelle il se rapporte, de la même manière qu'un 13^e salaire (TFA C 195/2003 du 19 août 2004, consid. 5.1 et les références; TFA C 179/2006 du 15 novembre 2006, consid. 4; Rubin, op. cit., ch. 4.6.4, p. 309).

N'entrent pas dans le salaire déterminant les heures dépassant le temps de travail contractuel; les suppléments pour autres inconvénients liés au travail, par exemple, primes de chantier ou de travail salissant convenues contractuellement; les primes d'ancienneté et de fidélité; les indemnités de frais; les allocations familiales et de ménages les allocations de vacances et pour jours fériés des travailleurs payés à l'heure

Le recourant soutient que les douze derniers mois de cotisations, il a touché 67'921 fr. 35, soit par mois 5'660 fr. 10 et les six derniers mois, 35'161 fr. 35, soit par mois 5'860 fr. 20.

Le recourant fait erreur en tant qu'il incorpore dans ces montants le treizième salaire et la prime versés en mars 2008 (qui concerne clairement l'année 2007, s'agissant de celle perçue au mois de mars 2008 — cf. fiche de salaire du 25 mars 2008), lesquels doivent en réalité être répartis sur toute l'année précédant leur octroi et non pas sur l'année où ils ont été effectivement touchés (TF C 51/2002 du 20 juin 2002, consid. 3 et la référence). C'est précisément ce qu'a rappelé la caisse au chiffre 3b de sa décision sur opposition du 8 avril 2009.

Sur la base des éléments au dossier, il appert que le salaire avait dans un premier temps été fixé pour 2008 à 3'520 fr. pour un taux à 80% (4'400 fr. x 0.8). Un salaire brut de 4'400 fr. a été versé en janvier 2008, ce qui a été corrigé en février par la soustraction de 880 francs. Puis dès mars 2008, du fait qu'à partir du 7 janvier 2008, le salaire convenu

était de 3'616 fr., une augmentation a été versée rétroactivement en avril 2008 pour la période de janvier à mars 2008 (288 fr., soit 96 fr. par mois [3'616 fr. - 3'520 fr.]). Le montant du gain assuré obtenu sur la période de référence d'une année, soit 5'019 fr. 80 s'avère plus avantageux que celui résultant de la prise en compte d'une période de six mois, à savoir 4'608 fr. 60 et correspond à un taux d'occupation moyen de 93.33 % (huit mois à 100 % de mai à décembre 2007 et quatre mois à 80 % de janvier à avril 2008).

En définitive, la détermination du gain assuré telle que ressortant de la décision sur opposition litigieuse est exacte.

3. Il résulte de ce qui précède que le recours, mal fondé, doit être rejeté et la décision sur opposition rendue le 8 avril 2009 par la Caisse cantonale de chômage Division juridique confirmée.

S'agissant des frais et dépens (art. 91 LPA-VD, applicable par renvoi de l'art. 99 LPA-VD), il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer de dépens, le recourant n'obtenant pas gain de cause et n'ayant par ailleurs pas procédé en cause avec l'assistance d'un mandataire professionnel (art. 55 LPA-VD).

**Par ces motifs,
le juge unique
p r o n o n c e :**

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision sur opposition rendue le 8 avril 2009 par la Caisse cantonale de chômage Division juridique est confirmée.
- III.** Il n'est pas perçu de frais de justice ni alloué de dépens.

Le juge unique :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- W. _____,
- Caisse cantonale de chômage Division juridique,
- 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 :