

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 25 juillet 2016

Composition : Mme BERBERAT, juge unique
Greffière : Mme Blanc

Cause pendante entre :

T. _____, à F. _____, recourante,

et

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, DIVISION JURIDIQUE, à Lausanne,
intimée.

Art. 5 al. 2 LAVS ; 23 al. 1 LACI

E n f a i t :

A. T._____ (ci-après : l'assurée ou la recourante), née en [...], a travaillé du 1^{er} octobre 2011 au 30 septembre 2015 en qualité de *Human resource officer* auprès de B._____ à F._____. Par lettre du 11 août 2015, l'employeur a résilié le contrat de travail de l'assurée pour le 30 septembre 2015 en raison d'une performance insuffisante.

Par demande du 28 septembre 2015, l'assurée a sollicité l'octroi d'indemnités de chômage à compter du 1^{er} octobre 2015 auprès de la Caisse cantonale de chômage, agence de [...] (ci-après : l'agence) précisant qu'elle était disposée à travailler à 100%.

L'agence a mis l'assurée au bénéfice d'un délai-cadre d'indemnisation couvrant la période du 1^{er} octobre 2015 au 30 septembre 2017. Elle a fixé l'indemnité journalière à 251 fr. 05 sur la base d'un gain assuré de 7'782 fr. et d'un taux d'indemnisation de 70%.

Dans le cadre de l'instruction de la demande d'indemnités chômage de l'assurée, l'agence est entrée en possession des documents suivants :

- le contrat de travail de l'assurée avec B._____ du 15 septembre 2011 dont il ressortait notamment (traduction libre de l'anglais) que la Compagnie pouvait verser volontairement à l'employé un bonus (*annual gratification compensation*) selon la politique applicable au moment du versement (cf. clause 5.1);
- la lettre de résiliation de B._____ du 11 août 2015 laquelle mentionnait qu'une somme forfaitaire brute (*gross lump sum*) de 7'569 fr. 55 serait versée à l'assurée en plus de son dernier salaire ;
- un formulaire intitulé « Attestation de l'employeur » et daté du 1^{er} octobre 2015 duquel il ressort que le salaire total de

l'assurée soumis à cotisations AVS pour la période du 1^{er} octobre 2013 au 30 septembre 2015 était de 203'742 fr. 55 et que son dernier salaire mensuel était de 24'250 fr. 75. A la question de savoir si d'autres prestations financières avaient été versées lors de la résiliation du rapport de travail, l'employeur a indiqué qu'un montant de 7'569 fr. 55 avait été alloué à l'assurée ;

- les décomptes annuels de salaire de l'assurée pour les années 2014 et 2015 ;
- un décompte détaillé des fiches de salaire de l'assurée pour la période d'octobre 2014 à septembre 2015 ;
- le règlement du personnel de la société B._____.

Par courrier du 28 octobre 2015, l'agence a informé l'assurée que son dossier était complet et qu'elle bénéficiait d'un droit aux prestations de l'assurance-chômage.

Le 24 novembre 2015, l'assurée a envoyé un courrier à la Caisse Cantonale de Chômage intitulé « Correction du gain [...] » dont le contenu était le suivant :

« Ayant moi-même estimé le montant du gain assuré, je constate que les CHF 7'782.- calculé par la Caisse Cantonale de Chômage ne correspond pas à la moyenne de mon revenu des 12 derniers mois.

Le document annexé à la présente le prouve, le salaire annuel (octobre 2014 à septembre 2015) s'élève à CHF 111'394.- démontrant un gain assuré de **CHF 9'282.-** au lieu de CHF 7'782.-.

Je précise également que le montant de CHF 7'569.55 perçu lors de mon dernier salaire, correspond à un bonus de performance et ce n'est en aucun cas considéré comme une prime de départ, par conséquent ce montant est cotisant et doit être pris en considération dans le calcul du gain assuré.

En vous remerciant de bien vouloir corriger le montant de gain assuré, je vous souhaite bonne réception de ce qu'il précède. »

Par décision du 24 décembre 2015, l'agence a arrêté le gain assuré à 7'782 fr., correspondant selon elle à la moyenne des rémunérations obtenues par l'assurée durant les douze derniers mois de travail auprès de B._____ soit d'octobre 2014 à septembre 2015.

Le 5 janvier 2016, l'assurée s'est opposée à cette décision auprès de la Caisse cantonale de chômage, Division juridique (ci-après : la caisse ou l'intimée) en faisant valoir en substance les mêmes arguments que dans son courrier du 24 novembre 2015.

Par courriel du 7 janvier 2016, un collaborateur de la caisse a demandé à B. _____ de fournir des renseignements, en ces termes :

« (...).

- En quoi consiste concrètement le montant de **CHF 7'569.55 (One-off lump sum gross)** payé en septembre 2015 ?

(s'agit-il d'une indemnité de départ ? d'un bonus ou d'une prime liée à la performance de Madame T. _____ et/ou de l'entreprise etc. ?)

- Pouvez-vous nous confirmer que le **Bonus Premium, soit CHF 2'968.-** payé en juin 2015, concerne bien un bonus lié à la performance, selon le point 5 de son contrat de travail, pour votre année fiscale allant **d'avril 2014 à mars 2015** ?
- Pouvez-vous également confirmer que le montant de **CHF 8'961.65 (Paid Holidays)** concerne bien ses jours de vacances cumulés et non pris ?

Ces renseignements étant indispensables à son dossier, nous vous serions reconnaissants de bien vouloir nous les faire parvenir par courrier électronique **dans un délai de dix jours.**

Nous nous permettons de vous rappeler que *les employeurs doivent collaborer gratuitement à l'exécution des différentes lois sur les assurances sociales* (art. 28 LPGA). De plus, *ils établissent en temps utile les attestations que les travailleurs doivent produire lorsqu'ils font valoir leur droit aux prestations* (art. 88 LACI). »

Par retour de courriel du 22 janvier 2016, B. _____ a répondu ce qui suit :

« (...).

Concernant le montant de CHF 7'569.55 qui a été payé avec la dernière paie de Mme T. _____.

Actuellement [on est] en train de faire valider un changement de statut de nos conditions, il apparaît que Mme T. _____ aurait pu bénéficier de deux mois de préavis au lieu du seul que nous lui avons octroyé, si nous avions procédé (sic) à cette fin de contrat quelques mois après. Pour cette raison, nous avons décidé de lui verser un mois de salaire supplémentaire à titre de compensation. Je pense donc que vous pouvez considérer ceci comme une indemnité de départ.

Concernant le bonus premium, je confirme ici qu'il s'agit bien du bonus annuel lié à sa performance couvrant l'année fiscale d'avril 2014 à mars 2015.

Le dernier montant de CHF 8'961.65 correspond bien au versement de ses jours de congé non utilisés. »

Par décision sur opposition du 29 janvier 2016, la caisse a rejeté l'opposition du 5 janvier 2016 et a confirmé la décision rendue le 24 décembre 2015 par l'agence de [...]. Elle a en substance considéré que le montant de 7'569 fr. 55 versé à l'assurée en septembre 2015 devait être considéré comme une prestation volontaire de l'employeur à titre d'indemnité de départ et qu'il ne devait dès lors pas entrer dans le calcul du gain assuré. La caisse a fondé son calcul du gain assuré sur la base du salaire moyen des douze derniers mois de cotisations de l'assurée, celui-ci étant plus avantageux que celui sur les six derniers mois de cotisations. La caisse a dès lors confirmé le gain assuré fixé par l'agence à 7'782 fr. et le taux d'indemnisation de 70%, ce qui correspondait à une indemnité journalière de 251 fr. 05.

B. Le 29 février 2016, T. _____ a recouru contre la décision sur opposition du 29 janvier 2016 auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal. Elle conteste le montant du gain assuré et produit à cet effet une attestation de B. _____ du 29 février 2016, laquelle précise ce qui suit : « le montant de 7'569 fr. 55 qui a été versé à Madame T. _____ lors de son dernier mois de salaire fait partie intégrante de son salaire et n'est pas considéré comme une prime ou un bonus de départ ». La recourante conclut à ce que la valeur du gain assuré soit modifiée en conséquence et augmentée à 272 fr. par jour.

Par réponse du 4 avril 2016, l'intimée a conclu au rejet du recours. Elle confirme en substance que le montant de 7'569 fr. 55 doit être qualifié d'indemnité versée à bien plaisir à la recourante à l'occasion de son départ et qu'il doit être exclu du calcul du gain assuré.

Dans sa réplique du 14 avril 2016 la recourante a confirmé sa position en se référant à l'attestation de B. _____ du 29 février 2016 produite avec son recours.

Par duplique du 6 mai 2016, l'intimée a confirmé sa position.

E n d r o i t :

1. a) Les dispositions de la LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) s'appliquent à l'assurance-chômage (art. 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 sont sujettes à recours (art. 56 al. 1 LPGA) auprès du tribunal des assurances compétent, (art. 100 al. 3 LACI, 128 al. 1 et 119 al. 1 let. a OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]). Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA).

En l'occurrence, le recours a été interjeté dans le délai imparti par la loi et satisfait en outre aux autres conditions formelles de recevabilité (art. 61 let. b LPGA notamment), de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

b) La LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RS 173.36), s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD). La contestation porte sur le montant du gain assuré. Compte tenu des montants en jeu (l'intimée retenant un gain assuré de 7'782 fr., alors que la recourante prétend à un gain plus élevé qui tient compte d'un montant de 7'569 fr. 55 versé à l'intéressée avec son dernier salaire), la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 francs. La présente cause relève dès lors de la compétence d'un membre de la Cour

des assurances sociales statuant en tant que juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

2. a) En tant qu'autorité de recours contre les décisions prises par des assureurs sociaux, le juge des assurances sociales ne peut, en principe, entrer en matière – et le recourant présenter ses griefs – que sur les points tranchés par cette décision. De surcroît, dans le cadre de l'objet du litige, le juge ne vérifie pas la validité de la décision attaquée dans son ensemble, mais se borne à examiner les aspects de cette décision que le recourant a critiqués, exception faite lorsque les points non critiqués ont des liens étroits avec la question litigieuse (ATF 131 V 164, 125 V 413 consid. 2c, 110 V 48 consid. 4a).

b) La question litigieuse en l'espèce porte sur le montant du gain assuré et partant celle du montant de l'indemnité journalière applicable au délai-cadre d'indemnisation ouvert en faveur de la recourante du 1^{er} octobre 2015 au 30 septembre 2017.

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.

b) Conformément à l'art. 5 al. 2 LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 ; RS 831.10), le salaire déterminant provenant d'une activité dépendante comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Sont ainsi notamment inclus dans le salaire déterminant le salaire au temps, aux pièces (à la tâche) et à la prime, y compris les indemnités pour les heures supplémentaires, le travail de nuit et en remplacement, les allocations de résidence et de renchérissement, les gratifications, les primes de fidélité

et au rendement, les avantages appréciables en argent provenant de participations de collaborateur, les pourboires, s'ils représentent une part importante du salaire et les prestations en nature ayant un caractère régulier (art. 7 RAVS [règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.101]). Aux termes de l'art. 9 RAVS, le dédommagement pour frais généraux encourus, à savoir les dépenses résultant pour le salarié de l'exécution de ses travaux, n'est pas compris dans le salaire (al. 1). Par contre, ne font pas partie des frais généraux les indemnités accordées régulièrement pour le déplacement du domicile au lieu de travail habituel et pour les repas courants pris au domicile ou au lieu de travail habituel ; ces indemnités font en principe partie du salaire déterminant (al. 2).

c) Le salaire pris en compte comme gain assuré au sens de l'assurance-chômage se rapproche de la notion précitée de salaire déterminant au sens de la LAVS, mais ne se recouvre pas exactement avec celui-ci, ce qui ressort d'ailleurs de la formulation « normalement » contenue dans le texte légal de l'art. 23 al. 1 LACI (TF C 155/06 du 3 août 2007 consid. 5.1 ; cf. également Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n° 8 ad art. 23, p. 248 ; voir aussi Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, Ulrich Meyer [édit.], 3^e éd., Bâle 2016, ch. 303 p. 116). Certains montants perçus par le salarié, certes soumis à cotisations, n'entrent pas dans la fixation du gain assuré. Il en va ainsi de la rémunération des heures supplémentaires (ATF 129 V 105 ; TF C 139/05 du 26 juin 2006, consid. 4.1), de l'indemnité de vacances à certaines conditions (DTA 2000 n° 7 p. 33), des gains accessoires (ATF 126 V 207, 125 V 478 consid. 5a), d'un bonus versé une seule fois dans des circonstances particulières (DTA 2006 n° 27 p. 305), ou encore des indemnités pour inconvénients de service et indemnités de frais (Rubin, op. cit., n° 11 ad art. 23, p. 250 et DTA 1992 n° 14 p. 141). En revanche, aux termes de la jurisprudence fédérale, les allocations de renchérissement, les gratifications, ainsi que les primes de fidélité et de 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 (ATF 122 V 362 consid. 3 et les références ; TF C 139/05 du 26 juin 2006 consid. 4.1 ; TFA C 51/02 du 20 juin 2002, consid. 2a, C 45/01 + C 69/01 du 14 novembre 2001 consid. 5a).

Entrent ainsi notamment dans les composantes du gain assuré au sens de l'art. 23 al. 1 LACI, le salaire de base, au mois, à l'heure ou à la tâche, y compris le salaire ou l'indemnisation en cas de maladie, d'accident ou d'invalidité, les prestations en nature, au maximum jusqu'aux montants fixés dans la législation sur l'AVS, le 13^{ème} salaire et les gratifications, si l'assuré les a effectivement touchés ou s'il a intenté une action judiciaire pour faire reconnaître des prétentions qu'il a rendues crédibles - et ce indépendamment du fait qu'elles puissent faire ou non l'objet d'une action en justice - les commissions et les primes (rendement, fidélité), pour autant qu'elles aient été versées normalement et régulièrement (cf. Rubin, op. cit., n° 10 ad art. 23, p. 249). En revanche, le gain assuré ne comprend pas, entre autres, les indemnités pour frais et les primes versées dans des circonstances particulières et ne se présentant que de façon inhabituelle (cf. Rubin, op. cit., n° 11 ad art. 23, p. 250).

d) Enfin, il convient d'ajouter que par salaire normalement obtenu au sens de l'art. 23 al. 1^{er} LACI, il faut entendre la rémunération touchée effectivement par l'assuré. Le salaire contractuel n'est déterminant que si les parties respectent sur ce point les clauses contractuelles. Il s'agit en effet d'éviter des accords abusifs selon lesquels les parties conviendraient d'un salaire fictif qui, en réalité, ne serait pas perçu par le travailleur : un salaire contractuellement prévu ne sera dès lors pris en considération que s'il a réellement été perçu par le travailleur durant une période prolongée, sans faire l'objet de contestations (ATF 131 V 444 consid. 3.2 ; TF 8C_913/2011 du 10 avril 2012 consid. 3.1, TF C 155/06 du 3 août 2007, consid. 3.2).

4. Dans le cas présent, il n'est pas contesté que l'assurée a exercé une activité lucrative auprès de la société B. _____ du 1^{er} octobre 2011 au 30 septembre 2015. La méthode de calcul du gain assuré appliquée par l'intimée, sur la base des douze derniers mois de salaire de la recourante, n'est pas non plus remise en question. La recourante s'est

limitée à contester le fait que le montant de 7'569 fr. 55 n'ait pas été pris en compte dans le calcul du gain assuré.

a) L'intimée a retenu dans sa décision sur opposition du 29 janvier 2016 que l'employeur B._____ avait versé la somme de 7'569 fr. 55 comme une prestation volontaire à titre d'indemnité de départ. Partant, elle ne l'a pas pris en compte dans le calcul du gain assuré pour lequel elle a retenu un salaire moyen de 7'781 fr. 80 sur les douze derniers mois, soit d'octobre 2014 à septembre 2015 (93'381 fr. 20 / 12). Sur cette base, l'intimée a retenu une indemnité journalière de 251 fr. 05 à 70 % ($[7'781 \text{ fr. } 80 / 21.7] \times 70\%$).

La recourante estime pour sa part que le salaire mensuel moyen de 7'781 fr. 80 calculé par l'intimée ne correspond pas à la moyenne de son revenu des douze derniers mois, dès lors qu'il ne prend pas en considération la somme de 7'569 fr. 55. Elle fonde son argumentation sur l'attestation du 29 février 2016 émise par B._____ laquelle certifie que le montant de 7'569 fr. 55 fait partie intégrante de son salaire et n'est pas considéré comme une prime ou un bonus de départ. La recourante est d'avis que cette somme correspond à un bonus de performance et non à une prime de départ.

b) Dans la lettre de résiliation du 11 août 2015, l'employeur a indiqué à la recourante qu'elle percevrait, en plus de son dernier salaire, une somme forfaitaire brute (*gross lump sum*) de 7'569 fr. 55 en plus de son dernier salaire. Par courriel du 22 janvier 2016 à la caisse, à la question de savoir en quoi consistait exactement ce montant, l'employeur a répondu que la société était en train de modifier ses statuts, notamment le délai de préavis qui passerait de un à deux mois. L'employeur a indiqué que, pour cette raison, il avait été décidé de verser à la recourante « un mois de salaire supplémentaire à titre de compensation ». Il a ajouté que ce montant pouvait être considéré comme une indemnité de départ.

Comme le rappelle la jurisprudence, ce qui importe en définitive n'est pas tant la dénomination de la prime octroyée par

l'employeur, mais ses conditions et modalités de versements. Ainsi, doivent en effet être exclues du gain assuré les prestations uniques ou très occasionnelles, versées dans des circonstances particulières et ne se présentant que de façon inhabituelle (cf. consid. 3c supra).

En l'espèce, outre le fait que l'employeur a lui-même nommé le montant de 7'569 fr. 55 de « salaire supplémentaire à titre de compensation [...] indemnité de départ », il a également expliqué le contexte dans lequel cette somme avait été versée à la recourante, soit une modification des statuts de la société B._____, singulièrement la modification du délai de préavis en cas de licenciement de un à deux mois. Le versement de la somme de 7'569 fr. 55 à la recourante ne découle par conséquent pas d'une prestation professionnelle spéciale de sa part (bonus - gratification), mais de son départ et de son délai de préavis d'un mois. A fortiori, si l'on se réfère au lexique du contrat de travail de l'assurée, la clause 5.1 parle du versement d'un bonus en usant les termes « annual gratification compensation ». Dès lors, si l'employeur de l'assurée avait voulu lui verser un bonus, il aurait utilisé cette expression dans sa lettre de résiliation et non celle de « gross lump sum ».

Dans ce contexte, l'attestation de la société B._____ du 29 février 2016, établie ultérieurement à la lettre de résiliation du 11 août 2015 ainsi qu'au courriel du 22 janvier 2016 et, selon toute vraisemblance, à la demande de la recourante, ne peut être qualifiée de probante. Il y a donc lieu de considérer que la somme de 7'569 fr. 55 versée à la recourante est une prestation volontaire de l'employeur à titre d'indemnité de départ ayant un caractère exceptionnel.

Au surplus, il y a lieu de relever que l'employeur de la recourante a clairement précisé qu'un mois de salaire supplémentaire avait été versé à la recourante afin de compenser le fait qu'elle n'avait bénéficié que d'un mois de préavis. Cette indemnité de départ correspond ainsi à un salaire supplémentaire pour le mois d'octobre 2015. Or, il ressort des décomptes de la caisse que la recourante a été indemnisée

durant cette période de contrôle à concurrence de 1'577 fr. 30 (7 jours x 251 fr. 05 - charges sociales), ce qui lui est favorable.

c) L'ensemble des éléments précités permettent de conclure que le versement du montant de 7'569 fr. 55 procédait de circonstances tout à fait particulières qui ne se sont produites qu'une fois, à l'occasion de la cessation d'activité de la recourante. Dans cette mesure, on ne peut pas parler de salaire « obtenu normalement » au sens de l'art. 23 al. 1 LACI et c'est à juste titre que l'intimée n'en a pas tenu compte dans la fixation du gain assuré de l'intéressée conformément à la jurisprudence et la doctrine (cf. consid. 3, particulièrement 3c in fine).

5. a) En définitive, le recours, mal fondé, doit être rejeté ce qui entraîne la confirmation de la décision litigieuse.

b) La procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), il n'est pas perçu de frais de justice, ni alloué de dépens dès lors que la recourante n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA).

**Par ces motifs,
la juge unique
prononce :**

I. Le recours est rejeté.

II. La décision sur opposition rendue le 29 janvier 2016 par la Caisse Cantonale de Chômage, Division Juridique, est confirmée.

III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens.

La juge unique :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- T._____, à F._____,
- Caisse Cantonale de Chômage, Division Juridique, à Lausanne,
- Secrétariat d'Etat à l'économie, à Berne,

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).

La greffière :