

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 23 mai 2017

Composition : Mme BERBERAT, présidente
MM. Métral et Piguët, juges
Greffière : Mme Monney

Cause pendante entre :

C. _____, à [...], recourant,

et

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

Art. 23 et 24 LACI ; art. 5 LAVS.

E n f a i t :

A. C._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en 1972, a fondé la société R._____ (ci-après : la société ou l'employeur) le 30 décembre 2005. A teneur de l'extrait du Registre du commerce du canton de [...], il occupait la position d'associé gérant, avec droit de signature individuelle, et détenait la moitié du capital social, soit une part de 19'000 francs. G._____, épouse de l'assuré, était également inscrite comme associée gérante sans droit de signature et possédait une part de 1'000 francs. Depuis le 17 août 2009, l'assuré possède la totalité du capital social et la qualité d'associé gérant.

L'assuré s'est inscrit auprès de l'Office régional de placement de [...] le 14 mars 2016, comme demandeur d'emploi à 100%.

Aux termes du formulaire de demande d'indemnités remis à la Caisse cantonale de chômage, agence de [...] (ci-après : l'agence) le 15 mars 2016, l'assuré a sollicité des indemnités de chômage dès le 1^{er} avril 2016. Il a indiqué avoir travaillé du 1^{er} mai 2014 au 31 mars 2016 en qualité de responsable marketing et ventes pour le compte de l'entreprise Q._____ à [...]. Il a précisé avoir été licencié par son employeur le 8 décembre 2015 pour le 31 mars 2016 en raison d'un changement de stratégie de la société et avoir travaillé en dernier lieu le 11 mars 2016. Il a ajouté qu'il était employé comptable auprès de la société R._____ à [...] depuis le 1^{er} septembre 2014 et qu'il y travaillait le soir ou durant des jours isolés. Il a en outre répondu par l'affirmative à la question de savoir si lui ou son épouse avait une participation dans la société qui l'employait jusqu'ici, ou était membre d'un organe supérieur de décision de l'entreprise, tel qu'associé ou gérant d'une Sàrl.

Dans le cadre de l'examen de l'aptitude au placement de l'assuré, ce dernier a répondu le 6 avril 2016 à la demande du Service de l'emploi (ci-après : le SDE) du 30 mars 2016. L'agence est en outre entrée en possession des documents suivants :

- un certificat de salaire 2015 de Q._____ attestant un salaire net de 77'317 francs,
- un formulaire intitulé « Attestation de l'employeur » daté du 31 mars 2016 et signé par l'intéressé pour R._____, duquel il ressort que l'assuré est occupé en qualité de « employé de commerce/comptable/Administration » dès le 1^{er} septembre 2014 précisant qu'il travaillait rarement le soir et régulièrement le samedi. Le salaire mensuel était de 2'338 fr. 84. L'assuré avait ainsi perçu un salaire brut de 9'355 fr. 36 du 1^{er} septembre au 31 décembre 2014, de 28'583 fr. en 2015 et de 7'016 fr. 52 de janvier à mars 2016,
- un contrat de travail daté du 1^{er} septembre 2014 auprès de R._____, précisant que le temps de travail est de 5 à 8 heures par semaine réalisé avant 8h ou après 19h, voire le samedi et le dimanche,
- un récapitulatif de salaires de l'assuré d'avril 2015 à mars 2015 [recte : 2016],
- les décomptes de salaire de l'assuré de janvier à décembre 2015 de Q._____.

Par décision du 11 avril 2016, le SDE a considéré que l'assuré était apte au placement à 100% et qu'il avait droit à des indemnités journalières à compter du 1^{er} avril 2016, date de revendication, sous réserve des autres conditions du droit.

Dans le cadre de l'examen des autres conditions du droit, l'assuré a répondu le 10 mai 2016 à la demande de l'agence du 24 avril 2016. L'agence est en outre entrée en possession des documents suivants :

- un extrait du compte individuel de l'AVS du 3 mai 2016 faisant état d'un salaire de 32'800 fr. de janvier à décembre 2014 et de 36'227 fr. de janvier à décembre 2015 (pour R. _____),
- un certificat de salaire 2015 de Q. _____ attestant un salaire net de 77'317 francs,
- une liasse de décomptes bancaires de M. _____.

Par courriel du 11 avril 2016 à l'agence, Q. _____ a précisé que l'assuré avait perçu un bonus en août 2015 pour l'année 2014 (année entière/douze mois) d'un montant de 8'830 fr. 45, ainsi qu'un bonus en décembre 2015 (année entière/douze mois) de 10'258 francs.

Par courriel du 19 mai 2016, l'assuré a transmis un résumé de son compte courant pour la période allant du 1^{er} juillet au 31 décembre 2015 lequel avait la teneur suivante :

« Salaire	-14'033.40
2. Revenu locatif	-65'400.00
3. Paiement de R. _____ à C. _____	<u>94'357.58</u>
4. Solde en faveur de C. _____	14'924.18 »

Il a en outre donné les explications suivantes :

« (sic) 1. R. _____ a versé le salaire au conto corrente de C. _____, chaque mois de CHF 2'338.84, Totale 14'033.40
2. R. _____ a credité à C. _____ les revenus locatifs des fortunes de C. _____ de CHF 65'400.00
3. R. _____ a payé par paiement bancaire ses dettes conto-corrente de C. _____ de la totalité de CHF 94'357.58
4. La Société a versé tous les salaires et les revenus locatifs dans la période à C. _____ et a réduit les dettes conto corrente de C. _____ de 14'924.18.

J'espère que cette information déclare transparents la question, que l'employeur R. _____ a payé tous les salaires conformément à la déclaration des charges sociales comme AVS, ALV etc... ».

Par courriel du 20 mai 2016, l'agence a informé l'assuré qu'elle ne pouvait tenir compte d'un résumé annuel, mais avait besoin des détails de salaire mois par mois. Elle a ainsi interpellé l'assuré sur les

montants versés durant les années 2014-2016 pour déterminer quelle période de salaire était concernée et à quoi correspondaient les montants versés, lesquels oscillaient entre 2'000 et 20'000 francs. Par ailleurs, l'agence se demandait pour quelles raisons les salaires n'étaient pas versés régulièrement mois par mois. Enfin, selon l'extrait du compte individuel AVS, il avait cotisé pour l'année 2015 un salaire annuel de 36'227 fr., alors que si le salaire mensuel de l'assuré était de 2'733 fr. 33, il devrait avoir cotisé pour un salaire annuel de 39'279 francs.

Dans un courriel du 20 mai 2015 à l'agence, l'assuré a expliqué que le montant versé de 2'338 fr. correspondait au salaire, la différence étant le revenu locatif.

Par courrier du 25 mai 2016, R. _____ a notamment fourni les explications suivantes :

« In the audit from the past 5 years, we confirm hereby, that

- R. _____ has a floating loan as working capital from Mr. C. _____ to balance its liquidity since 8 years. The Current-Account is transparent showing all transactions
- All the salaries of Mr. C. _____ are paid monthly to the personal current account
- Mr. C. _____ receives monthly payment for Salary in first instance
- Mr. C. _____ receives rental income from R. _____ as landlord
- Mr. C. _____ receives reimbursements of R. _____ business expenses
- The outgoing payments from the R. _____ current-account excide by far all the salary allocated costs of Mr. C. _____ on an annual bases.
- All social security costs are paid quarterly to AHV and deducted on a monthly bases from gros salary »

Etaient en outre annexés à ce courrier deux tableaux récapitulatifs pour les années 2014 et 2015.

Par courrier du 1^{er} juin 2016, la Caisse a sollicité la production des décomptes bancaires sans filtres qui justifiaient le versement des salaires de septembre 2014 à mars 2016 auprès de R. _____, la déclaration d'impôts 2014 et 2015, la décision d'impôts 2014 et 2015. La

Caisse demandait en outre des explications concernant l'absence d'activité auprès de R._____ en avril 2016 (IPA). Si l'activité se poursuivait, elle enjoignait l'assuré à remettre une attestation de gain intermédiaire pour chaque mois dès le mois d'avril 2016, ainsi que le justificatif bancaire sans filtre.

Par courriel du 2 juin 2016, l'assuré a transmis à l'agence des extraits bancaires et les formulaires IPA d'avril et mai 2016.

Par décision du 16 juin 2016, l'agence a décidé d'ouvrir un délai-cadre d'indemnisation du 1^{er} avril 2016 sur la base d'une activité soumise à cotisation auprès de Q._____. Le gain assuré a été fixé à 6'533 francs. Dès le 1^{er} septembre 2014, l'assuré avait été engagé auprès de R._____ à [...], avec un contrat de travail stipulant un salaire mensuel convenu de 2'733 fr. 35. Par ailleurs, la Caisse a pris en compte comme gain intermédiaire à partir du 1^{er} avril 2016 le montant de 2'733 fr. 35 et lui a octroyé le paiement en compensation, soit 2'871 fr. 12 en avril 2016 et 3'111 fr. 97 en mai 2016.

Par courrier du 8 juillet 2016, agissant seul, l'assuré a contesté auprès de la Caisse cantonale de chômage, Division juridique (ci-après : la Caisse ou l'intimée) le montant du gain assuré retenu par l'agence dans ses décomptes d'indemnités de chômage d'avril et mai 2016, relevant qu'elle avait omis d'y inclure les salaires versés par R._____. L'assuré s'estimait doublement pénalisé, à savoir qu'il était tenu compte de son activité auprès de R._____ en tant que gain intermédiaire, alors que tel n'était pas le cas dans le cadre du calcul du gain assuré.

Dans le cadre de l'instruction du dossier, la Caisse a, par courrier du 27 juillet 2016, demandé à Q._____ d'expliquer de façon détaillée comment était constitué la somme de 30'000 fr. (par exemple salaire mensuel, commission, prime de départ etc...) et de quelle façon elle était répartie pour chaque période, soit de janvier à mars 2016.

Par courriel du 28 juillet 2016 à la Caisse, l'employeur a notamment indiqué que l'assuré avait reçu en un seul paiement les mois de janvier, février et mars 2016, soit un total de 16'800 fr. (5'600 fr. par mois), ainsi qu'un montant de 13'200 fr. représentant une « *provision held back* » pour la période allant du 1^{er} mai 2014 au 31 mars 2016, ajoutant que « *this amount concerns the entire period* ».

Le 17 août 2016, R. _____ a établi un avenant au contrat de travail de l'assuré, en ce sens que le salaire brut se montait à 440 fr. dès le 1^{er} novembre 2016, ce qui correspondait à une heure par semaine à 110 francs.

Par courrier du 18 août 2016 au SDE, l'assuré a fourni des renseignements au sujet de sa formation EMBA.

Le 6 septembre 2016, le SDE a informé l'agence que l'assuré remplissait les conditions relatives à l'aptitude au placement en lien avec la formation EMBA.

Par décision sur opposition du 21 octobre 2016, la Caisse a partiellement admis l'opposition du 8 juillet 2016, en ce sens qu'elle a décidé que l'indemnité journalière de l'assuré s'élevait à 252 fr. 80 dès le 1^{er} avril 2016, et a confirmé la décision sur la question de la prise en compte du gain intermédiaire. Elle a en substance relevé ce qui suit :

« En l'espèce, l'assuré a travaillé auprès de Q. _____ du 1^{er} mai 2014 au 31 mars 2016. L'opposant n'occupait pas de position assimilable à celle d'un employeur. Dans ce contexte, il a été possible de déterminer le GA de l'assuré sur la base des pièces usuelles, à savoir le contrat de travail du 25 avril 2014, l'attestation d'employeur du 4 avril 2016, les fiches de salaire et enfin les explications de l'employeur (courriels des 11.04.16 et 28.07.16).

Dans le cadre de son emploi auprès de Q. _____, son salaire mensuel brut se montait à CHF 5'600.-, versé douze fois l'an. Le 8 juillet 2016, bien après la fin des rapports de travail intervenue le 31 mars 2016, Q. _____ a établi une fiche de salaire mentionnant le versement à l'assuré d'une somme de CHF 30'000.-.

A ce propos, Q. _____ a informé l'agence que dans ce montant une somme de CHF 16'800.- correspondait aux salaires des mois de

janvier à mars 2016 (CHF 5'600.- x 3). Quant aux CHF 13'200.- restants (CHF 30'000.- - CHF 16'800), ils avaient été versés à l'opposant à titre de « provision field back » pour toute la période d'engagement soit du 1^{er} mai 2014 au 31 mars 2016 (courriel du 28.07.16).

Outre le salaire mensuel fixe et la provision précitée, l'employeur a également versé à l'opposant au mois d'août 2015 un bonus pour l'année 2014 d'un montant de CHF 8'830.45. En décembre 2015, l'employeur lui a versé CHF 10'258.- correspondant au bonus 2015 (courriel du 11.04.16). Pour finir, en mars 2015 et mai 2015, Q. _____ a versé à l'assuré une commission d'un montant respectif de CHF 435.50 et CHF 502.50.

Pour rappel, la date à laquelle les versements sont effectués est sans importance puisque en vertu du principe de survenance, le gain obtenu est pris en compte pour les mois de cotisation durant lesquels la prestation de travail a été fournie.

Il en découle que comme expliqué à juste titre dans la décision litigieuse, bien que versé en août 2015, soit durant la période de référence des douze derniers mois de cotisation, le bonus 2014 n'entre pas dans le calcul du GA puisque les prestations de travail y relatives ont été fournies durant les mois de janvier à décembre 2014, soit hors des limites de la période de référence.

Toujours en application du principe de survenance, dans la mesure où le bonus 2015 et la provision held back se rapportent respectivement aux douze mois de l'année 2015 et aux 23 mois d'activité, il y a lieu de les prendre en compte pour ces mêmes mois :

Bonus 2015 : CHF 10'258.- / 12 = CHF 854.83
Provision held back : CHF 13'200.- / 23 = CHF 573.91

Du 1^{er} octobre 2015 au 31 mars 2016, soit la période de référence des six derniers mois des rapports de travail, il y a lieu de tenir compte des revenus suivants :

Pour les mois d'octobre à décembre 2015 :

- Salaire mensuel fixe : CHF 5'600.-
- Bonus 2015 : CHF 854.83
- Provision held back : CHF 573.91
- Total par mois : CHF 7'028.75
- Total pour les 3 mois ici visés : CHF 21'086.25 (CHF 7'028.75 x 3)

Pour les mois de janvier à mars 2016 :

- Salaire mensuel fixe : CHF 5'600.-
- Provision held back : CHF 573.91
- Total par mois : CHF 6'173.91
- Total pour les 3 mois ici visés : CHF 18'521.73 (CHF 6'173.91 x 3)

Au cour[s] des six derniers mois d'activité, l'assuré a réalisé un revenu de CHF 39'607.98, soit un salaire mensuel moyen de CHF 6'601.35.

Du 1^{er} avril 2015 au 31 mars 2016, soit la période de référence des douze derniers mois des rapports de travail, il y a lieu de tenir compte des revenus suivants :

Pour le mois d'avril 2015 et les mois de juin 2015 à décembre 2015 :

- Salaire mensuel fixe : CHF 5'600.-
- Bonus 2015 : CHF 854.83
- Provision held back : CHF 573.91
- Total par mois : CHF 7'028.75
- Total pour les 8 mois ici visés : CHF 56'230.- (CHF 7'028.75 x 8)

Pour le mois de mai 2015 :

- Salaire mensuel fixe : CHF 5'600.-
- Bonus 2015: CHF 854.83
- Provision held back : CHF 573.91
- Commission : CHF 502.50
- Total par mois : CHF 7'531.25

Pour les mois de janvier à mars 2016 :

- Salaire mensuel fixe : CHF 5'600.-
- held back : CHF 573.91
- Total par mois : CHF 6'173.91
- Total pour les 3 mois ici visés : CHF 18'521.73 (CHF 6'173.91 x 3)

Au cour[s] des douze derniers mois d'activité, l'assuré a réalisé un revenu de CHF 82'282.98, soit un salaire mensuel moyen de CHF 6'856.90 arrondi à CHF 6'857.-.

Il en ressort que le salaire mensuel moyen calculé sur la base des douze derniers mois d'activité est plus favorable à l'opposant. Partant, à ce stade du raisonnement, il y a lieu de fixer le GA déterminant à CHF 6'857.-. Ce qui lui donne droit à une IJ de CHF 252.79, arrondi à CHF 252.80.

[...]

Pour finir, l'opposant n'a pas produit les décisions de taxation 2014 et 2015 ou les certificats de salaire 2014 et 2015 attestés par l'administration fiscale. Dès lors, on ignore si les salaires ont été déclarés aux impôts.

Il découle de ce qui précède que les justificatifs présentés ne permettent pas d'établir clairement les salaires effectivement versés pendant la période en cause.

Conformément à ce qui a été exposé, c'est donc à l'assuré de supporter les conséquences de l'absence de preuve ce qui implique

que les salaires réalisés auprès de R. _____ ne peuvent pas être pris en compte dans le calcul du GA.

9. Pour l'opposant, dans la mesure où les revenus réalisés dans le cadre de son activité auprès de R. _____ n'étaient pas considérés, ils ne pouvaient être pris en considération à titre de GI.

A ce sujet, il incombe de citer l'art 24 al. 1 LACI : « Est réputé 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 »

10. En l'occurrence, l'assuré a poursuivi son activité auprès de R. _____ pour laquelle il a retiré des revenus. Par conséquent, en application de l'art. 24 al. 1 LACI, ces revenus doivent être considérés comme des gains intermédiaires et ce, nonobstant le fait qu'ils n'entrent pas dans le calcul du GA. Au surplus, on ajoutera que si l'opposant avait débuté une activité en GI auprès d'un nouvel employeur, son salaire aurait constitué un GI sans pour autant influencer son GA.

11. Par ces motifs, l'opposition formée le 8 juillet 2016 est partiellement admise. La décision rendue le 16 juin 2016 par la CCh, Agence de [...], est modifiée en ce sens que « La caisse décide que votre indemnité journalière s'élève à CHF 252.80 dès le 1^{er} avril 2016 ». Au surplus, la décision de prise en compte du CI rendue le 16 juin 2016 par la CCh, Agence de [...], est confirmée. »

B. Le 31 octobre 2017, C. _____ recourt contre la décision sur opposition précitée auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal vaudois. Il conclut à sa réforme en ce sens que le gain assuré se monte à 12'242 fr. 67 X 80% = 451 fr. 32 (montant de l'indemnité journalière). En outre, il soutient que si le salaire auprès de R. _____ n'est finalement pas pris en considération dans le calcul du gain assuré, il ne devrait pas non plus être considéré comme un gain intermédiaire. Il ajoute enfin que Q. _____ a versé finalement un montant de 30'000 fr. pour les salaires de janvier à mars 2016.

Dans un mémoire ampliatif du 24 novembre 2016, l'assuré, représenté alors par Me Jana Burysek, conclut, sous suite de frais et dépens, à l'admission du recours, à l'annulation des décisions du 16 juin 2016 (de l'agence), principalement à sa réforme dans le sens de la fixation du montant de l'indemnité journalière qui ne doit pas être inférieur à 306 fr. 45, subsidiairement à 407 fr. 25, plus subsidiairement que la cause soit

renvoyée à l'autorité précédente pour nouvelle décision au sens des considérants.

Dans sa réponse du 9 janvier 2017, l'intimée conclut au rejet du recours et à la confirmation de sa décision sur opposition.

Par courrier du 2 février 2017, Me Burysek s'est dessaisie du dossier de l'assuré et a sollicité un délai complémentaire de 30 jours afin de préserver les droits de l'intéressé.

Le recourant ne s'est pas déterminé plus avant dans le délai fixé au 9 mars 2017.

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 Cour des assurances sociales est compétente pour statuer (art. 93 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) En l'espèce, le litige porte sur la question du montant du gain assuré, et partant celle du montant de l'indemnité journalière, applicables au délai-cadre d'indemnisation ouvert en faveur du recourant du 1^{er} avril 2016 au 31 mars 2018, ainsi que la prise en compte de l'activité auprès de R. _____ en tant que gain intermédiaire.

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. Le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (art. 37 al. 1 OACI). Il est déterminé sur la base du salaire moyen des douze derniers mois de cotisations si ce salaire est plus élevé que le salaire moyen visé à l'art. 37 al. 1 OACI (art. 37 al. 2 OACI).

b) 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. Le gain assuré ne comprend par contre notamment pas les indemnités pour frais et les allocations familiales (cf. Boris Rubin, op. cit, n° 10 et 11 ad. art. 23, p. 249 et 250).

c) 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).

d) 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 Bundesver-waltungsrecht [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 et C 69/01 du 14 novembre 2001 consid. 5a).

e) Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 353 consid. 5b ; 125 V 193

consid. 2 et les références citées; 121 V 45 consid. 2a). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 319 consid. 5a).

4. Dans le cas présent, il n'est pas contesté que le recourant a cotisé durant douze mois durant son délai-cadre de cotisation. Il a ainsi œuvré au sein de la société Q. _____ du 1^{er} mai 2014 au 31 mars 2016, auprès de laquelle il n'occupait pas de position assimilable à celle d'un employeur. Il remplit ainsi la condition relative à la période de cotisation au sens de l'art. 13 al. 1 LACI et bénéficie par conséquent d'un délai-cadre d'indemnisation du 1^{er} avril 2016 au 31 mars 2018. Est par contre litigieux le montant exact du salaire perçu auprès de l'entreprise précitée à prendre en considération pour le calcul du gain assuré selon l'art. 23 LACI.

a) L'intimée a retenu dans sa décision sur opposition du 21 octobre 2016 que dans le cadre de l'emploi précité, le salaire mensuel brut du recourant était de 5'600 fr. versé douze fois l'an. Le 8 juillet 2016, alors que les rapports de travail avaient pris fin le 31 mars 2016, l'employeur a établi une fiche de salaire mentionnant le versement à l'intéressé d'un montant de 30'000 francs. Par courriel du 28 juillet 2016 à l'intimée, Q. _____ a précisé que l'assuré avait reçu en un seul paiement les mois de janvier, février et mars 2016, soit un total de 16'800 fr. (5'600 fr. par mois), ainsi qu'un montant de 13'200 fr. représentant une « provision held back » pour la période allant du 1^{er} mai 2014 au 31 mars 2016 ajoutant que « this amount concerns the entire period ». Outre le salaire mensuel fixe et la provision précités, l'employeur a versé au recourant en août 2015 un bonus pour l'année 2014 d'un montant de 8'830 fr. 45, ainsi qu'en décembre 2015 un bonus pour l'année 2015 de 10'258 fr. (cf. courriel du 11 avril 2016 de l'employeur). Partant, l'intimée n'a pas pris en compte dans le calcul du gain assuré le bonus de 8'830 fr. 45 (correspondant à l'année 2014, soit hors des limites de la période de référence d'au maximum 12 mois pour le calcul du gain assuré). Le bonus de 10'258 fr versé en décembre 2015 pour l'année 2015 a par contre été retenu, ce qui correspond à un montant mensuel de soit

854 fr. 83 (10'258 fr. ./ 12). La provision de 13'200 fr. a également été prise en compte à raison de 573 fr. 91 par mois (13'200 fr. ./ 23 [nombre de mois au service de Q. _____]). L'intimée a ensuite comparé le salaire moyen obtenu durant la période de référence d'une part des six derniers mois des rapports de travail (du 1^{er} octobre 2015 au 31 mars 2016), soit un montant de 6'601 fr. 35 et d'autre part des douze derniers mois des rapports de travail (du 1^{er} avril 2015 au 31 mars 2016), soit un montant de 6'856 fr. 90. Sur cette base, l'intimée a retenu une indemnité journalière de 252 fr. 80 (arrondie) à 80% ($[6'856 \text{ fr. } 90 / 21.7] \times 80\%$).

Le recourant estime que l'intimée a mépris le principe de provenance, la « provision held back » ne se rapportant pas à un versement pour toute la durée d'activité. En effet, il s'agit d'un versement de salaire brut pour solde de tout compte pour la période du 1^{er} janvier au 31 mars 2016, comprenant le salaire mensuel, bonus, commissions, participation au chiffre d'affaires et autres suppléments salariaux, à l'exception d'un bonus pour la période du 1^{er} novembre au 31 décembre 2015 d'un montant de 1'667 francs. Il précise en outre que le bonus 2015 a été versé pour 10 mois, soit du 1^{er} janvier au 31 octobre 2015, en raison de la mutation du conseil d'administration de la société. Par conséquent, au cours des douze derniers, il a perçu un salaire mensuel moyen de 8'312 fr. 90, soit une indemnité journalière de 306 fr. 45.

b) En l'occurrence, les allégations du recourant relatives aux périodes concernées par le bonus perçu en 2015 et la provision versée en juillet 2016 ne sont corroborées par aucun élément au dossier. L'intéressé a au contraire occulté le principe de survenance et les réponses précises fournies par l'employeur quant à la nature des montants en question et quant à la période concernée par les versements. Ainsi, par courriel du 11 avril 2016 à l'agence, Q. _____ a précisé que le bonus perçu par l'assuré en décembre 2015 de 10'258 fr. concernait l'année entière, soit douze mois. Par courriel du 28 juillet 2016 à l'intimée, l'employeur a en outre indiqué que l'assuré avait reçu en un seul paiement les mois de janvier, février et mars 2016, soit un total de 16'800 fr. (5'600 fr. par mois), ainsi qu'un montant de 13'200 fr. représentant une « *Provision held back* » pour

la période allant du 1^{er} mai 2014 au 31 mars 2016 ajoutant que « *this amount concerns the entire period* ».

c) Dans ces conditions, il convient de considérer que la détermination du gain assuré – en lien avec le bonus 2015 et la *Provision held back* – telle que ressortant de la décision sur opposition litigieuse est justifiée. Par ailleurs, le recourant pouvant prétendre à l'indemnité de chômage à compter du 1^{er} avril 2016, c'est à juste titre que l'intimée a procédé au calcul du gain assuré sur la base d'une période de référence de douze mois allant d'avril 2015 à mars 2016 (cf. art. 37 al. 2 OACI), jugée plus favorable à l'intéressé – ce que celui-ci ne conteste pas. Sur ce point, le recours doit être rejeté.

5. Le recourant fait enfin grief à l'intimée de ne pas avoir pris en compte dans le calcul du gain assuré les revenus réalisés auprès de R._____ et de les avoir considérés dans le même temps comme gain intermédiaire.

a) Aux termes de l'art. 24 LACI est réputé 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 une compensation de la perte de gain (al. 1). Selon l'alinéa 3 de cette disposition légale, 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). Les revenus de plusieurs activités exercées à temps partiel sont cumulés pour l'examen de la prétention à la compensation de la perte de gain. Une prétention aux indemnités compensatoires n'existe que si le revenu global de la personne assurée demeure inférieur à l'indemnité de chômage à laquelle elle pourrait prétendre (ATF 127 V 479).

b) À teneur de l'art. 23 al. 1 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. Le montant maximum du gain assuré (art. 18 LPGA) correspond à celui de l'assurance-accidents obligatoire. Le gain n'est pas réputé assuré lorsqu'il n'atteint pas un montant minimum.

c) Aux termes de l'art. 23 al. 3 LACI, un gain accessoire n'est pas assuré. Est réputé accessoire tout gain que l'assuré retire d'une activité dépendante exercée en dehors de la durée normale de son travail ou d'une activité qui sort du cadre ordinaire d'une activité lucrative indépendante (art. 23 al. 3, seconde phrase, LACI). La notion d'accessoire du gain doit être comprise par rapport à celui provenant d'une activité principale. Comme tel et parce qu'il n'est pas soumis à cotisation et qu'il n'entre pas dans le calcul des indemnités de chômage, ce gain ne peut demeurer que dans un rapport de proportion faible avec le revenu de l'activité principale. A défaut de quoi, si ce gain venait régulièrement à se rapprocher ou dépasser le gain principal, l'activité ne pourrait plus être accessoire et le gain ne le serait pas davantage. C'est pourquoi une augmentation sensible du gain accessoire doit être considérée comme un gain intermédiaire et être prise en compte dans cette mesure dans le calcul de l'indemnité de chômage (ATF 123 V 230 consid. 3c p. 233 ; DTA 2014 p. 215, 8C_265/2014, consid. 2 ; DTA 2008 p. 154, C 252/06, consid. 3.3.1).

Selon le Bulletin LACI IC, Marché du travail/Assurance-chômage, janvier 2017 (C8-C11), un gain accessoire n'est pas assuré. Est réputé accessoire tout gain que l'assuré retire d'une activité dépendante exercée en dehors de la durée normale de son travail ou d'une activité qui sort du cadre ordinaire d'une activité lucrative indépendante. Si plusieurs rapports de travail courent parallèlement, est réputée durée normale de travail l'horaire hebdomadaire de travail normal de l'activité principale. Cela vaut même si le gain accessoire est supérieur au gain retiré de l'activité principale (ATF 125 V 475). Si l'assuré exerce deux activités à temps partiel au même taux d'occupation, est réputée accessoire l'activité

lui procurant le gain le plus bas. Un gain accessoire ne devient pas gain intermédiaire pendant le chômage. Par contre, si l'assuré étend son activité accessoire, le gain supplémentaire qu'il en tire sera considéré comme gain intermédiaire. Si, pendant le délai de congé ou sachant qu'il sera licencié dans un proche avenir, un assuré prend une activité lui procurant un gain accessoire, ce gain sera intégralement pris en compte comme gain intermédiaire lorsque l'assuré entrera au chômage.

6. a) En l'occurrence, le recourant a travaillé auprès de Q. _____ AG à 100% du 1^{er} mai au 30 septembre 2014, puis à 80% dès le 1^{er} octobre 2014. En effet, le temps de trajet jusqu'à [...], ses études en vue de l'obtention d'un EMBA (mai 2014 à juillet 2018), la séparation d'avec son épouse en septembre 2014 et la garde de son fils à 50% ne lui permettaient plus d'assumer son emploi à 100%. Il a ajouté que dès son inscription à l'assurance-chômage, il était disponible à 100% du lundi au vendredi, précisant qu'un poste de travail à 100% était prioritaire à sa formation laquelle était dispensée le week-end et durant les vacances (cf. courrier du 18 août 2016 de l'assuré au SDE).

b) Le recourant est en outre administrateur avec signature individuelle de R. _____ depuis le 30 décembre 2005, ainsi que cela ressort de l'inscription au RC. Il ressort du contrat de travail du 1^{er} septembre 2014 que le recourant travaille dès la date précitée auprès de R. _____, le temps de travail étant de 5 à 8 heures par semaine réalisé avant 8h ou après 19h, voire le samedi et le dimanche. Sur l'attestation d'employeur complétée le 31 mars 2016 par l'assuré pour le compte de R. _____, il est indiqué qu'il travaille à 20% depuis le 1^{er} septembre 2014 de manière régulière le samedi matin et en cas d'urgence le soir. Il perçoit un salaire mensuel de 2'733 francs. Invité à fournir des explications complémentaires, le recourant a, par courrier du 6 avril 2016 à l'agence, précisé que R. _____ s'occupait uniquement de la gérance d'un immeuble à [...], activité qui était déléguée à une employée, Madame [...], qui travaillait à 100%. L'intéressé évaluait sa propre activité à 10%, laquelle consistait à surveiller les baux à loyer et une facture par mois. En outre, il n'avait pas l'intention d'augmenter son activité dans la société,

mais plutôt de la réduire ou de la vendre. Il a ajouté que la société était surendettée et qu'elle n'avait souvent pas « le liquide » pour assumer son salaire.

c) L'existence d'un gain accessoire présuppose tout d'abord la réalisation parallèlement d'un gain principal. Tel était le cas de l'emploi qu'assumait le recourant à concurrence de 100 puis de 80 % auprès Q._____. Il faut par ailleurs que l'activité accessoire ne se développe pas de manière à ce qu'elle remplace, finalement, tout ou partie du temps que l'assuré consacrait, avant sa période de chômage, à son activité principale. En l'occurrence, à partir du 1^{er} octobre 2014, le 20% restant était consacré à la garde de son fils, ainsi qu'au suivi de cours EMBA, l'intéressé confirmant qu'il n'était plus en mesure d'assumer un poste à 100% pour ces motifs. Il sied en outre de relever que l'activité d'administrateur préexistait au chômage et était antérieure à la réduction de son taux d'activité de 100 à 80% auprès de Q._____ pour laquelle il percevait 5'600 fr. par mois à 80%. L'intimée a d'ailleurs relevé que s'agissant du décompte de salaires 2014, il convenait de retenir que le recourant avait déjà pris ses fonctions auprès de R._____ en janvier 2014. Quant à l'activité auprès de R._____, les documents – notamment bancaires – contenus dans le dossier ne permettent pas de retenir au degré de la vraisemblance prépondérante que l'intéressé a réellement perçu 2'733 fr. par mois, ce dernier admettant au demeurant qu'il n'avait pas toujours « le liquide » et que son activité se limitait à surveiller les baux à loyer et une facture par mois. En tout état de cause, le taux d'activité auprès de R._____ a été réduit dès le mois de novembre 2016, la rémunération passant de 2'733 fr. à 440 francs, ce qui correspondait désormais à une heure de travail par semaine (110 fr. par heure), compte tenu de la situation économique et du travail effectif (cf. attestation de gain intermédiaire de novembre 2016). Or, un gain accessoire réalisé durant le délai-cadre de cotisation ne devient un gain intermédiaire durant le délai-cadre d'indemnisation que s'il augmente sensiblement après la perte de l'activité principale (principe de l'obligation de diminuer le dommage à l'assurance). Ce n'est alors que la part de revenu supplémentaire (celle correspondant à l'augmentation sensible) qui

constitue un gain intermédiaire (ATF 123 V 230). En l'occurrence, le recourant a toujours affirmé que son activité d'administrateur ne lui prenait que quelques heures par mois, principalement le samedi. En tout état de cause, lors de son inscription à l'assurance-chômage, le recourant a indiqué rechercher un emploi à temps complet tout en maintenant son activité accessoire d'administrateur. On ne saurait dès lors qualifier de gain intermédiaire l'activité du recourant pour R._____ (laquelle avait déjà débuté durant le délai-cadre de cotisation, c'est-à-dire avant la survenance du chômage) et qui perdure postérieurement à la perte de l'activité principale auprès de Q._____, ce d'autant plus que le pourcentage de travail n'a pas varié, la rémunération étant restée identique, puis ayant été réduite dès le 1^{er} novembre 2016.

d) Par conséquent, s'agissant du gain accessoire tiré de l'activité d'administrateur de la société R._____, il ne saurait entrer en ligne de compte ni dans le gain assuré ni en tant que gain intermédiaire durant le chômage. Il résulte de ce qui précède que le recours doit être rejeté en ce qui concerne le calcul du gain assuré ; il est par contre bien-fondé s'agissant de la prise en compte de l'activité exercée auprès de R._____ en tant que gain intermédiaire.

7. a) Au regard de ce qui précède, le recours doit être partiellement admis, la décision entreprise étant réformée en ce sens que le salaire versé au recourant par la société R._____ ne constitue pas un gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI. La décision doit être confirmée pour le surplus et la cause renvoyée à l'intimée pour nouveau calcul des décomptes d'indemnités journalières.

b) Le recourant, qui obtient partiellement gain de cause, a droit à des dépens réduits qu'il convient de fixer à 500 fr. (art. 61 let. g LPG), l'intervention de son mandataire étant limitée à un mémoire ampliatif du 24 novembre 2016. Il n'est pas perçu de frais judiciaires (art. 61 let. a LPG).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
prononce :**

- I. Le recours est partiellement admis en tant qu'il porte sur la prise en considération d'un gain intermédiaire.
- II. La décision sur opposition rendue le 21 octobre 2016 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est réformée en ce sens que le salaire versé à C. _____ par la société R. _____ ne constitue pas un gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI. Elle est confirmée pour le surplus.
- III. La cause est transmise à l'intimée pour nouveau calcul des décomptes d'indemnités journalières.
- IV. L'intimée versera au recourant la somme de 500 fr. (cinq cents francs) à titre de dépens.
- V. Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

La présidente :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- C. _____,
- Caisse cantonale de chômage, Division juridique,
- Secrétariat d'Etat à l'économie,

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 :