

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 7 août 2017

Composition : Mme DESSAUX, présidente
Mme Rossier et M. Pittet, assesseurs
Greffière : Mme Monod

* * * * *

Cause pendante entre :

B. _____, à [...], recourant,

et

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, à Lausanne, intimée.

Art. 23 LACI ; art. 37 OACI.

E n f a i t :

A. B. _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), ressortissant suisse né en 1959, a exercé l'activité de gestionnaire du parc automobile et de chauffeur à plein temps auprès de la société U. _____ SA à compter du 1^{er} septembre 1982.

Cet employeur a résilié le contrat de travail le liant à l'assuré par correspondance du 27 juillet 2015 au motif de la suppression de son poste de travail. Les rapports de travail ont cependant pris fin avec effet au 31 mars 2016, en raison de périodes de maladie de l'assuré.

B. Ce dernier a sollicité des prestations de l'assurance-chômage à compter du 1^{er} avril 2016 en s'inscrivant auprès de l'Office régional de placement compétent et en adressant une demande formelle d'indemnité à l'attention de la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la Caisse ou l'intimée), soit pour elle son agence [...]. Etaient notamment joints à sa requête le contrat de travail signé le 9 janvier 2012, les fiches de salaire d'avril 2014 à mars 2016 et la convention de départ conclue avec U. _____ SA en date du 26 février 2016.

La Caisse a mis l'assuré au bénéfice d'un délai-cadre d'indemnisation couvrant la période du 1^{er} avril 2016 au 31 mars 2018. Elle a par ailleurs servi des indemnités journalières arrêtées à 256 fr. 25 compte tenu d'un gain assuré de 7'943 fr. et d'un taux d'indemnisation de 70%.

A la demande formulée par l'assuré dans un courriel du 2 juin 2016, la Caisse a réexaminé le montant du gain assuré et de l'indemnité journalière de chômage. Elle a fait parvenir à l'assuré une décision le 8 juin 2016 confirmant que le gain assuré devait être fixé à 7'943 fr. et l'indemnité journalière à 256 fr. 25 sur la période de référence de douze mois s'étendant du 1^{er} avril 2015 au 31 mars 2016.

C. L'assuré a contesté la décision précitée par correspondance du 6 juillet 2016, se prévalant notamment du certificat de salaire établi par U. _____ SA pour l'année 2015. Il a conclu à la reconnaissance d'un gain assuré de 137'839 fr. 70, respectivement 111'147 fr. après déduction de la prime de départ acquittée par son employeur.

Par décision sur opposition du 16 février 2017, la Caisse, soit pour elle sa Division juridique, a rejeté l'opposition de l'assuré et confirmé la décision du 8 juin 2016 émise par l'agence [...].

D. L'assuré a déféré cette décision sur opposition à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal par acte du 6 mars 2016. Il a conclu à son annulation, ainsi qu'à la prise en compte par la Caisse de la totalité des gains réalisés entre le 1^{er} avril 2014 et le 31 mars 2016 pour fixer le gain assuré et le montant de l'indemnité journalière. Il a premièrement rappelé les arguments soulevés au stade de la procédure d'opposition. Deuxièmement, il a reproché à la Caisse d'avoir procédé au calcul litigieux « sur les six derniers mois, et non pas sur les meilleurs six mois des deux dernières années » de son emploi.

La Caisse a produit sa réponse au recours le 7 avril 2017 et en a proposé le rejet, en se référant à la teneur de la décision sur opposition incriminée.

Invité à répliquer, l'assuré ne s'est pas déterminé plus avant de sorte que la cause a été gardée à juger.

Les faits seront au surplus repris en tant que de besoin aux termes du développement juridique infra.

E n d r o i t :

1. a) Sous réserve de dérogations expresses, 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 al. 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, à savoir celui du canton auquel appartient l'autorité qui a rendu la décision attaquée (art. 100 al. 3 LACI et 128 al. 2 OACI [ordonnance fédérale 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) et doit contenir un exposé succinct des faits et des motifs invoqués, ainsi que des conclusions (art. 61 let. b LPGA).

b) Dans le canton de Vaud, la LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 18 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 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). Elle prévoit la compétence de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal pour statuer (art. 93 let. a LPA-VD).

c) En l'espèce, le recours a été déposé en temps utile auprès du tribunal compétent. Il respecte par ailleurs les formes prescrites par la loi, de sorte qu'il est recevable.

2. a) En procédure juridictionnelle administrative, ne peuvent être examinés et jugés, en principe, que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée préalablement, d'une manière qui la lie, sous la forme d'une décision. La décision détermine ainsi l'objet de la contestation qui peut être déféré en justice par voie de recours (ATF 134 V 418 consid. 5.2.1). Les conclusions du recours déterminent, dans le cadre de l'objet de la contestation, le rapport juridique qui reste litigieux (objet du litige). Selon cette définition, l'objet de la contestation et l'objet du litige coïncident souvent. Ils sont identiques si la décision administrative est attaquée dans son ensemble. En revanche, lorsque le recours ne porte que sur une partie des rapports juridiques déterminés par la décision, les rapports juridiques non contestés sont certes compris dans l'objet de la contestation, mais pas dans l'objet du litige (ATF 125 V 413 consid. 1b et 2 avec les références citées ; Ulrich Meyer/Isabel von Zwehl, L'objet du litige en procédure de droit administratif fédéral, in : Mélanges en l'honneur de Pierre Moor, Berne 2005, p. 440).

b) Est en premier lieu litigieux le montant du gain assuré, partant le montant de l'indemnité journalière applicable au délai-cadre d'indemnisation ouvert en faveur du recourant du 1^{er} avril 2016 au 31 mars 2018. En second lieu, le recourant conteste la période de référence retenue par l'intimée pour procéder à la détermination dudit gain.

3. a) Aux termes de l'art. 23 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 correspond à celui de l'assurance-accidents obligatoire. Le gain n'est pas réputé assuré lorsqu'il n'atteint pas un montant minimum. Le Conseil fédéral détermine la période de référence et fixe le montant minimum (al. 1). 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 (al. 3).

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 [Tribunal fédéral] 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 LACI ; 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 (Boris Rubin, op. cit., n° 11 ad art. 23 LACI 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 [Tribunal fédéral des assurances] C 51/02 du 20 juin 2002 consid. 2a ; C 45/01 et 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 treizième 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. Boris Rubin, op. cit., n° 10 ad art. 23 LACI). 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. Boris Rubin, op. cit., n° 11 ad art. 23 LACI).

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 ; C 155/06 du 3 août 2007 consid. 3.2).

4. a) L'art. 37 OACI précise que 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 déterminé sur la base du salaire moyen des douze derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation si ce salaire est plus élevé que le salaire moyen visé à l'al. 1 (al. 2). La période référence commence à courir le jour précédant le début de la perte de gain à prendre en considération quelle que soit la date de l'inscription au chômage. A 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, le gain assuré est calculé conformément aux al. 1 à 3, mais au plus sur la moyenne annuelle de l'horaire de travail convenu contractuellement (al. 3bis).

b) En matière de commission ou de provision, on applique la règle selon laquelle un revenu est réputé réalisé au moment où l'assuré a fourni la prestation de travail rémunératoire (principe dit « de survenance ») et non pas au moment de l'encaissement (ATF 122 V 367 consid. 5b). Ce principe est valable aussi bien pour la détermination du gain intermédiaire que pour le calcul du gain assuré. Il est applicable également s'agissant de la prise en considération d'une prime censée rémunérer un travail accompli tout au long de l'année. Dans ce dernier cas, il convient de prendre en considération la prime au prorata de la partie d'année comprise dans la période de référence (TF 8C_472/2010 du

21 octobre 2010 consid. 5.2 ; 8C 757/2011 du 21 décembre 2011 consid. 3.3 et 3.4 ; Boris Rubin, op. cit., n°23 ad art. 23 LACI).

5. En l'espèce, s'agissant de la période de référence, l'intimée a correctement appliqué les règles fixées à l'art. 37 al. 1 et 2 OACI. Elle a retenu à bon droit une période de douze mois, et non de six mois, au titre de période de référence. Ce procédé s'avère favorable à l'assuré pour la fixation de son gain assuré, sa situation ne correspondant au surplus pas aux al. 3 et 3bis de cette disposition.

En effet, le contrat de travail conclu avec la société U. _____ SA en 2012 prévoyait un revenu fixe de 7'240 fr. par mois, versé treize fois, en sus d'une part variable du salaire, soit un facteur de 1.7 pour une atteinte à 100% des objectifs afférents à l'activité principale de gestionnaire du parc automobile. En outre, un montant de 1'200 fr., versé douze fois, était convenu annuellement pour une activité complémentaire de chauffeur (cf. contrat de travail des 15 décembre 2011 et 9 janvier 2012). Or, il ressort des fiches de salaire produites par le recourant en annexe à sa demande d'indemnité de chômage qu'il a cessé de bénéficier de l'indemnité forfaitaire de 100 fr. mensuels du fait de la vraisemblable cessation de l'activité complémentaire de chauffeur à compter d'avril 2015 (cf. fiches de salaire des mois d'avril 2015 à mars 2016). En revanche, conformément au contrat de travail susmentionné, son taux d'activité de 100% n'a pas varié ensuite de la cessation de son activité complémentaire, de sorte que l'intimée n'a pas à supporter la fin du versement de l'indemnité correspondante, quel que soit le pourcentage représenté par celle-ci par rapport au salaire principal.

Cela étant, on relève à l'examen des tables de calcul figurant au dossier de l'intimée que celle-ci a pris en considération le montant de 1'200 fr. en faveur de l'assuré dans la fixation de la période de référence déterminante (cf. fiches de calcul du gain assuré du 25 avril 2016). Elle a en effet porté à 7'943 fr. 35 le revenu mensuel soumis à cotisation réalisé entre le 1^{er} avril 2015 et le 31 mars 2016, alors que le revenu du 1^{er} octobre 2015 au 31 mars 2016 a été arrêté à 7'843 fr. 35, la différence de

100 fr. mensuels se rapportant manifestement au revenu prévu pour l'activité complémentaire de chauffeur.

Ce procédé, nettement favorable au recourant dans la mesure où il n'a précisément plus perçu le revenu complémentaire de 100 fr. par mois dès avril 2015, pourrait être réexaminé à son détriment. Il y sera toutefois renoncé ici compte tenu de la modicité d'un tel enjeu, tandis que l'intimée ne s'est de toute façon pas prononcée sur cette problématique.

6. Eu égard spécifiquement au montant du gain assuré pris en compte par l'intimée, le calcul opéré par cette dernière ne prête pas flanc à la critique. Elle a en effet exclusivement pris en compte le salaire fixe servi au recourant entre avril 2015 et mars 2016. Quand bien même l'assuré a régulièrement perçu des montants au titre de parts de salaire variable entre avril 2014 et mars 2015, tel n'a plus été le cas dès avril 2015 (cf. fiche de salaire de mars 2015 où a été mentionné le total de 11'625 fr. en qualité de parts de salaire variable et certificat de salaire 2015). Dès lors, en application du principe de survenance cité supra sous consid. 5b, les parts de salaire variable versées antérieurement à avril 2015 ne sauraient être intégrées en vue de la fixation du gain assuré.

En outre, dans les montants acquittés pendant la période de référence figure celui de 35'979 fr. 50 correspondant à l'indemnité versée au recourant en vertu de la convention de départ signée le 26 février 2016. Cette indemnité - certes soumise à cotisation sociale en vertu de l'art. 5 LAVS - n'a pas lieu d'être englobée dans le montant du gain assuré dans la mesure où il s'agit de facto d'un versement unique, effectué à titre exceptionnel. Elle ne revêt donc pas un caractère régulier ou usuel au sens de l'art. 23 al. 1 LACI (cf. également consid. 3c).

7. Vu les considérants qui précèdent, le recours de l'assuré doit être rejeté et la décision sur opposition du 16 février 2017 confirmée.

a) La procédure étant en principe gratuite, le présent arrêt est rendu sans frais (cf. art. 61 let. a LPGa).

b) Il n'est pas alloué de dépens, le recourant n'obtenant pas gain de cause (cf. art. 61 let. g LPGA).

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

- I.** Le recours est rejeté.

- II.** La décision sur opposition rendue le 16 février 2017 par la Caisse cantonale de chômage est confirmée.

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

La présidente :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi de photocopies, à :

- B. _____, à [...],
- Caisse cantonale de chômage, Division juridique, Lausanne,
- Secrétariat d'Etat à l'économie, Berne.

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 :