

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 14 décembre 2018

Composition : Mme DESSAUX, juge unique
Greffière : Mme Chaboudez

Cause pendante entre :

F. _____, à [...], recourant,

et

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, à Lausanne, intimée.

Art. 23 al. 1 LACI ; 37 OACI

E n f a i t :

A. F._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en 1976, a travaillé à partir du 1^{er} janvier 2015 comme développeur web pour la société L._____ SA, dont il était également directeur avec signature individuelle. Ayant reçu son licenciement pour le 31 décembre 2017 pour des motifs économiques, il a sollicité l'octroi d'indemnités de chômage à partir du 8 janvier 2018. Son inscription au registre du commerce a été radiée en date du 5 mars 2018.

L._____ SA a indiqué que le salaire de l'assuré avait été de 3'000 fr. par mois du 1^{er} janvier 2016 au 31 janvier 2017.

A la demande de la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la Caisse ou l'intimée), l'assuré a produit sa décision de taxation fiscale pour l'année 2016, dont il ressort que le revenu de son activité principale salariée avait été de 33'728 francs. Il a également transmis un décompte bancaire sur lequel apparaissaient les versements de salaire qu'il avait reçus depuis le 23 novembre 2016, un extrait de son compte individuel AVS qui faisait état d'un gain de 36'000 fr. pour 2016 et une confirmation d'inscription d'un revenu de 30'000 fr. à son compte individuel pour l'année 2017.

Par décision du 8 mars 2018, la Caisse a décidé de ne pas donner suite à la demande d'indemnités présentée par l'assuré pour la période du 8 janvier 2018 au 5 mars 2018, compte tenu du pouvoir décisionnel dont il disposait encore dans L._____ SA de par son inscription au registre du commerce. L'opposition formée par l'assuré contre cette décision a été rejetée par décision sur opposition du 5 juillet 2018.

La Caisse a rendu une décision en date du 13 avril 2018 aux termes de laquelle l'indemnité journalière de l'assuré se montait à 2'250 fr. dès le 13 avril 2018 (sic).

Par décision du 17 avril 2018, annulant et remplaçant la décision du 13 avril 2018, la Caisse a fixé le gain assuré de l'assuré à 2'250 fr., de sorte qu'il avait droit à une indemnité journalière de 82 fr. 95 dès le 6 mars 2018.

L'assuré a formé opposition contre cette décision par courrier daté du 27 mars 2018, reçu le 30 avril 2018. Il a précisé que les mouvements sur son compte postal étaient des montants nets et de surcroît mal calculés, et que les deux derniers salaires de 2017 n'avaient été payés qu'en 2018, de sorte qu'ils ne figuraient pas sur le relevé de compte fourni. Il a demandé à ce que son gain assuré soit fixé à 3'000 francs.

L'assuré a retrouvé un emploi à partir du 18 juin 2018 en qualité de « Technical Project Manager » auprès de W. _____ Sàrl, qui lui a permis de sortir du chômage. Ce contrat de travail a cependant été résilié pour le 13 juillet 2018, de sorte que l'assuré s'est réinscrit au chômage le 14 juillet 2018.

Sur demande de la Caisse, l'assuré a expliqué, par courriel du 13 juillet 2018, que la somme qui lui avait été versée le 12 février 2018 correspondait au salaire d'octobre 2017 et que les salaires de novembre et décembre 2017 n'avaient jamais pu être payés.

Par décision sur opposition du 18 juillet 2018, la Caisse a rejeté l'opposition formée par l'assuré contre la décision du 17 avril 2018, en retenant notamment les motifs suivants :

« 4. En l'espèce, le gain assuré a été fixé par la caisse à 2'250 fr., sur la base du salaire moyen des douze derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation, étant précisé que ce gain assuré était plus élevé que celui calculé sur la base des six derniers mois de cotisation.

Pour fixer le gain assuré, la caisse s'est fondée sur les extraits de compte bancaire fournis par l'assuré. Cette manière de faire est conforme à ce qui précède, compte tenu du fait que l'assuré avait

une position assimilable à celle d'un employeur auprès de L. _____ SA.

Dans la mesure où les extraits de compte n'indiquent que les montants nets perçus, la caisse a augmenté lesdits montants des charges sociales mentionnées sur le décompte de salaire produit par l'assuré afin de déterminer les revenus bruts. Ainsi, pour le mois de janvier 2017, l'assuré a perçu un montant net de 2'810 fr. 70 en date du 28 janvier 2017 ; le montant total des charges sociales étant de 6.31% selon le décompte de salaire 2017, le salaire brut doit être fixé à 3'000 fr. ($3'000 - 6.31\% = 2'810.70$). Le calcul pour les mois de février 2017 à décembre 2017 peut être résumé comme suit :

- Février 2017 : 2'810 fr. 70 net, soit 3'000 fr. brut
- Mars 2017 : 2'810 fr. 70 net, soit 3'000 fr. brut
- Avril 2017 : 2'810 fr. 70 net, soit 3'000 fr. brut
- Mai 2017 : 1'500 fr. net, soit 1'601 fr. 02 brut
- Juin 2017 : 1'000 fr. net, soit 1'067 fr. 34 brut
- Juillet 2017 : 1'310 fr. 70 net soit 1'398 fr. 97 brut
- Août 2017 : 1'810 fr. 70 net soit 1'932 fr. 65 brut
- Septembre 2017 : 2'810 fr. 70 net, soit 3'000 fr. brut
- Octobre 2017 : 2'810 fr. 70 net, soit 3'000 fr. brut
- Novembre 2017 : 0 fr.
- Décembre 2017 : 0 fr.

Ainsi et au total, durant l'année 2017, l'assuré a perçu un revenu brut de 27'000 fr.

Dans son opposition, l'assuré a indiqué que selon lui, la caisse avait omis de prendre en considération les revenus qu'il avait perçus en novembre 2017 et décembre 2017, qui ne lui ont été versés sur son compte bancaire qu'en 2018. Par e-mail du 13 juillet 2018 à l'autorité de céans, l'assuré a toutefois indiqué que les salaires de novembre et de décembre 2017 ne lui avaient en réalité jamais été payés. Or, dans la mesure où ces deux salaires n'ont jamais été touchés par l'assuré, ils ne peuvent pas être pris en compte dans le calcul du gain assuré.

Par conséquent, la rémunération annuelle de l'assuré s'élève à 27'000 fr. entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2017, comme retenu par la caisse. Son gain assuré est donc de 2'250 fr. et son indemnité journalière s'élève à 82 fr. 95. [...] »

B. Par acte du 6 août 2018, F. _____ a recouru contre cette décision sur opposition auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant implicitement à son annulation et à la prise en compte d'un gain assuré de 3'000 francs. Il a fait valoir que L. _____ SA lui avait versé un salaire de 3'000 fr. brut du 1^{er} janvier 2016 au 31 octobre 2017 et que c'était sur cette somme que les cotisations à l'assurance-chômage avaient été payées. Il a produit des extraits de son

compte postal sur lesquels apparaissaient les douze derniers salaires versés et a détaillé les dates de versement :

« Novembre 2016: 2810.70 soit 3000.- brut payé le 30.12.2016
Décembre 2016: 2810.70 soit 3000.- brut payé le 30.12.2016 et le 09.01.2017
Janvier 2017: 2810.70 soit 3000.- brut payé le 28.01.2017
Février 2017: 2810.70 soit 3000.- brut payé le 24.02.2017
Mars 2017 : 2810.70 soit 3000.- brut payé le 27.03.2017
Avril 2017 : 2810.70 soit 3000.- brut payé le 26.04.2017
Mai 2017: 2810.70 soit 3000.- brut payé le 30.05.2017
Juin 2017: 2810.70 soit 3000.- brut payé le 07.07.2017 et le 03.10.2017
Juillet 2017 : 2810.70 soit 3000.- brut payé le 30.08.2017 et le 03.10.2017
Août 2017: 2810.70 soit 3000.- brut payé le 06.09.2017 et le 03.10.2017
Septembre 2017 : 2810.70 soit 3000.- brut payé le 09.12.2017
Octobre 2017 : 2810.70 soit 3000.- brut payé le 12.02.2018 »

Dans sa détermination du 6 septembre 2018, la Caisse a maintenu sa position et proposé le rejet du recours.

E n d r o i t :

1. a) La LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) est, sauf dérogation expresse, applicable en matière d'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 peuvent faire l'objet d'un recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 56 al. 1 LPGA, 100 al. 3 LACI, 128 al. 1 et 119 al. 1 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]), dans les trente jours suivant leur notification (art. 60 al. 1 LPGA).

b) En l'occurrence, déposé en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 173.36]) et respectant les

autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

c) Vu la valeur litigieuse inférieure à 30'000 fr., la cause est de la compétence du juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

2. La question litigieuse en l'espèce est celle 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 dès le 8 mars 2018.

3. 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.

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^e 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 (Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n° 10 et 11 *ad* art. 23 LACI).

Par salaire normalement obtenu au sens de l'art. 23 al. 1 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).

Lorsqu'un assuré a uniquement le statut d'employé (et non celui de personne occupant une position assimilable à celle d'un employeur), que son salaire est fixé par contrat mais qu'il n'a pas été entièrement versé, une certaine marge de manœuvre est laissée aux caisses de chômage pour tenir compte du comportement classique de certains assurés qui veulent aider leur employeur en difficulté. Déroger à la règle du salaire effectivement perçu n'est toutefois possible que lorsqu'on peut pratiquement exclure tout abus tel que le fait de s'entendre sur des salaires fictifs qui ne sont en réalité pas payés. De tels abus sont possibles avant tout lorsque l'assuré a occupé une position assimilable à celle d'un employeur ou lorsqu'il est le conjoint de son ancien employeur (cf. Rubin, *op. cit.*, n° 15 *ad art.* 23 LACI ; également TF 8C_840/2010 du 14 janvier 2011 consid. 3.3).

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). La période de référence commence à courir le jour précédant le début de la perte de gain à prendre en considération quelle que soit la date de l'inscription au chômage ; à ce jour, l'assuré doit avoir cotisé douze mois au moins pendant le délai-cadre applicable à la période de cotisation (art. 37 al. 3 OACI).

4. a) En l'occurrence, le contrat de travail du recourant a été résilié pour le 31 décembre 2017, si bien que la perte de gain qu'il fait valoir dans le cadre du chômage a commencé le 1^{er} janvier 2018. La

période de référence pour le calcul du gain assuré s'étend par conséquent sur les six derniers mois ou sur les douze mois de l'année 2017. Le point de départ de la période de référence ne peut être reporté au 31 octobre 2017 comme le souhaiterait le recourant. La période de référence se calcule en effet sur la base des périodes de cotisations (renvoi de l'art. 37 al. 1 OACI à l'art. 11 OACI) et le recourant est présumé avoir cotisé jusqu'au terme des rapports de travail, la question de savoir si l'employeur a effectivement ou non versé les cotisations étant sans incidence dans ce contexte.

En outre, il importe peu que le délai-cadre d'indemnisation du recourant n'ait pour finir été ouvert qu'à compter du 6 mars 2018 en raison de son inscription au registre du commerce qui n'a été radiée qu'à partir de cette date. La période courant du 1^{er} janvier 2018 au 5 mars 2018 n'entre en effet pas dans la détermination de la période de référence de six (art. 37 al. 1 OAI) ou douze (art. 37 al. 2 OACI) mois permettant de calculer le gain assuré, ceci en raison de l'absence d'un rapport de travail entraînant le versement d'un salaire (cf. art. 37 al. 3 OACI).

b) Le recourant fait valoir que durant son emploi pour L._____ SA son salaire était de 3'000 fr. par mois et qu'il y a donc lieu de prendre en compte un gain assuré de 3'000 francs. Or, comme mentionné ci-dessus, ce n'est pas le salaire convenu contractuellement qui est décisif, mais le salaire effectivement perçu. Déroger à cette règle n'est envisageable que lorsqu'on peut pratiquement exclure tout abus, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence. En qualité de directeur de la société avec signature individuelle, le recourant avait en effet une position assimilable à un employeur et assumait un risque d'entreprise, qu'il n'y a aucune raison de répercuter sur l'assurance-chômage. Il ne pouvait par ailleurs ignorer les difficultés financières de la société puisqu'il ressort des décomptes bancaires produits que son salaire a été payé avec du retard et par acomptes à partir du mois de juin 2017. Comme le recourant le détaille dans son mémoire de recours, ses salaires des mois de juin, juillet et août 2017 ont été versés en retard en deux acomptes, le paiement de son salaire de septembre 2017 est intervenu en décembre 2017 et celui

d'octobre 2017 n'a été réglé qu'en février 2018. Le recourant admet par ailleurs qu'il n'a touché aucune rémunération pour les mois de novembre et décembre 2017. Le paiement des salaires a ainsi été subordonné à la bonne marche économique de la société, si bien que le risque d'absence de revenu a également dû être pris en compte. Or l'indemnité de chômage, qui se détermine selon le montant du gain assuré, n'a pas à être utilisée dans le but de couvrir le risque économique (cf. TF 8C_840/2010 précité consid. 3.3 et références citées). L'assuré ayant accepté de toucher une rémunération moindre pour son activité en 2017, il n'y a aucune raison de répercuter sur l'assurance-chômage un montant auquel il a renoncé compte tenu de la situation financière de la société.

c) Grâce aux documents produits, le recourant a établi qu'il avait perçu les sommes nettes suivantes :

- pour janvier 2017 : 2'810 fr. 70 le 28 janvier 2017 ;
- pour février 2017 : 2'810 fr. 70 le 24 février 2017 ;
- pour mars 2017 : 2'810 fr. 70 le 27 mars 2017 ;
- pour avril 2017 : 2'810 fr. 70 le 26 avril 2017 ;
- pour mai 2017 : 2'810 fr. 70 le 30 mai 2017 ;
- pour juin 2017 : 1'500 fr. le 7 juillet 2017 et 1'310 fr. 70 le 3 octobre 2017 ;
- pour juillet 2017 : 1'000 fr. le 30 août 2017 et 1'810 fr. 70 le 3 octobre 2017 ;
- pour août 2017 : 1'500 fr. le 6 septembre 2017 et 1'310 fr. 70 le 3 octobre 2017 ;
- pour septembre 2017 : 2'810 fr. 70 le 9 décembre 2017 ;
- pour octobre 2017 : 2'810 fr. 70 le 12 février 2018.

Si l'on considère les salaires bruts perçus par le recourant pour son activité durant les six derniers mois de cotisation, soit de juillet à décembre 2017, on obtient un total de 12'000 fr. (3'000 fr. versés pour les mois de juillet, août, septembre et octobre 2017), soit un salaire moyen de 2'000 fr. (12'000 / 6 mois).

En tenant compte d'une période de référence de douze mois, à savoir toute l'année 2017, le montant total des salaires versés s'élève à 30'000 fr., soit 3'000 fr. pour chaque mois à l'exception de novembre et décembre 2017.

Dans la décision sur opposition, le total des salaires bruts listés par la Caisse se monte à 24'000 fr. et non 27'000 fr. comme elle l'a calculé de manière erronée. Quoi qu'il en soit, il faut dans tous les cas ajouter à ces salaires les versements arrivés sur le compte épargne du recourant, qu'il a ensuite transférés sur son compte courant, soit 2'810 fr. 70 en date du 30 mai 2017, 1'500 fr. le 6 septembre 2017 et 1'310 fr. 70 le 3 octobre 2017. Convertis en montants nets, c'est donc sur une rémunération de 30'000 fr. et non de 27'000 fr. que doit être calculé le gain assuré du recourant en application de l'art. 37 al. 2 OACI. Il en résulte un gain assuré mensuel de 2'500 fr., montant qu'il convient de prendre en compte puisqu'il est supérieur à celui calculé sur une période de référence de six mois.

En définitive, le gain assuré du recourant doit être fixé à 2'500 fr., ce qui correspond à une indemnité journalière de 92 fr. 15 ($2'500 \times 80 \% / 21.7$; cf. art. 40a OACI).

On peut au demeurant encore préciser que l'emploi que le recourant a exercé auprès de W. _____ Sàrl n'a pas duré six mois, de sorte qu'il n'y a pas lieu de procéder à un nouveau calcul du gain assuré en application de l'art. 37 al. 4 OACI.

5. a) Le recours est partiellement admis, la décision attaquée étant réformée en ce sens que le recourant a droit à une indemnité journalière de 92 fr. 15 compte tenu d'un gain assuré de 2'500 francs.

b) 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 ayant agi sans le concours d'un mandataire (art. 61 let. g LPGA ; ATF 127 V 205 consid. 4b).

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

- I. Le recours est partiellement admis.

- II. La décision sur opposition rendue le 18 juillet 2018 est réformée en ce sens que le gain assuré du recourant est fixé à 2'500 fr. et son indemnité journalière à 92 fr. 15.

- III. Il est statué sans frais ni dépens.

La juge unique :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- M. F. _____,
- Caisse cantonale de chômage,
- 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 :