

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 26 mars 2024

Composition : M. PIGUET, président
Mmes Gauron-Carlin et Livet, juges
Greffier : M. Germond

Cause pendante entre :

D. _____, à [...], recourant, représenté par Me Corinne Monnard Séchaud,
avocate à Lausanne,

et

CAISSE CANTONALE DE CHOMAGE, à Lausanne, intimée.

Art. 26 al. 2 LPGA ; 23 al. 1 LACI ; 37 al. 1 - 3 OACI

E n f a i t :

A. a) D._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], travaillait depuis le 1^{er} juillet 2006 comme « Area Sales Manager » à plein temps pour le compte de la société A._____ SA à [...] (TI).

A._____ SA a changé de raison sociale à plusieurs reprises. Elle est ainsi devenue J._____ AG, puis K._____ SA et se nomme S._____ SA depuis le 12 octobre 2021.

L'assuré a présenté les incapacités de travail pour cause de maladie suivantes :

- 100 %, du 14 juin 2022 au 17 juin 2022;
- 100 %, du 20 juin 2022 au 17 juillet 2022;
- 50 %, du 18 juillet 2022 au 24 juillet 2022;
- 100 %, du 23 septembre 2022 au 7 octobre 2022;
- 100 %, du 21 octobre 2022 au 30 juin 2023.

Le 23 mars 2023, l'employeur a résilié les rapports de travail le liant à l'assuré au 30 juin 2023.

b) L'assuré s'est inscrit auprès de l'Office régional de placement (ORP) de [...] le 25 juin 2023, sollicitant des prestations de l'assurance-chômage dès le 1^{er} juillet 2023.

Selon les bulletins de salaire de l'assuré pour la période courant depuis le 1^{er} juillet 2022, le salaire mensuel brut de celui-ci était de 8'750 fr. versé en douze mensualités. En plus de son salaire, l'assuré a perçu des « bonus vente » et des « contributions d'intérêt hypothécaire » selon les modalités suivantes :

- | | |
|---|-------------|
| - Juillet 2022 : « bonus vente » | 4'200 fr.; |
| - Octobre 2022 : « bonus vente » | 4'200 fr.; |
| - Décembre 2022 : « contribution d'intérêt hypothécaire » | 6'200 fr.; |
| - Mars 2023 : « bonus vente » | 14'880 fr.; |
| - Avril 2023 : « bonus vente » | 3'800 fr.; |

- Juin 2023 : « contribution d'intérêt hypothécaire » 3'100 fr.

Sur demande de la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la caisse ou l'intimée), l'ex-employeur a expliqué, le 11 juillet 2023, ce qui suit concernant les contributions d'intérêt hypothécaire :

Dies ist ein interner Benefit (Hypothekarbeitrag) und wird ausbezahlt aufgrund der Hypothek für das Eigenheim. Der Benefit ist max. 1% auf 800'000 Hypothek und wird jeweils im Dezember dem Mitarbeiter überwiesen. Aufgrund des Austritts wurde anteilig für 6 Monate der Benefit vorzeitig ausbezahlt.

Ja, dieser Benefit ist AHV-pflichtig.

Par décision du 2 août 2023, la caisse a décidé que le gain assuré se montait à 10'973 fr., ce qui correspondait à une indemnité journalière de 404 fr. 55 dès le 3 juillet 2023. Elle a précisé que la prime de contribution d'intérêt hypothécaire n'était pas prise en compte dans le calcul du gain assuré car celle-ci n'était pas contractuelle et n'était pas un remboursement en lien avec l'activité de l'assuré au sein de l'entreprise S. _____ uisse SA.

Le 13 septembre 2023, l'assuré, par son assurance de protection juridique, s'est opposé à cette décision, faisant valoir que le calcul de son gain assuré était erroné. Selon lui, la caisse aurait dû tenir compte de la contribution d'intérêt hypothécaire négociée et prévue lors de la conclusion du contrat de travail, laquelle était un élément essentiel dudit contrat et faisait partie intégrante de son salaire. Il a ajouté qu'il n'aurait pas conclu de contrat de travail sans cette prime de contribution d'intérêt hypothécaire et que ladite contribution était versée régulièrement à l'ensemble des employés propriétaires de biens immobiliers et soumise à cotisations. Il était d'avis que la contribution d'intérêt hypothécaire de 6'200 fr., à savoir un montant de 3'100 fr. pour les six derniers mois de l'année 2022 et une somme de 3'100 fr. pour l'année 2023, devait être prise en compte dans le calcul du gain assuré.

Par décision sur opposition du 11 décembre 2023, la caisse a rejeté l'opposition de l'assuré et confirmé la décision du 2 août 2023, estimant que le calcul du gain assuré était correct.

B. Par acte du 26 janvier 2024, D._____, représenté par Me Corinne Monnard Séchaud, a recouru contre la décision sur opposition du 11 décembre 2023 devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant à la réforme de cette décision sur opposition en ce sens que les contributions d'intérêt hypothécaire des mois de décembre 2022 et juin 2023 devaient être prises en compte dans le calcul du gain assuré, si bien qu'il avait droit à une indemnité journalière d'un montant minimum de 433 fr. 10 dès le 3 juillet 2023, avec intérêts à 5 % l'an dès le 3 juillet 2025. A l'appui de son écriture, l'assuré a, en particulier, fait verser en la cause un courrier du 15 novembre 2018 de K._____ AG, un courriel du 22 janvier 2024 de S._____ Suisse SA et un règlement du 1^{er} janvier 2020 de cette société relatif au remboursement des intérêts sur les prêts hypothécaires.

Dans sa réponse du 27 février 2024, la caisse a maintenu sa position en renvoyant aux motifs de sa décision sur opposition du 11 décembre 2023 et, partant, conclu au 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 compte tenu des fériés (art. 38 al. 4 let. c LPGA) auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

2. Le litige a pour objet le montant du gain assuré du recourant, singulièrement la question de savoir si la contribution d'intérêt hypothécaire versée au recourant fait partie de son gain assuré.

3. a) Aux termes 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 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 (première phrase). Le salaire pris en considération comme gain assuré se rapproche de la notion de salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.10), mais ne se recouvre pas exactement avec celui-ci, comme cela ressort du terme « normalement » (« normalerweise » ; « normalmente ») utilisé à l'art. 23 al. 1 LACI (BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Zurich 2014, n. 8 *ad* art. 23 LACI).

b) 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 cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation 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).

c) Le gain journalier se détermine en divisant le gain mensuel par 21,7 (art. 40a OACI).

4. a) Dans sa décision sur opposition du 11 décembre 2023, l'intimée a, sur la base des explications fournies par l'ancien employeur le 11 juillet 2023, retenu que la contribution d'intérêt hypothécaire ne présentait aucun lien de causalité directe avec la prestation de travail du recourant, si bien qu'elle ne l'a pas prise en compte dans le calcul du gain assuré. Il n'était dès lors pas nécessaire de déterminer si ladite contribution était ou non convenue contractuellement. Pour le reste, l'intimée a confirmé le calcul du gain assuré basé sur la moyenne des douze derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation plus élevé que celui des six derniers mois en raison des « bonus vente » des mois de juillet 2022, octobre 2022, mars 2023 et avril 2023.

b) Le recourant est d'avis, pour sa part, qu'il conviendrait de tenir compte de la contribution d'intérêt hypothécaire - qu'il qualifie d'allocation de résidence ou de gratification - dans le calcul du gain assuré. A ce titre, il fait valoir que le gain assuré, basé sur la moyenne des douze derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation, doit comprendre le versement de la contribution d'intérêt hypothécaire du mois de décembre 2022 (6'200 fr.) et du mois de juin 2023 (3'100 fr.), en sorte que le gain assuré pour la période du 1^{er} juillet 2022 au 30 juin 2023 est de 11'748 fr. 55 ouvrant le droit à une indemnité journalière de 433 fr. 10.

5. a) A titre liminaire, il convient d'exposer, sur la base des pièces produites par le recourant, que la contribution d'intérêt hypothécaire consiste en une allocation versée annuellement aux employés de la société S. _____ uisse SA qui en font la demande et en remplissent les conditions. Cette contribution aide l'employé de l'entreprise à payer l'hypothèque d'un bien immobilier situé en Suisse ou à proximité de la frontière suisse dans un pays voisin, pour autant qu'il soit occupé par l'employé de manière exclusive et permanente (au moins cinq

jours par semaine). La contribution est de 1 % jusqu'à un maximum de 800'000 fr. par an sur les hypothèques en cours (soit 8'000 fr. au maximum par année). Selon les explications de l'employeur, la contribution d'intérêt hypothécaire est versée chaque année - *pro rata temporis* - sur la base d'un relevé des intérêts courants remis par l'employé.

b) La contribution litigieuse ne saurait être qualifiée d'allocation de résidence ou de gratification, comme le soutient le recourant. En effet, la contribution d'intérêt hypothécaire n'est pas assimilable à une allocation de résidence, dans la mesure où le versement de celle-ci n'est pas lié au lieu de résidence du travailleur, mais exclusivement à la qualité de propriétaire de celui-ci. De même, la contribution d'intérêt hypothécaire n'est pas assimilable à une gratification au sens de l'art. 322d CO, dans la mesure où celle-ci est une rétribution extraordinaire qui s'ajoute au salaire et qui est versée à certaines occasions, et qui dépend toujours dans une certaine mesure du bon vouloir de l'employeur (ATF 129 III 276 consid. 2). C'est le cas lorsque le montant de l'avantage ne dépend pas seulement de la réalisation d'un certain résultat commercial mais également d'une appréciation subjective de l'exécution personnelle du travail par l'employé. Un montant fixé et définitivement convenu à l'avance ne peut constituer une gratification (cf. ATF 142 III 381 consid. 2.1 et les références).

c) En réalité, la contribution litigieuse, en tant qu'elle est versée - *pro rata temporis* des rapports de travail - aux travailleurs qui en remplissent les conditions et que la fixation de son montant repose sur des critères objectifs convenus à l'avance, constitue un élément du salaire au sens de l'art. 322 CO qui fait intégralement partie du gain assuré au sens de l'art. 23 al. 1 LACI. Elle est du reste soumise à cotisations sociales.

6. Cela étant constaté, il convient de procéder à un nouveau calcul du gain assuré du recourant en tenant compte de ce qui précède.

a) Pour calculer le salaire moyen des six derniers mois précédant le délai-cadre d'indemnisation, il faut tenir compte du salaire de 60'099 fr. 90 perçu de janvier à juin 2023, auquel il convient d'ajouter la contribution d'intérêt hypothécaire de 3'100 fr., ce qui correspond à un salaire moyen arrondi de 10'553 fr. (63'199 fr. 90 / 6).

b) Pour calculer le salaire moyen des douze derniers mois précédant le délai-cadre d'indemnisation, il convient de tenir compte d'un salaire de 131'680 fr. 20 perçu du 1^{er} juillet 2022 au 30 juin 2023, auquel il convient d'ajouter la contribution d'intérêt hypothécaire de 6'200 fr., ce qui correspond à un salaire moyen arrondi de 11'490 fr. (137'880 fr. / 12).

c) Le salaire moyen le plus élevé est ainsi celui qui ressort des douze derniers mois de salaires. C'est donc un montant de 11'490 fr. qui doit être considéré comme gain assuré et qui doit servir à calculer les indemnités journalières dues au recourant.

7. Le recourant demande par ailleurs le paiement d'un intérêt de 5 % sur les prestations dues à partir du 3 juillet 2025.

a) Aux termes de l'art. 26 al. 2 LPGA, des intérêts moratoires sont dus pour toute créance de prestations d'assurances sociales à l'échéance d'un délai de vingt-quatre mois à compter de la naissance du droit, mais au plus tôt douze mois à partir du moment où l'assuré fait valoir ce droit, pour autant qu'il se soit entièrement conformé à l'obligation de collaborer qui lui incombe.

b) En l'espèce, le délai de vingt-quatre mois à compter de la naissance du droit aux prestations n'est clairement pas échu, de sorte que le recourant ne peut manifestement prétendre à aucun intérêt moratoire.

8. **a)** Sur le vu de ce qui précède, le recours doit être admis et la décision attaquée réformée en ce sens que le gain assuré déterminant pour le calcul de l'indemnité journalière dès le 3 juillet 2023 est fixé à 11'490 francs.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. f^{bis} LPGA).

c) Vu le sort de ses conclusions, le recourant a droit à une indemnité de dépens à titre de participation aux honoraires de son conseil (art. 61 let. g LPGA). Il convient d'arrêter cette indemnité à 2'000 fr., débours et TVA compris (art. 10 et 11 TFJDA [tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative ; BLV 173.36.5.1]), et de la mettre intégralement à la charge de l'intimée.

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
p r o n o n c e :**

- I.** Le recours est admis.

- II.** La décision sur opposition rendue le 11 décembre 2023 par la Caisse cantonale de chômage est réformée, en ce sens que le gain assuré de D._____ est de 11'490 fr. (onze mille quatre cent nonante francs).

- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

IV. La Caisse cantonale de chômage versera à D._____ une indemnité de 2'000 fr. (deux mille francs) à titre de dépens.

Le président :

Le greffier :

Du

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

- Me Monnard Séchaud (pour D._____),
- Caisse cantonale de chômage,
- Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO),

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :