

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 9 janvier 2025

Composition : Mme BERBERAT, présidente
M. Neu et Mme Brélaz Brillard, juges
Greffier : M. Genilloud

Cause pendante entre :

V. _____, à [...], recourante,

et

UNIA CAISSE DE CHÔMAGE, à [...], intimée.

Art. 23 al. 1 LACI ; 37 OACI

E n f a i t :

A. V._____ (ci-après : l'assurée ou la recourante), née en [...], a bénéficié d'un délai-cadre d'indemnisation courant du 7 juillet 2019 au 6 avril 2022. A la suite d'une nouvelle demande d'indemnités chômage déposée le 16 février 2022 auprès de l'ORP de [...], par laquelle l'assurée revendiquait des prestations de chômage à hauteur de 90 % à compter du 7 avril 2022, un second délai-cadre d'indemnisation courant du 7 avril 2022 au 6 avril 2024 a été ouvert.

Auparavant, l'assurée a notamment travaillé en qualité de conférencière à temps partiel pour le compte de M._____ AG (M._____ AG) et d'U._____ AG, respectivement du 1^{er} avril 2018 au 31 mars 2021 et du 1^{er} janvier 2019 au 31 janvier 2021. S'agissant de ce dernier emploi, elle a perçu un salaire jusqu'au 31 mars 2020 uniquement (cf. attestation de l'employeur du 29 mars 2021). Elle a également travaillé en qualité d'assistante de direction du 1^{er} septembre 2019 au 30 avril 2021 à N._____ (ci-après : N._____) à [...]. Cet employeur a mis fin au contrat de travail le liant à l'intéressée au motif que « les prestations et compétences de Mme V._____ ne correspondent pas suffisamment aux exigences du poste et de la fonction » (cf. attestation de l'employeur du 26 juillet 2021).

Par courrier informel du 8 juillet 2022, Unia Caisse de chômage (ci-après : la Caisse ou l'intimée) a informé l'assurée que le montant de ses indemnités de chômage à compter du 7 avril 2022 devaient être calculées sur la base d'un gain assuré de 8'558 francs.

Par décision du 6 juin 2023, rendue à la demande de l'assurée, la Caisse a formellement confirmé le gain assuré tel que fixé dans son courrier du 8 juillet 2022.

Par pli du 29 juin 2023, l'assurée a fait opposition à l'encontre de la décision précitée. En substance, elle faisait valoir que la Caisse n'avait tenu compte ni des salaires versés par U._____ AG, ni de la

« compensation de départ » de 6'623 fr. 10 versée par N._____ en avril 2021. Son gain assuré devait dès lors s'élever « à plus que 8'558 [francs] ».

Par pli du 11 octobre 2023, la Caisse a demandé des renseignements complémentaires aux anciens employeurs de l'assurée, notamment à N._____, désirant en particulier connaître la nature exacte de la « compensation de départ » d'un montant de 6'623 fr. 10 figurant sur la fiche de salaire du mois d'avril 2021.

N._____ a répondu le 30 octobre 2023, indiquant que la « compensation de départ » représentait un salaire versé à bien plaire.

Invitée à se prononcer sur les informations fournies par ses anciens employeurs, l'assurée a, par courriel du 17 décembre 2023, notamment indiqué que le montant de 6'623 fr. 10 versé par N._____ représentait une indemnité de départ aux termes de la convention « Mesures touchant le personnel lors de réorganisation » et qu'elle avait été obtenue à la suite d'une procédure de conciliation lors d'un litige ressortant au droit du travail.

Par décision sur opposition du 19 décembre 2023, la Caisse a rejeté l'opposition de l'assurée. En substance, elle a confirmé que le gain assuré de cette dernière, calculé sur la base de la moyenne des six derniers mois de cotisation, s'élevait à 8'558 fr. à compter du début du délai-cadre d'indemnisation, le 7 avril 2022. Elle a en particulier considéré que la « compensation de départ » perçue par la recourante au mois d'avril 2021 devait être considérée comme une prestation à bien plaire dans la mesure où il s'agissait d'une indemnité de départ et non pas d'un salaire pour cause de résiliation anticipée.

B. Par acte du 23 décembre 2023, V._____ a déféré la décision sur opposition du 19 décembre 2023 auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant implicitement à sa réforme, en ce sens que le montant du gain assuré s'élève à plus de 8'558 fr. dès le 1^{er}

mai 2021 et à ce que la Caisse soit condamnée à lui payer la somme due avec intérêt à 5 % l'an. En substance, elle faisait valoir qu'il devait être tenu compte, pour la fixation de son gain assuré, de l'indemnité de départ de 6'623 fr. 10 versée par N. _____ en avril 2021 ainsi que des salaires qu'elle a perçus en février et mars 2020 pour son travail auprès d'U. _____ AG. Elle a en outre indiqué qu'elle pourrait éventuellement à nouveau enseigner pour le compte de P. _____ AG (qui a racheté U. _____ AG), ce qui devait être pris en considération dans le calcul de son gain assuré.

Dans sa réponse du 2 février 2024, la Caisse a conclu au rejet du recours, renvoyant pour l'essentiel aux motifs contenus dans la décision sur opposition du 19 décembre 2023, relevant toutefois que le recours déposé par l'assurée dépassait l'objet de la contestation dans la mesure où il portait sur le montant du gain assuré retenu par la Caisse dès le 1^{er} mai 2021.

Par leurs écritures respectives des 15 février et 7 mars 2024, l'assurée et la Caisse ont chacune confirmé leurs conclusions.

Le 13 mars 2024, l'assurée a transmis son certificat de salaire pour l'année 2021 dans le but de démontrer que le montant de 6'623 fr. 10 litigieux était un salaire de départ.

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 ; BLV 173.36]) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

2. Le litige porte sur le montant du gain assuré calculé lors de l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation du 7 avril 2022 au 6 avril 2024, singulièrement la question de savoir si c'est à juste titre que l'intimée n'a pas intégré dans le calcul du gain assuré la « compensation de départ » d'un montant de 6'623 fr. 10 versée en avril 2021 par N._____ ainsi que les salaires perçus en février et mars 2020 par la recourante auprès d'U._____ AG. En revanche, il convient d'emblée de relever que la conclusion de la recourante portant sur le montant du gain assuré fixé lors de la réouverture de son dossier le 1^{er} mai 2021 excède l'objet du litige et doit être déclarée irrecevable.

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 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 (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, 2014, N 8 ad art. 23). Certains montants perçus par le salarié, certes soumis à cotisation, n'entrent pas dans la fixation du gain

assuré. Il en va ainsi de la rémunération des heures supplémentaires (ATF 129 V 105), de l'indemnité de vacances à certaines conditions (ATF 130 V 492 consid. 4.2.4), des gains accessoires (ATF 126 V 207 consid. 3a ; 125 V 475 consid. 5b) ou encore d'un bonus versé une seule fois dans des circonstances particulières (TF C 155/06 du 3 août 2007 consid. 5.1 et la référence citée). 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 citées ; TFA C 139/05 du 26 juin 2006 consid. 4.1 ; C 51/02 du 20 juin 2002 consid. 2a ; C 45/01 et C 69/01 du 14 novembre 2001 consid. 5a). Autrement dit, le terme juridique « normalement » vise à ne pas tenir compte, pour le calcul du gain assuré, des revenus obtenus par des activités dépassant le taux d'occupation normal d'un salarié et ainsi à offrir une couverture d'assurance se limitant à une activité normale et habituelle (TF 8C_902/2017 du 12 juin 2018 consid. 4.1).

aa) En matière de gratifications pour ancienneté de service et de primes de fidélité, le Tribunal fédéral a jugé que de telles prestations devaient toujours être incluses dans le gain assuré lorsqu'il s'agissait d'allocations convenues par contrat et qu'elles étaient effectivement et régulièrement versées, celles-ci étant accordés sans autres conditions dès que les conditions convenues à cet effet étaient réalisées (TF 8C_902/2017 précité consid. 4.6.1). Les gratifications pour ancienneté de service et les primes de fidélité étaient aussi considérées comme « normalement » obtenues lorsqu'elles étaient versées à intervalles éloignés (TF 8C_902/2017 précité consid. 4.5). Le montant devait alors être réparti proportionnellement sur toute la durée de l'activité à l'origine du supplément.

bb) A l'inverse, le Tribunal fédéral a considéré qu'un « bonus de présence » équivalent à trois mois de salaire, dont le versement n'était prévu qu'en raison de circonstances particulières – soit la fermeture définitive de l'entreprise en Suisse – et qui n'avait été versé qu'une seule

fois ne constituait pas un salaire normalement acquis au sens de l'art. 23 al. 1 LACI et ne devait pas être pris en compte pour le calcul du gain assuré (TFA C 139/05 du 26 juin 2006, in DTA 2006 p. 305).

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).

L'indemnité journalière pleine et entière s'élève à 80 % du gain assuré (art. 22 al. 1 LACI) ou à 70 % (art. 22 al. 2 LACI) pour les assurés qui n'ont pas d'obligation d'entretien envers des enfants de moins de 25 ans (let. a), qui bénéficient d'une indemnité journalière entière dont le montant dépasse 140 fr. (let. b) et qui ne touchent pas une rente d'invalidité correspondant à un taux d'invalidité d'au moins 40 % (let. c).

4. 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 ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent

raisonnablement en considération (ATF 144 V 427 consid. 3.2 ; 139 V 176 consid. 5.3 et les références citées).

5. a) En l'espèce, la recourante a tout d'abord bénéficié d'un délai-cadre d'indemnisation courant du 7 juillet 2019 au 6 avril 2022, (délai-cadre prolongé selon la réglementation alors applicable en lien avec la pandémie de Covid-19). Arrivant au terme de son délai-cadre d'indemnisation sans avoir retrouvé d'emploi, elle a sollicité et obtenu un nouveau délai-cadre d'indemnisation courant du 7 avril 2022 au 6 avril 2024, dont le délai-cadre de cotisation correspondait au délai-cadre d'indemnisation précédent, soit du 7 juillet 2019 au 6 avril 2022. Durant cette dernière période, la période de cotisation saisie par l'intimée était du 1^{er} avril 2020 au 30 avril 2021, dans la mesure où la recourante n'a, selon toute vraisemblance, pas exercé d'activité lucrative de mai 2021 à avril 2022 et perçu des indemnités de l'assurance-chômage dès le mois de mai 2021. Dans ce contexte, l'intimée a fixé le gain assuré de la recourante à 8'558 francs. Pour ce faire, elle s'est fondée sur la moyenne des six derniers mois de salaire soumis à cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation, soit du 1^{er} novembre 2020 au 30 avril 2021, en tenant compte des salaires réalisés auprès de M. _____ AG et de N. _____. Elle a toutefois exclu du calcul la « compensation de départ » de 6'623 fr. 10 versée en avril 2021 par N. _____, ainsi que les salaires versés par U. _____ AG en février et mars 2020.

b) La recourante estime que le montant de 6'623 fr. 10 versé en avril 2021 par N. _____ devait être pris en compte dans le calcul de son gain assuré.

A cet égard, la Cour de céans constate que le montant de 6'623 fr. 10 a été versé à la recourante à la suite de son licenciement le 30 avril 2024, sans pour autant constituer une indemnité pour résiliation anticipée des rapports de travail ; il a été versé à la recourante à la suite d'une procédure de conciliation liée à un litige de droit du travail opposant les parties. A cet égard, N. _____ a expressément confirmé, dans son courrier du 30 octobre 2023, avoir versé ce montant à titre d'indemnité de

départ à bien plaire. Certes l'on ne saurait se contenter uniquement de cette affirmation. Toutefois, il sied de relever que le montant litigieux, équivalent à un mois de salaire, excède les conditions salariales usuelles de la recourante et qu'aucun élément au dossier ne permet d'expliquer autrement le versement de ce montant (augmentation des responsabilités ou modification du contrat de travail par exemple) que par le licenciement de la recourante. Rien n'indique par ailleurs que cette dernière aurait, au cours de son activité pour N._____, reçu d'autres montants de cette ampleur en sus de son salaire. Le fait que « la compensation de départ » est intégrée dans le montant figurant sur le certificat de salaire pour l'année 2021 n'est, pour les raisons évoquées ci-avant (cf. *supra* consid. 3a), pas décisif. Ce dernier document atteste au contraire le caractère non périodique du montant litigieux. Pour le surplus, la convention « Mesures touchant le personnel lors de réorganisation » n'est d'aucun secours à la recourante. En effet, cette convention a pour but d'atténuer les conséquences pour le personnel des « mesures de compression » décidées par N._____. Ainsi, selon l'art. 2 de cette convention, le plan de mesures s'applique au personnel soumis au Règlement concernant les conditions de travail notamment (let. d) lorsque le licenciement est sans lien avec le rendement ou le comportement. Or, le licenciement de la recourante ne tire pas son origine dans la restructuration de N._____, mais dans les prestations et compétences insuffisantes de celle-ci au regard des exigences de son poste. Quand bien même le montant de 6'623 fr. 10 se fonderait sur l'art. 7 de la convention précitée, comme semble le prétendre la recourante, il faudrait quoi qu'il en soit considérer qu'il s'agit d'un versement exceptionnel lié au contexte particulier de la restructuration de N._____.

Ainsi, il convient de retenir que le montant de 6'623 fr. 10 que N._____ a octroyé à la recourante en avril 2021 constitue une indemnité de départ versée à bien plaire dans une situation unique et bien précise – en l'occurrence son licenciement – et ne fait donc pas partie du salaire normalement obtenu. Par conséquent, c'est à juste titre que la Caisse n'en a pas tenu compte dans le calcul du gain assuré.

c) Pour le reste, la recourante ne saurait être suivie lorsqu'elle fait valoir que les salaires qu'elle a perçus auprès d'U. _____ AG en février et mars 2020 doivent être pris en compte pour le calcul de son gain assuré, les salaires en question étant antérieurs à la période de cotisation de référence (1^{er} mai 2020 au 30 avril 2021). De même, on ne voit pas en quoi une éventuelle reprise d'activité pour le compte de P. _____ AG (qui a racheté U. _____ AG) serait pertinente en l'espèce.

d) Reste à établir, sur la base des éléments susmentionnés, et conformément à l'art. 37 al. 1 et 2 OACI, si c'est le salaire moyen des six derniers mois de cotisation (soit du 1^{er} novembre 2020 au 30 avril 2021) ou des douze derniers mois de cotisation (soit du 1^{er} mai 2020 au 30 avril 2021) précédant le délai-cadre d'indemnisation qui doit être pris en compte pour déterminer le gain assuré, étant précisé que le principe de la survenance (cf. ATF 122 V 367 consid. 5b ; TF 8C_318/2018 du 29 janvier 2019 consid. 5.2), principe selon lequel un revenu est réputé avoir été réalisé au moment où l'assuré a fourni la prestation de travail rémunératoire et non pas au moment de l'encaissement, est applicable.

Pour la période courant du 1^{er} novembre 2020 au 30 avril 2021, la recourante a perçu 43'050 fr. 18 (7'175 fr. 03 [13^{ème} salaire compris] x 6) de la part de N. _____ et 8'300 fr. (1'000 fr. en novembre 2020, 3'000 fr. en janvier 2021, 2'700 fr. en février 2021, 1'600 fr. en mars 2021 [cf. courrier du 16 octobre 2023 de M. _____ AG en réponse au courrier du 11 octobre 2023 de l'intimée]) de la part de M. _____ AG, soit un salaire moyen arrondi de 8'558 francs.

Pour la période du 1^{er} mai 2020 au 30 avril 2021, la recourante a perçu 86'100 fr. 36 (7'175 fr. 03 [13^{ème} salaire compris] x 12) de la part de N. _____ et 15'720 fr. (2'000 fr. en mai 2020, 3'000 fr. en juin 2020, 1'420 fr. en septembre 2020, 1'000 fr. en octobre 2020, 1'000 fr. en novembre 2020, 3'000 fr. en janvier 2021, 2'700 fr. en février 2021, 1'600 fr. en mars 2021 [cf. courrier du 16 octobre 2023 de M. _____ AG en réponse au courrier du 11 octobre 2023 de l'intimée]) de la part de M. _____ AG, soit un salaire moyen arrondi de 8'485 francs.

Ainsi, force est de constater que le calcul effectué par l'intimée doit en tout point être confirmé et c'est à bon droit qu'elle a fixé le gain assuré de la recourante sur la base des six derniers mois de salaire soumis à cotisation, plus favorable à celle-ci, soit 8'558 francs.

d) Pour le surplus, il convient de préciser que la jurisprudence citée par l'intimée dans la décision sur opposition litigieuse concernant les prestations volontaires (art. 11a LACI) ne concerne pas la fixation du gain assuré, mais la question de savoir si les prestations volontaires versées par l'employeur à la fin des rapports de travail repousse dans le temps le début du délai-cadre d'indemnisation, créant ainsi une sorte de délai de carence (Rubin, op.cit., N 1 ad art. 11a LACI, p. 115), ce qui n'est pas pertinent en l'espèce.

6. a) Au vu de ce qui précède, le recours, mal fondé, doit être rejeté.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. f^{bis} LPGA), ni d'allouer de dépens à la partie recourante, qui n'obtient pas gain de cause et a procédé sans mandataire qualifié (art. 61 let. g LPGA ; ATF 127 V 205 consid. 4b).

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

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision sur opposition rendue le 19 décembre 2023 par Unia Caisse de chômage est confirmée.
- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens.

La présidente :

Le greffier :

Du

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

- V. _____, à [...],
- Unia Caisse de chômage, à [...],
- Secrétariat d'Etat à l'économie, à Berne,

par l'envoi de photocopies.

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

Le greffier :