

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 20 juin 2011

---

Présidence de     Mme     DI FERRO DEMIERRE,  
Juges             : Mmes Thalmann et Röthenbacher,  
Greffière         :     Mme     Choukroun

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

**D.**\_\_\_\_\_, à Blonay, recourant,

et

**J.**\_\_\_\_\_, Division juridique à Lausanne, intimée,

---

**Art. 9 LACI; 23 LACI; 37 OACI**

**E n f a i t :**

**A.** D.\_\_\_\_\_ (ci-après: l'assuré ou le recourant) a travaillé en qualité de conseiller à la clientèle pour le compte de H.\_\_\_\_\_ SA, dès le 1<sup>er</sup> août 2005. Par courrier du 25 mars 2010, H.\_\_\_\_\_ SA a résilié les rapports de travail avec effet au 31 juillet 2010. Un litige est pendant entre D.\_\_\_\_\_ et son ancien employeur concernant le montant des salaires perçus entre juillet 2009 et juillet 2010. La J.\_\_\_\_\_, agence de la Riviera (ci-après: la caisse ou l'intimée), a ouvert à D.\_\_\_\_\_ un délai-cadre d'indemnisation du 2 août 2010 au 31 juillet 2012.

Par décision du 7 septembre 2010, la caisse a fixé l'indemnité journalière de l'assuré à un montant brut de 103.85 fr. dès le 2 août 2010. La caisse a expliqué qu'elle avait pris en considération la rémunération obtenue par l'assuré au sein de H.\_\_\_\_\_ SA pour son activité de conseiller à la clientèle sur une période de douze mois, soit un salaire mensuel moyen de 2'817 francs.

Par opposition du 4 octobre 2010, l'assuré a contesté la décision de la caisse, concluant à sa réforme en ce sens que son gain assuré est calculé sur une période de cotisation de 24 mois, plus favorable. A l'appui de son opposition, il arguait du fait qu'un litige était pendant entre lui et son ex-employeur concernant le montant de sa rémunération de juillet 2009 à juillet 2010, qu'il avait été en congé maladie entre juillet et décembre 2009 et enfin que jusqu'en juillet 2009, sa situation ne pouvait être comparée à celle d'un agent externe puisqu'il percevait un salaire "lissé" chaque mois.

La caisse a maintenu sa position dans une décision sur opposition datée du 16 février 2011.

**B.** Par acte du 18 mars 2011, l'assuré a déposé un recours contre cette décision sur opposition auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal. Il conclut à sa réforme en ce sens que le gain assuré

auquel il pouvait prétendre dès le 2 août 2010 est calculé sur la base des revenus obtenus durant les 24 mois précédant l'ouverture de son délai-cadre d'indemnisation. Il estime en outre que le montant de ses salaires de juillet 2009 à juillet 2010 est litigieux - un procès étant pendant entre lui et son ex-employeur - de sorte que selon lui, la caisse ne devait pas les prendre en considération pour calculer son gain assuré. A titre de mesure provisionnelle, il demande que son recours soit assorti de l'effet suspensif jusqu'à l'issue du litige l'opposant à son ex-employeur.

Dans sa réponse du 20 avril 2011, la caisse a maintenu sa position. Elle conclut au rejet de la demande de mesure provisionnelle et au rejet du recours.

### **E n d r o i t :**

**1.** Interjeté dans le délai légal de trente jours dès la notification de la décision entreprise, le recours est déposé en temps utile (art. 60 al. 1 LPGA [loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales; RS 830.1]); il satisfait en outre aux autres conditions légales (art. 61 let. b LPGA), de sorte qu'il est recevable à la forme.

La valeur litigieuse étant supérieure à 30'000 fr., la cause doit être tranchée par la cour composée de trois magistrats (art. 83c al. 1 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979, RSV 173.01]) et non par un juge unique (cf. art. 94 al. 1 let. a et 109 al. 1 LPA-VD [loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative; RSV 173.36]).

**2.** Le litige porte sur la période de cotisation à prendre en considération et sur le montant du gain assuré du recourant.

a) Il ressort de l'art. 9 al. 1 LACI que des délais-cadres de deux ans s'appliquent aux périodes d'indemnisation et de cotisation. Le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) a précisé que la LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.0) distingue deux types de délai-cadre, soit le délai-

cadre applicable à la période d'indemnisation et le délai-cadre applicable à la période de cotisation. Le délai-cadre applicable à la période d'indemnisation fixe la période durant laquelle l'assuré peut percevoir des prestations. Le délai-cadre applicable à la période de cotisation fixe le laps de temps durant lequel l'assuré doit avoir accompli la période de cotisation minimale ou justifier d'un motif de libération des conditions relatives à la période de cotisation (Circulaire relative à l'indemnité de chômage, ci-après: Circ. IC 2007, B35 à B37). Les délais-cadres de cotisation et d'indemnisation s'étendent en principe sur deux ans chacun et sont consécutifs (IC 2007, B38). Est déterminant pour fixer les deux délais-cadres le premier jour où l'assuré remplit toutes les conditions du droit à l'indemnité prévues à l'art. 8 al. 1 LACI, le délai-cadre d'indemnisation est ouvert à cette date tandis que le délai-cadre de cotisation commence à courir deux ans plus tôt (IC 2007, B41).

**3.** En l'occurrence, le recourant a revendiqué les indemnités de chômage à compter du 2 août 2010, de sorte que le délai-cadre de cotisation s'étend du 2 août 2008 au 1<sup>er</sup> août 2010, ce que le recourant ne conteste pas. Il estime toutefois que la caisse aurait dû calculer le montant de son gain assuré sur la base des revenus qu'il avait obtenus durant une période à 24 mois en application de l'art. 23 al. 3 et 13 LACI. Le recourant considère également que la caisse aurait dû appliquer à sa situation les art. 10g et 37 al. 3 OACI (Ordonnance fédérale du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage; RS 837.02).

Il convient cependant de préciser que l'art. 23 al. 3 LACI ne se réfère qu'au gain accessoire réalisé durant une période de contrôle (qui, par ailleurs, n'est pas assuré et ne peut donc pas être pris en compte dans le calcul du gain assuré). La référence à l'art. 13 LACI n'est également pas pertinente ici, cette disposition se référant aux périodes de cotisations minimales qui donnent droit aux indemnités de chômage. Quant à l'art. 10g OACI, il s'applique en lien avec l'art. 11a LACI qui vise les situations où l'employeur a accordé des prestations volontaires de départ lors de la résiliation des rapports de travail. Or, H. \_\_\_\_\_ SA n'a versé aucune

prestation volontaire, ce que par ailleurs le recourant ne prétend pas. L'article 37 al. 3 OACI établit bien que "l'assuré doit avoir cotisé douze mois au moins" mais cela ne signifie pas que la caisse puisse choisir une période de calcul du gain assuré supérieure à douze mois, donc différente de celle prévue à l'al. 1 (6 mois) ou à l'al. 2 (12 mois). Ces douze mois concernent toujours le nombre minimal de mois de cotisation en application de l'art. 23 al. 1 LACI. Ainsi, en l'espèce, la caisse intimée a bien pris en considération la bonne période de cotisation, celle des douze mois étant plus favorable à l'assuré que celle de six mois. Elle s'est par ailleurs fondée sur les activités et les revenus effectivement réalisés par l'assuré durant cette période. Le recours, mal fondé, doit être rejeté sur ce point.

**4.** Le recourant prétend que les salaires obtenus entre juillet 2009 et juillet 2010 sont litigieux et que par conséquent la caisse intimée ne pouvait les prendre comme référence pour calculer le gain assuré.

**a)** 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 (art. 23 al. 1 LACI).

L'art. 37 OACI précise à cet égard que le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation (al. 1); la période de référence commence à courir le jour précédent 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 (al. 3).

Lorsque le salaire varie en raison de l'horaire de travail usuel dans la branche ou du genre de contrat de travail, le gain assuré sera calculé sur les douze derniers mois, mais au plus sur la moyenne de l'horaire de travail convenu contractuellement (art. 37 al. 3<sup>bis</sup> OACI).

**b)** Entrent notamment dans le salaire déterminant: le salaire de base (au mois, à l'heure ou à la tâche); les prestations en nature, au maximum jusqu'aux montants plafonds fixés dans l'AVS; le 13<sup>ème</sup> mois de salaire et la gratification si l'assuré les a effectivement touchés; les commissions; les primes; les suppléments tels que les allocations de résidence et de renchérissement; les suppléments pour travail de nuit, travail par équipes, travail du dimanche et service de piquet si ces allocations sont normalement versées à l'assuré en raison de la nature de son poste de travail. En matière de commissions ou de provisions, il y a lieu d'appliquer le principe dit "de la survenance", selon lequel un revenu est réputé avoir été réalisé au moment où l'assuré a fourni la prestation de travail rémunérateur, et non au moment de l'encaissement (TF 8C\_358/2007 du 26 mai 2008, consid. 51. et les références); le montant en cause doit être imputé proportionnellement sur l'ensemble de la période à laquelle il se rapporte, de la même manière qu'un 13<sup>e</sup> salaire (TF C 195/03 précité, consid. 5.1 et les références; TF C 179/06 du 15 novembre 2006, consid. 4; Rubin, Assurance-chômage, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2006, ch. 4.6.4, p. 309).

N'entrent pas dans le salaire déterminant les heures dépassant le temps de travail contractuel; les suppléments pour autres inconvénients liés au travail, par exemple, primes de chantier ou de travail salissant convenues contractuellement; les primes d'ancienneté et de fidélité; les indemnités de frais; les allocations familiales et de ménages les allocations de vacances et pour jours fériés des travailleurs payés à l'heure. Elles doivent toutefois être prises en compte dans le calcul du gain assuré si le gain total obtenu ne dépasse pas le salaire maximum réalisable sans les allocations de vacances et pour jours fériés (Circ. IC 2007, C2).

**5.** En l'occurrence, le recourant a travaillé en qualité de conseiller à la clientèle auprès de H.\_\_\_\_\_ SA. La caisse a calculé le montant du gain assuré auquel il pouvait prétendre dès le 2 août 2010 en se fondant sur les documents usuels, soit l'attestation de l'employeur, signée par H.\_\_\_\_\_ SA le 21 juillet 2010, les fiches de salaires d'août 2009 à juillet 2010 ainsi que le contrat de travail "Conseiller à la clientèle" entré en

vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2010. La caisse a ainsi retenu un revenu de 16'302 fr obtenu entre le 1<sup>er</sup> février 2010 et le 31 juillet 2010 (période de six mois) et de 33'794 fr. du 1<sup>er</sup> août 2009 au 31 juillet 2010 (période de douze mois). Les salaires moyens mensuels étant de 2'717 fr., respectivement de 2'817 fr., la caisse a retenu la période de douze mois comme la plus favorable pour l'assuré, fixant dès lors le gain assuré à 2'817 francs.

Le litige pendant devant le juge civil qui oppose le recourant à son ex-employeur ne change rien à la période de référence pour le calcul du gain assuré. En effet, les prétentions du recourant face à son ancien employeur ne constituent pas un élément établi sur lequel la caisse pourrait se fonder. Si le recourant devait obtenir gain de cause dans le litige qui l'oppose à H.\_\_\_\_\_ SA, il pourra transmettre le jugement du juge civil à la caisse et revendiquer la réévaluation de son gain assuré en tenant compte de cet élément nouveau (art. 53 al. 1 LPGA).

**6.** En définitive, la demande de suspension au titre de mesure provisionnelle ne se justifie pas. Au demeurant, le recourant ne saurait déjà recevoir une indemnité basée sur un revenu litigieux, potentiellement plus élevé. Le calcul du gain assuré tel qu'effectué par la J.\_\_\_\_\_ doit être confirmé et le recours rejeté.

Le présent arrêt est rendu sans frais (art. 61 let. a LPGA) ni allocation de dépens (art. 61 let. g LPGA; art. 55 al. 1 LPA-VD).

**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 du 16 février 2011 est confirmée.

**III.** Le présent arrêt est rendu sans frais ni allocation de dépens.

La présidente :

La greffière :

**Du**

L'arrêt qui précède est notifié à :

- D. \_\_\_\_\_,
- J. \_\_\_\_\_, Division juridique, 1014 Lausanne,
- Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), à 3003 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).

La greffière :