

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 17 mars 2015

Composition : Mme PASCHE, juge unique

Greffière : Mme Berseth Béboux

Cause pendante entre :

P. _____, à Lausanne, recourant, représenté par Fortuna Compagnie d'assurance de protection juridique SA, à Lausanne,

et

CAISSE CANTONALE DE CHOMAGE, à Lausanne, intimée.

Art. 22, 23 al. 1 LACI ; art. 37 OACI

E n f a i t :

A. P._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], a travaillé pour le compte de la F._____ en qualité de « conseiller clientèle privée [...] » dès le 1^{er} mars 2010 à 100%. Par courrier du 4 juillet 2013, il a donné son congé pour le 31 octobre 2013.

L'assuré a sollicité l'octroi d'indemnités de chômage dès le 1^{er} novembre 2013 auprès de la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la caisse ou l'intimée). En annexe à sa demande, il a notamment produit son contrat de travail du 11 février 2010, prévoyant un salaire mensuel brut de 6'000 fr., treize fois l'an et une indemnité de repas de 130 fr. par mois, ainsi qu'un 13^{ème} salaire versé par moitié en juin et par moitié en novembre. Aux termes du contrat, les rapports de travail étaient également régis par la Convention collective nationale de travail de la W._____ et les accords annexes y relatifs, ainsi que par la « Directive [...] Boutique de la F._____ ».

Renseignant la caisse par le biais du formulaire « Attestation de l'employeur », la F._____ a confirmé que les rapports de travail avaient pris fin au 31 octobre 2013, date à laquelle avait été versé le dernier salaire. L'employeur a également fourni les bulletins mensuels de salaire de novembre 2012 à octobre 2013, desquels il ressort que l'assuré a perçu un salaire mensuel brut de 6'105 fr. et une indemnité de repas de 180 fr. en novembre et décembre 2012, ainsi qu'un 13^{ème} salaire à hauteur de 3'052 fr. 50 en novembre 2012. Durant l'année 2013, son salaire mensuel brut s'est élevé à 6'151 fr. 20, l'indemnité pour repas étant restée à 180 francs. En sus de ces montants, l'assuré a perçu :

- 2'000 fr. au titre d' « Achat Boutique F._____ » en janvier 2013, épuisant son avoir à ce titre pour l'année 2013, montant réduit ensuite de 330 fr. par compensation sur le salaire d'octobre 2013, compte tenu du départ de l'assuré au 31 octobre 2013 (cf. décompte de salaire d'octobre 2013)
- 1'000 fr. de « W._____ -Participation » en mars 2013,

- 3'075 fr. 60 au titre de 13^{ème} salaire en juin 2013, et
- 2'050 fr. 40 de solde de 13^{ème} salaire en octobre 2013.

La caisse a mis l'assuré au bénéfice d'un délai-cadre d'indemnisation couvrant la période du 1^{er} novembre 2013 au 31 octobre 2015. Elle a fixé le gain assuré à 6'803 fr. et le taux d'indemnisation de 80%.

Par courrier du 13 décembre 2013, représenté par Fortuna Compagnie d'assurance de protection juridique SA, l'assuré a contesté le gain assuré retenu par la caisse de chômage. Selon lui, il convenait d'ajouter au salaire mensuel brut et à la part du 13^{ème} salaire, d'un montant total de 6'663 fr. 80 (6'151 fr. 20 + 512 fr. 60), les montants de 167 fr. au titre de gratification « Achat Boutique F. _____ » et de 83 fr. 30 de participation. Son gain assuré s'élevait ainsi à 6'914 fr. 10. L'assuré a joint à son envoi la « Directive [...] Boutique de la F. _____ » ainsi que le « Règlement sur la participation financière dans la W. _____ ».

La « Directive [...] Boutique de la F. _____ », applicable à tous les collaborateurs, contient notamment les clauses suivantes :

« (...)

1. Champ d'application

La présente directive fait partie intégrante des contrats de travail du personnel permanent de la F. _____ soumis à la convention collective nationale de travail du groupe W. _____.

2. But

Avec la Boutique de la F. _____, la F. _____ désire permettre à ses collaborateurs de se faire un plaisir dans les domaines des hobbies, des cours/formations, du fitness/wellness, des abonnements et de la culture. Le montant mis à disposition doit servir d'incitation à l'achat d'une prestation inhabituelle, à la réalisation d'un souhait ou à la concrétisation d'une envie.
(...)

4. Montant des prestations

Les prestations s'élèvent par année civile à ce qui suit (base : poste à temps plein) :

- lors de la première année de service : CHF 500.-
- lors de la deuxième année de service : CHF 1000.-
- lors de la troisième année de service : CHF 1500.-
- lors de la quatrième année de service : CHF 2000.-

- lors de la cinquième année de service : CHF 2500.-
 - lors de la sixième année de service : CHF 3000.-
 - lors de la septième année de service et toute année civile supplémentaire (non limité) : CHF 100.- en sus.
- (...)

En cas d'entrée en service ou de départ durant une année, les prestations seront calculées pro rata temporis à partir de la date d'entrée ou de départ du collaborateur ou de la collaboratrice.

(...)

7. Exercice du droit

Les collaborateurs et collaboratrices conservent leurs quittances d'achat, remplissent le formulaire « Boutique de la F. _____ », agrafent les quittances et remettent le formulaire à leur supérieur, qui le vérifie et le vise avant de le transmettre pour paiement au service chargé de la comptabilité des salaires.

Ledit service paie le montant mentionné sur le formulaire remis, à concurrence du montant maximal mentionné au chiffre 4, avec le versement du prochain salaire.

Les pièces justificatives remises au service chargé de la comptabilité des salaires après le 10 décembre de l'année civile en cours ne peuvent plus être traitées ; la part des prestations de la Boutique de la F. _____ non réclamées est échue.

8. Assurances sociales / Impôts

Les prestations de la Boutique de la F. _____ sont traitées comme le salaire ; elles sont donc soumises aux déductions sociales usuelles (AVS, APG, AI, AC, AANP). Toutefois les prestations de la Boutique de la F. _____ n'étant pas assurées par la caisse de pension, cette déduction n'est pas effectuée. De même, les indemnités journalières de maladie ne sont pas prises en compte car il ne s'agit pas d'une allocation fixe. Pour les impôts, les prestations de la Boutique de la F. _____ font partie intégrante du salaire et sont donc décomptées à l'endroit correspondant sur le certificat de salaire. »

Quant au « Règlement sur la participation financière de la W. _____ », il prévoit notamment ce qui suit :

« 1. Dispositions générales

1.1 But

La W. _____-Participation a pour but d'assurer, sur les plans fonctionnel et financier, une participation accrue des collaboratrices et des collaborateurs au succès de W. _____. Elle récompense en même temps la fidélité attestée à l'entreprise.

1.2 Champ d'application

Le présent règlement est applicable aux entreprises W. _____ : [...], entreprises de production, de services et autres entreprises.

Le terme de « collaborateurs » utilisé par ce règlement désigne également les collaboratrices.

1.3 Ayants droit

Ont droit à la W. _____-Participation financière :

- tous les collaborateurs à temps plein ou temps partiel liés par un contrat de travail à une entreprise où s'applique le présent règlement et soumis à la Convention collective nationale de travail (CCNT), aux [...].

(...)

1.7 Garantie

La W. _____ [[...]] garantit le versement régulier de toutes les prestations dues au titre de la W. _____-Participation financière.

1.8 Eléments constitutifs de la W. _____-Participation financière

Les éléments constitutifs de la W. _____-Participation financière sont :

- les comptes de participation,
- le capital de base,
- les primes de fidélité,
- les éventuelles participations extraordinaires.

2. Le compte de participation

2.1 But

Toutes les prestations versées au collaborateur au titre de la W. _____-Participation financière sont créditées sur le compte de participation.

(...)

2.4 Entrée du collaborateur dans la W. _____

Un compte est ouvert à chaque ayant droit le jour de son entrée en fonction (engagement ou réengagement) ou le jour où l'intéressé acquiert le droit à la W. _____-Participation financière.

(...)

2.6 Collaborateur quittant la W. _____

Lorsqu'un collaborateur quitte la W. _____, son compte de participation est liquidé. Les intérêts sont calculés à la date de son départ.

2.9 Bonifications

La date d'échéance vaut comme date valeur.

Dès qu'elles sont acquises au collaborateur (c'est-à-dire après le délai d'attente du chiffre 3.1), les prestations reçues à titre de W. _____-Participation financière sont soumises au paiement des impôts et des assurances sociales tel que prévu par la loi.

(...)

2.11 Retraits / reversement des montants retirés

Pour autant qu'il dispose d'un montant disponible (voir chiffre 3.1) sur son compte de participation, le collaborateur peut effectuer des retraits en tout temps.

(...)

3. Prestations

3.1 Capital de base

Le collaborateur qui est membre du cercle des ayants droit à la W. _____-Participation financière selon chiffre 1.3 reçoit un capital de base de Fr. 4'000.-. Cette somme est créditée par tranches sur

son compte de participation (en fonction de son TA [taux d'activité])
comme suit :

1. Fr. 500.- à la fin du temps d'essai ;
Fr. 500.- à la fin de la première année de service.
Jusqu'à la fin de sa deuxième année de service, le collaborateur ne possède sur ces deux montants crédités qu'un droit à une prestation future. Ce n'est qu'au terme de sa deuxième année de service que le collaborateur devient propriétaire de ces montants et peut en disposer.
2. Fr. 1000.- à la fin de la deuxième année de service ;
Fr. 1000.- à la fin de la troisième année de service ;
Fr. 1000.- à la fin de la quatrième année de service.
Ces tranches du capital de base sont disponibles dès le moment où elles ont été créditées sur le compte de participation.

3.2 Primes de fidélité

Tout collaborateur faisant partie du cercle des ayants droit à la W. _____-Participation financière reçoit les primes de fidélité suivantes (en fonction de son TA [taux d'activité]) :

après	5 années de service	Fr. 1000.-
après	10 années de service	Fr. 2000.-
après	15 années de service	Fr. 3000.-
après	20 années de service	Fr. 4000.-
après	25 années de service	Fr. 5000.-
après	30 années de service	Fr. 6000.-
après	35 années de service	Fr. 7000.-
après	40 années de service	Fr. 8000.-

3.3 Participations extraordinaires

A l'occasion de certains événements et en cas de bonne marche des affaires, l'administration de la W. _____ peut décider des versements extraordinaires sur les comptes de participation.

Les détails de ces versements sont décidés au cas par cas.

(...) »

Le 30 janvier 2014, l'assuré a réitéré auprès de la caisse sa demande du 13 décembre 2013 tendant à la correction de son gain assuré, ou, à défaut, à ce qu'une décision formelle sur ce point lui soit notifiée.

Par décision du 3 avril 2014, la caisse a arrêté le gain assuré à 6'831 fr., correspondant selon elle à la moyenne des rémunérations obtenues par l'assuré durant les six derniers mois de travail auprès de la F. _____, soit du 2 mai au 31 octobre 2013. L'assuré s'est opposé à cette décision par acte du 19 mai 2014.

Statuant à nouveau dans une décision rectificative du 11 juin 2014, la caisse a procédé à une correction du gain assuré, qu'elle a fixé à 6'844 fr., correspondant au salaire de base de 6'151 fr. 20, à la part mensuelle du 13^{ème} salaire par 512 fr. 39 ainsi qu'aux frais de repas par 180 francs. Elle a notamment fait valoir que le montant de 1'000 fr. versé en mars 2013 au titre de «W. _____-participation » correspondait à une prime pour fidélisation, versée en capital durant les quatre premières années, avant d'être allouée sous forme d'une prime de fidélité dès la cinquième année. Quant aux achats « Boutique de la F. _____ », en l'occurrence de 1'670 fr., ils visaient à inciter le collaborateur à acheter une prestation inhabituelle ou à concrétiser une envie. Selon la caisse, aucun de ces deux montants ne faisait partie intégrante du salaire déterminant, de sorte qu'ils ne pouvaient pas être pris en compte dans le calcul du gain assuré. Sur la base du gain assuré retenu, l'indemnité journalière de l'assuré s'élevait à 252 fr. 30.

Le 20 juin 2014, l'assuré s'est également opposé à la décision rectificative du 11 juin 2014. Il a requis l'inclusion dans le gain assuré, en sus du montant de 6'844 fr. retenu par la caisse, de 167 fr. de gratification « Achat Boutique de la F. _____ », ainsi que de 83 fr. 33 de participation, portant selon lui le gain assuré déterminant à 7'094 francs.

Par décision sur opposition du 16 septembre 2014, la caisse a maintenu sa position. S'agissant de la prestation « Achat Boutique de la F. _____ », elle a invoqué que selon les informations obtenues de l'employeur, l'assuré avait été indemnisé à raison de 2'000 fr. en janvier 2013 pour les achats effectués durant le même mois. Toutefois, compte tenu de la fin des rapports de travail au 31 octobre 2013, l'employeur avait retenu 330 fr. sur le salaire d'octobre 2013, la prestation étant allouée au pro rata des mois travaillés. Les montants octroyés à ce titre progressant chaque année en fonction de l'ancienneté du salarié, les instructions du Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : SECO) commandaient de les exclure du gain assuré. Quant à la participation de 1'000 fr. perçue en mars 2013, elle avait manifestement pour but de fidéliser les employés ; constituant à ce titre une prime de fidélité, elle ne

pouvait pas non plus, selon les directives du SECO, être intégrée au calcul du gain assuré.

B. Par acte du 10 octobre 2014, P._____, toujours représenté par Fortuna Compagnie d'assurance de protection juridique SA, a recouru contre la décision sur opposition du 16 septembre 2014 de la caisse auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, en concluant à sa réforme en ce sens que son gain assuré soit fixé à 7'094 fr. et qu'un versement compensatoire soit effectué en regard des indemnités journalières versées depuis le 1^{er} novembre 2013 sur la base d'un gain assuré de 6'843 fr. 80. En substance, il fait valoir qu'à la somme de 6'843 fr. 80 (comprenant son salaire mensuel brut par 6'152 fr. 20, la part au 13^{ème} salaire de 512 fr. 60 ainsi que les frais de repas de 180 fr. par mois), doivent être ajoutées :

- la prestation « Achat de la Boutique F._____ », pour un montant de 167 fr. par mois, et
- la participation de 1'000 fr. reçue en mars 2013, correspondant à un montant mensuel brut de 83 fr. 33.

Il en déduit que son gain assuré s'élève en définitive à 7'094 fr. (soit 6'843 fr. 80 + 167 fr. + 83 fr. 33). Il relève au surplus que les montants précités sont dus par l'employeur, dans la mesure où ils sont prévus contractuellement. En outre, soumis à charges sociales, ils font partie du salaire déterminant au sens de la législation sur l'assurance-vieillesse et survivants (ci-après : AVS). Se référant tant à la jurisprudence qu'à la doctrine, il ajoute que les gratifications ainsi que les primes de fidélité sont incluses dans le salaire assuré. A titre de moyens de preuve, il requiert son audition ainsi que celle de son employeur.

Dans sa réponse du 11 novembre 2014, l'intimée propose le rejet du recours en renvoyant aux motifs développés dans sa décision sur opposition.

E n d r o i t :

1. a) 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 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, (art. 100 al. 3 LACI, 128 al. 1 et 119 al. 1 let. a OACI [ordonnance 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).

En l'occurrence, le recours a été interjeté dans le délai imparti par la loi et satisfait en outre aux autres conditions formelles de recevabilité (art. 61 let. b LPGA notamment), de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

b) La LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RS 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). La contestation porte sur le montant du gain assuré. Compte tenu des montants en jeu (l'intimée retenant un gain assuré de 6'844 fr., alors que le recourant prétend à un gain de 7'094 fr.), la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 francs. La présente cause relève dès lors de la compétence d'un membre de la Cour des assurances sociales statuant en tant que juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

2. a) En tant qu'autorité de recours contre les décisions prises par des assureurs sociaux, le juge des assurances sociales ne peut, en principe, entrer en matière – et le recourant présenter ses griefs – que sur les points tranchés par cette décision. De surcroît, dans le cadre de l'objet du litige, le juge ne vérifie pas la validité de la décision attaquée dans son ensemble, mais se borne à examiner les aspects de cette décision que le recourant a critiqués, exception faite lorsque les points non critiqués ont

des liens étroits avec la question litigieuse (ATF 131 V 164, 125 V 413 consid. 2c, 110 V 48 consid. 4a).

b) La question litigieuse en l'espèce est celle du montant du gain assuré et partant celle du montant de l'indemnité journalière applicable au délai-cadre d'indemnisation ouvert en faveur du recourant du 1^{er} novembre 2013 au 31 octobre 2015.

3. a) 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.

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 C 155/06 du 3 août 2007 consid. 5.1 ; cf. également Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Schulthess 2014, n° 8 ad. art. 23. p. 248 ; voir aussi Nussbaumer, Arbeitslosen-versicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], 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, p. 250 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 C 51/02 du 20 juin 2002, consid. 2a, TFA C 45/01 + 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 13^{ème} 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, p. 249). 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, p. 250).

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 du 10 avril 2012 consid. 3.1, TF C 155/06 du 3 août 2007, consid. 3.2).

4. a) En l'espèce, l'intimée a fondé la décision attaquée sur le Bulletin du SECO sur l'indemnité de chômage (ci-après : Bulletin LACI IC), lequel dispose que sont notamment intégrés dans le calcul du gain assuré :

- 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^{ème} mois de salaire et la gratification 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 ;
- 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.

Toujours selon l'autorité de surveillance, n'entrent par contre pas dans le salaire déterminant :

- les heures supplémentaires dépassant le temps de travail contractuel ;
(...)
- les suppléments pour autres inconvénients liés au travail, par ex. primes de chantier ou de travail salissant convenues contractuellement ;
- les primes d'ancienneté et de fidélité ;
- les indemnités pour frais ;
- les allocations familiales et de ménage ;
- les allocations de vacances et pour jours fériés des travailleurs payés à l'heure (Bulletin LACI IC, C2, janvier 2013).

Forte de ces directives, l'intimée a estimé que le poste « Achat Boutique de la F. _____ » d'un montant de 1'670 fr. (versement de 2'000 fr. en janvier 2013, suivi d'une rétrocession de 330 fr. à l'employeur, opérée par compensation sur le salaire d'octobre 2013) devait être assimilé à une prime d'ancienneté et ne pouvait pas être pris en compte dans le calcul du gain assuré. Tel était également le cas de la participation de 1'000 fr. versée en mars 2013, qui devait être exclue du gain assuré en sa qualité de prime de fidélité.

b) De son côté, le recourant conteste le montant du gain assuré retenu par l'intimée et requiert que les montants mensuels de 167 fr. (« Achat Boutique de la F. _____ ») et de 83 fr. 33 (« W. _____ - Participation ») soient ajoutés au gain de 6'844 fr. retenu par la caisse, ces prestations faisant selon lui partie du salaire déterminant.

c) Se pose dès lors la question de la qualification des prestations en cause.

aa) S'agissant de l'« Achat Boutique de la F. _____ », la « Directive [...] Boutique de la F. _____ », faisant partie intégrante du contrat de travail, prévoit la mise à disposition régulière, chaque année civile, de tous les collaborateurs permanents de la F. _____, de sommes d'argent destinées « à l'achat d'une prestation inhabituelle, à la réalisation d'un souhait ou à la concrétisation d'une envie » (cf. art. 2 de la directive). Les montants mis à disposition, croissant chaque année, sont définis par la directive, qui prévoit également un calcul du droit au pro rata en cas d'arrivée ou de départ d'un collaborateur en cours d'année civile (cf. art. 4 de la directive). L'employeur considère les sommes versées à ce titre comme partie intégrante du salaire, les annonçant comme tel sur le certificat à l'attention des autorités fiscales et prélevant les cotisations sociales (cf. art. 8 de la directive et décompte de salaire de janvier 2013). La prestation annuelle est versée sur présentation par le collaborateur d'une quittance d'achat d'ici au 10 décembre de chaque année au plus tard, les allocations non réclamées dans le délai étant « échues » (sic). Compte tenu de l'octroi de prestations de la boutique chaque nouvelle année civile et de l'augmentation des sommes allouées à ce titre également chaque année, force est de constater que les prestations prévues dans le cadre de la « Boutique de la F. _____ » tendent à récompenser les travailleurs de leur fidélité envers leur employeur et constituent à ce titre des primes de fidélité.

bb) Tel est également le cas de la « W. _____-Participation ». Le règlement y relatif le précise d'ailleurs expressément à son article 1.1, en indiquant que le but poursuivi est d'assurer une participation accrue des collaboratrices et des collaborateurs au succès de W. _____ et de récompenser la fidélité à l'entreprise. Ces prestations, également de nature pécuniaire, sont allouées à tous les collaborateurs soumis à la CCNT à la fin de chaque année de service sous forme d'un « capital de base » durant les cinq premières années, selon le barème prédéfini par le règlement (cf. art. 1.3 et 3.1 du règlement). A leur échéance, les montants sont crédités sur le compte de participation de l'employé. Celui-ci peut les retirer en tous temps, sous réserve des sommes allouées la première année de service, dont le salarié ne peut disposer qu'à la fin de la seconde

année (cf. art. 2.11 et 3.1 du règlement). Dès qu'elle est acquise au collaborateur, la « W. _____-Participation » est soumise au paiement des cotisations sociales et des impôts (cf. art. 2.9 du règlement et décompte de salaire de février 2013). A noter que dès la 5^{ème} année, les prestations sont allouées après chaque cinq ans de service (cf. art. 3.2 du règlement) et que l'employeur se réserve également la possibilité d'octroyer des participations extraordinaires à l'occasion de certains événements et en cas de bonne marche des affaires (cf. art. 3.3 du règlement). Si les participations extraordinaires visent à assurer une participation des salariés au résultat de l'entreprise, les deux autres prestations prévues par l'employeur dans le cadre de la «W. _____-Participation » (art. 3.1 et 3.2 du règlement) tendent clairement et principalement à fidéliser ses collaborateurs.

cc) Or, tant le Tribunal fédéral que la doctrine incluent les primes de fidélité dans les éléments déterminants pour le calcul du gain assuré au sens de l'art. 23 al. 1 LACI (cf. consid. 3c supra). Le dossier ne contient au demeurant aucun élément justifiant de préférer une solution contraire. Tel n'est notamment pas le cas du Bulletin LACI IC du SECO auquel se réfère l'intimée. Le SECO est habilité, en tant qu'autorité de surveillance chargée d'assurer l'application uniforme du droit en vertu de l'art. 110 LACI, à donner des instructions aux organes d'exécution. Cela étant, bien que de telles ordonnances, dites interprétatives, exercent par leur fonction une influence indirecte sur les droits et les obligations des administrés, elles n'en ont pas pour autant force de loi. En particulier, elles ne lient ni les administrés, ni le juge, ni même l'administration dans la mesure où elles ne dispensent pas cette dernière de l'examen de chaque situation individuelle. Par ailleurs, elles ne peuvent créer de nouvelles règles de droit, ni contraindre les administrés à adopter un certain comportement, actif ou passif. En bref, elles ne peuvent sortir du cadre de l'application de la loi et prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (cf. ATF 127 V 57 consid. 3a et les références citées). Or, en l'espèce, en excluant purement et simplement du gain assuré toutes les primes d'ancienneté et de fidélité, le SECO fixe une règle contraire à la jurisprudence constante du Tribunal fédéral et sort

du cadre posé par celle-ci. On remarquera au demeurant que le chiffre C2 du bulletin précité manque de clarté, dès lors que tout à la fois, le SECO y admet la prise en considération dans le gain assuré des « primes », mais exclut « les primes d'ancienneté ; de fidélité », sans que l'on ne sache très précisément quelle distinction il opère entre ces notions. Ce qui importe en définitive n'est pas tant la dénomination de la prime octroyée par l'employeur, mais ses conditions et modalités de versements. Ainsi, doivent en effet être exclues du gain assuré les prestations uniques ou très occasionnelles, versées dans des circonstances particulières et ne se présentant que de façon inhabituelle (cf. consid. 3c supra ; cf. également pour un exemple de bonus isolé : TFA C 139/05 du 26 juin 2006). Mais dès lors que, comme en l'espèce, chaque salarié de la société voit sa fidélité – et par essence son ancienneté, ces notions étant étroitement connexes – récompensée systématiquement chaque année, par des montants prédéfinis contractuellement, ces prestations représentent des allocations régulièrement versées et convenues contractuellement au sens de l'art. 23 al. 1 LACI. Elles comportent un caractère de régularité qui impose de leur reconnaître la qualité d'un revenu « obtenu normalement » et qui justifie de les prendre en considération dans le calcul du gain assuré fondant le droit aux prestations de l'assurance-chômage.

En définitive, il sied de conclure que c'est à tort que l'intimée n'a pas tenu compte des prestations allouées par la F. _____ sous la forme d' « Achat Boutique de la F. _____ » ainsi que de « W. _____ - Participation » dans le calcul du gain assuré du recourant. Ces prestations constituent un revenu « obtenu normalement » au sens de l'art. 23 al. 1 LACI et doivent être intégrées dans le calcul de son gain assuré. En cela, l'argumentation du recourant peut être suivie. En revanche, les modalités de calcul appliquées dans le cadre de son recours ne sont pas convaincantes, pour les motifs qui suivent.

5. a) Selon la jurisprudence en effet, pour la détermination du gain intermédiaire, comme pour le calcul du gain assuré, on applique la règle ordinaire du 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 le moment de l'encaissement (« principe de la survenance », ATF 122 V 367 consid. 5b ; DTA 2003 n° 24 p. 246 consid. 2 [arrêt C 269/02 du 23 janvier 2003] ; arrêt C 179/06 du 15 novembre 2006 consid. 4 et 5 ; cf. également Bulletin LACI IC, C2). C'est pourquoi, par exemple, les gratifications, allocations de renchérissement et primes de fidélité et de rendement doivent être imputées proportionnellement sur les autres mois de l'année pendant laquelle l'assuré a travaillé, de la même manière qu'un 13^{ème} salaire (ATF 122 V 366 consid. 4d ; cf. également DTA 1988 n° 15 p. 120 consid. 4). Il convient de prendre en considération la prime au pro rata de la partie d'année comprise dans la période de référence fixée pour le calcul du gain assuré (cf. Boris Rubin, op. cit, n° 23 ad art. 23 p. 254 et les références citées). Le Tribunal fédéral des assurances a fait une exception à ce principe dans le cas d'une prime composite de l'employeur servant à la fois à compenser le renchérissement non perçu pendant plusieurs années, à remercier le travailleur pour ses services et à le dédommager pour la perte de salaire due à une réduction de son taux d'occupation. Il n'était dans ce cas pas possible de rattacher l'allocation à une durée d'activité déterminée, de telle sorte qu'elle devait être prise en compte pour la période durant laquelle elle avait été touchée (DTA 2003 n° 24 p. 245). Le présent cas ne concerne toutefois pas une telle éventualité.

b) En l'espèce, en incluant au gain assuré les montants mensuels de 167 fr. au titre de la prestation de la « Boutique de la F. _____ » (1/10^{ème} du montant de 1'670 fr. dû pour 2013) et de 83 fr. 33 au titre de «W. _____-Participation » (1/12^{ème} de la somme de 1'000 fr. échue en février 2013 et versée en mars 2013), le recourant a cependant occulté ce principe de la survenance. Il convient dès lors de déterminer quelle période couvre chacune de ces prestations, compte tenu de leurs modalités d'octroi différentes.

aa) Les prestations de la « Boutique de la F. _____ » sont allouées pour chaque année civile, un droit au pro rata étant prévu en cas de départ ou d'arrivée du salarié en cours d'année civile (cf. directive ch. 4). En l'occurrence, selon ses dires, le recourant a bénéficié en 2012 des prestations de la boutique à raison de 1'500 fr. pour 12 mois, soit 125 fr.

pour chaque mois de l'année, montant au demeurant conforme à la directive précitée. En 2013, il a eu droit à un montant de 1'670 fr., pour dix mois, soit 167 fr. par mois, à savoir 2'000 fr. au pro rata de ses 10 mois de travail dans l'entreprise, de janvier à octobre 2013 (cf. décomptes de salaire de janvier et octobre 2013).

bb) La «W._____ -Participation » est quant à elle octroyée à l'issue de chaque année de service. Le capital versé en faveur du salarié intervenant en fin d'année de service, il récompense la fidélité dont il a fait preuve tout au long de l'année qui s'achève. Ainsi, la somme de 1'000 fr. versée sur le compte de participation du recourant en février 2013 se rapporte à sa troisième année de service, courant du 1^{er} mars 2012 au 28 février 2013 (compte tenu de son engagement au 1^{er} mars 2010), à raison de 83 fr. 30 par mois. Par contre, la prestation prévue en fin de quatrième année de service n'a pas été acquise, ladite année n'ayant pas été achevée en raison du départ du recourant au 31 octobre 2014. Dans cette hypothèse en effet, et contrairement à ce qui prévaut concernant les prestations de la Boutique de la F._____, l'employeur n'a prévu aucun versement au pro rata en cas d'année de service incomplète. Ainsi, la période s'étendant du 1^{er} mars au 31 octobre 2013 ne peut se voir rapporter aucun revenu au titre de « W._____ -Participation », dès lors que le recourant n'a pas acquis de droit à ce titre durant ces mois.

6. Selon l'art. 37 OACI, 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 par contre 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 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. A ce jour, l'assuré doit avoir cotisé douze mois au moins pendant le délai-cadre applicable à la période de cotisation (al. 3).

En l'occurrence, selon les certificats de salaire versés au dossier, le salaire mensuel brut du recourant s'est élevé à 6'105 fr. en 2012 puis à 6'151 fr. 20 en 2013. Durant ces deux ans, il a en outre perçu une indemnité de repas de 180 fr. par mois.

a) Une moyenne effectuée sur les six derniers mois (soit du 1^{er} mai au 31 octobre 2013, compte tenu de la perte de gain survenue le 1^{er} novembre 2013) équivaut à un gain assuré de 7'010 fr. 80, se décomptant de la manière suivante :

Salaire de base	6'151.20
+ part du 13 ^{ème} salaire	512.60
+ indemnité de repas	180.00
+ part « Achat Boutique F.____ »	<u>167.00</u>
Total :	<u>7'010.80</u>

Le principe de la survenance examiné supra (cf. consid. 5a et 5b/bb) ne permettant pas l'attribution de la "W.____-Participation » au-delà de février 2013, la moyenne effectuée sur les six derniers mois de salaire ne peut donc se voir majorée d'aucun montant à ce titre. C'est essentiellement sur ce point que le calcul opéré par le recourant ne peut pas être suivi.

b) Sur douze mois, soit du 1^{er} novembre 2012 au 31 octobre 2013, la moyenne des salaires s'élève à 7'023 fr. 20, selon le calcul suivant :

Salaire de base :	6'143.50	([2 x 6'105.-] + [10 x 6'151.20]) : 12
+ part du 13 ^{ème} salaire	511.95	([2 x 508.75] + [10 x 512.60]) : 12
+ indemnité de repas	180.00	
+ part « Achat Boutique F.____ »	160.00	(2 x 125.- + 10 x 167 : 2)
+ part «W.____-Participation »	<u>27.75</u>	(1000.- : 12 = 83.30 ; 83.30 x 4 : 12)
Total	<u>7'023.20</u>	

Le calcul sur la moyenne des douze derniers mois étant plus favorable à l'assuré, c'est le montant de 7'023 fr. 20 qu'il convient de retenir au titre de gain assuré sur la base de l'art. 37 al. 2 OACI. Compte tenu du taux d'indemnisation de 80% s'appliquant au recourant (cf. art. 22 LACI), son indemnité journalière s'élève à 258 fr. 90 (7'023.20 : 21.7 x 80% ; cf. art. 40a OACI).

7. Le dossier étant suffisamment complet pour permettre à la Cour de céans de statuer en pleine connaissance de cause sur le présent litige, il n'y a pas lieu de donner suite aux mesures d'instruction complémentaires requises par le recourant (à savoir son audition et celle de son employeur). De telles mesures d'instruction ne seraient pas de nature à modifier les considérations qui précèdent (appréciation anticipée des preuves ; cf. ATF 122 II 464 consid. 4a ; TF 8C_764/2009 du 12 octobre 2009 consid. 3.2, TF 9C_440/2008 du 5 août 2008), puisque les faits pertinents ont pu être constatés à satisfaction de droit.

8. Il résulte des considérants qui précèdent que le recours doit être partiellement admis et la décision attaquée réformée en ce sens que le gain assuré applicable au délai-cadre d'indemnisation couvrant la période du 1^{er} novembre 2013 au 31 octobre 2015 s'élève à 7'023 fr. 20, ce qui correspond à une indemnité journalière de 258 fr. 90.

9. **a)** Aux termes de l'art. 61 let. g LPGA, le recourant qui obtient gain de cause a droit au remboursement de ses frais et dépens dans la mesure fixée par le Tribunal, leur montant devant être déterminé sans égard à la valeur litigieuse, d'après l'importance et la complexité du litige.

Obtenant partiellement gain de cause avec l'assistance d'un mandataire professionnel, le recourant a droit à une indemnité de dépens réduits à titre de participation aux honoraires de son conseil qu'il convient d'arrêter à 1'000 fr. (cf. art. 61 let. g LPGA ; cf. également art. 7 TFJAS [tarif du 2 décembre 2008 des frais judiciaires et des dépens en matière de droit des assurances sociales ; RSV 173.36.5.2]).

b) La procédure étant gratuite, la présente décision est rendue sans frais (art. 61 let. a LPGA).

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

- I.** Le recours est partiellement admis.

- II.** La décision sur opposition rendue le 16 septembre 2014 par la Caisse cantonale de chômage est réformée en ce sens que le gain assuré est fixé à 7'023 fr. 20 (sept mille vingt-trois francs et vingt centimes), l'indemnité journalière de chômage de P._____ s'élevant à 258 fr. 90 (deux cent cinquante-huit francs et nonante centimes) dès le 1^{er} novembre 2013.

- III.** La Caisse cantonale de chômage versera à P._____ une indemnité de 1'000 fr. (mille francs) à titre de dépens.

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

La juge unique :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- Fortuna Compagnie d'assurance de protection juridique SA (pour le recourant),
- 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 :