

VD_GERICHTE ZQ17.051775 vom 29. November 2018

VD Tribunal cantonal, 2018-11-29, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_ZQ17.051775

FR: VD_GERICHTE ZQ17.051775 du 29 novembre 2018

IT: VD_GERICHTE ZQ17.051775 del 29 novembre 2018

Volltext

TRIBUNAL CANTONAL ACH 199 & 200/17 - 217/2018 ZQ17.051775 CO UR DE S
ASSURANCES S OCIALES _____

Arrêt du 29 novembre 2018 _____ Composition : M. MÉTRAL, président
Mme Dessaux et M. Pignet, juges Greffier : M. Germond ***** Cause pendante entre :
A.P. _____, à [...], et B.P. _____, également à [...], tous deux recourants, et CAISSE
CANTONALE DE CHÔMAGE, Division juridique, à Lausanne, intimée.

_____ 402

- 2 - Art. 43 al. 1 LPGA ; 5 al. 2 LAVS ; 23 al. 1 LACI ; 7 let. c RAVS ; 37 al. 1 – 3 OACI

- 3 - E n f a i t : A. a) A.P. _____, né en [...], et B.P. _____, née en [...] (ci-après
également : les recourants) ont été associés gérants de la société N. _____ Sàrl, à [...] (localité de la commune [...] [VD]), de janvier à novembre 2015. Cette société a pour but
l'exploitation de tous établissements hôteliers et/ou para-hôteliers, le commerce de tout
équipement hôtelier, toute activité dans le domaine hôtelier et immobilier, ainsi que
l'acquisition de biens immobiliers. Elle est maintenant en mains de Q. _____ et
A. _____, qui en sont respectivement associé directeur et associé gérant. B.P. _____
et A.P. _____ ont également été respectivement associée gérante présidente et associé
gérant de L. _____ Sàrl, à [...], du 23 octobre 2015 au 3 octobre 2017. Cette société a
pour but l'exploitation hôtelière et tout type de restauration-bar. Dès le 12 avril 2017 et
jusqu'au 17 août 2018, Q. _____ en a également été associé gérant. L. _____ Sàrl
exploite notamment l'H. _____, à [...]. B.P. _____ et A.P. _____ ont encore été
respectivement associée gérante présidente et associé gérant de K. _____ Sàrl, à [...], du
20 avril au 9 octobre 2017. Cette société a pour but l'exploitation hôtelière et tout type de
restauration-bar. Elle est maintenant en mains de F. _____ et E. _____,
respectivement associé gérant président et associé gérant. K. _____ Sàrl exploite
notamment l'G. _____, à [...]. b) B.P. _____ et A.P. _____ se sont annoncés
comme demandeurs d'emploi à l'Office régional de placement (ORP) de [...] le 3 octobre
2017, et ont demandé des indemnités journalières de chômage dès cette date à la Caisse
cantonale de chômage, Agence de [...] (ci- après : l'agence). Ils ont indiqué avoir travaillé
pour K. _____ Sàrl du 15 mai au 30 septembre 2017, date à laquelle les rapports de
travail avaient pris fin à la suite de la « vente du fonds de commerce ». Ils ont également

- 4 - indiqué avoir travaillé pour L. _____ Sàrl du 1er janvier 2016 au 30 avril 2017,
ainsi que pour N. _____ Sàrl, du 1er février 2014 au 30 avril 2015. c) Selon des
attestations d'employeur du 4 octobre 2017, signées par B.P. _____ pour L. _____
Sàrl, le dernier salaire mensuel de A.P. _____ était de 3'250 fr. et celui de B.P. _____
était de 3'525 francs. Pour la période du 1er janvier 2016 au 30 avril 2017, le salaire total
soumis à l'assurance-vieillesse et survivants versé en faveur de A.P. _____ était de
122'000 fr., alors que le salaire total soumis à l'assurance-vieillesse et survivants versé en

faveur de B.P. _____ était de 136'975 francs. D'autres attestations d'employeur figurent aux dossiers, toutes signées le 4 octobre 2017 par B.P. _____, pour l'G. _____, à [...], faisant état d'un salaire soumis à l'assurance-vieillesse et survivants d'un montant total de 17'007 fr. 80 pour la période du 15 mai au 30 septembre 2017, en faveur de A.P. _____, et d'un salaire soumis à l'assurance-vieillesse et survivants d'un montant total de 18'141 fr. 15, pour la même période, en faveur de B.P. _____. Le dernier salaire mensuel versé était de 4'333 fr. 20 pour A.P. _____, et de 4'583 fr. 20 pour B.P. _____.

B.P. _____ et A.P. _____ ont produit, notamment, des contrats de travail avec L. _____ Sàrl, signés et datés des 7 octobre 2015 et 1er janvier 2016, faisant état d'un salaire mensuel brut de 3'250 fr. (treizième salaire inclus) en faveur de A.P. _____, ainsi que d'un salaire mensuel de 3'250 fr. (treizième salaire inclus) en faveur de B.P. _____.

B.P. _____ et A.P. _____ ont encore produit des décomptes de salaires mensuels établis par la fiduciaire J. _____, à [...] (GE), pour L. _____ Sàrl. Il en ressort un salaire mensuel brut de 3'250 versé à A.P. _____ pour toute la période de janvier à décembre 2016. Pour les mois de janvier, février et mars 2017, ces décomptes font état d'un salaire mensuel brut de 3'250 fr., auquel s'ajoute, pour chacun de ces trois mois, un « bonus » de 23'333 fr. 35. En ce qui concerne B.P. _____, les décomptes de salaires font état d'un salaire mensuel brut de 3'250 fr. (sans les allocations familiales) pour toute la période de janvier à décembre 2016. Pour les mois de janvier, février et mars 2017, les

- 5 - décomptes font état d'un salaire mensuel brut de 3'250 fr., auquel s'ajoute, pour chacun de ces trois mois, un « bonus » de 23'333 fr. 35. B.P. _____ et A.P. _____ ont également produit des contrats de travail, datés du 15 mai 2017, conclus avec l'«

G. _____ », à [...]. Ces contrats prévoient un salaire mensuel brut de 3'250 fr. par mois (treizième salaire inclus). Les assurés ont également produit des décomptes de salaires mensuels relatifs à leur activité pour K. _____ Sàrl, faisant état d'un salaire mensuel brut de 1'841 fr. 65 en mai 2017, de 3'249 fr. 90 en juin et juillet 2017, ainsi que 4'333 fr. 20 en août et septembre 2017 (sans les allocations familiales). d) B.P. _____ et A.P. _____ ont produit, enfin, diverses attestations bancaires. Il en ressort notamment que L. _____

Sàrl a régulièrement versé des montants de 2'465 fr. 50 et de 2'723 fr. 30 sur un compte privé au nom de B.P. _____ et A.P. _____ auprès de la X. _____, pour la période de janvier à décembre 2016. Ces montants correspondent au salaire net annoncé sur les décomptes de salaires figurant au dossier, après déduction des différentes charges et frais des salaires bruts. Pour l'année 2016, seul un extrait de compte de la X. _____ manque, à savoir celui du mois de novembre concernant le salaire de A.P. _____. Pour ce mois-là, toutefois, les époux A.P. _____ ont produit un relevé du D. _____ faisant état d'un versement de 2'378 euros 74 par L. _____ Sàrl, sur un compte au nom de A.P. _____.

e) En ce qui concerne l'année 2017, B.P. _____ et A.P. _____ ont produit des extraits de comptes établis par la Z. _____, faisant état de versements, par L. _____ Sàrl, de montants de 67'612 fr. 75 (A.P. _____) et 67'887 fr. 75 (B.P. _____) en janvier 2017, de 1'760 fr. 30 (A.P. _____) et 2'035 fr. 25 (B.P. _____) en février 2017, ainsi que de 1'760 fr. 20 (A.P. _____) et 2'035 fr. 25 (B.P. _____) en mars 2017, sur un compte privé au nom de B.P. _____. Pour le mois d'avril 2017, aucun décompte bancaire ne figure au dossier.

- 6 - Des extraits de comptes établis par la R. _____ ont encore été produits. Ils font état de versements, par K. _____ Sàrl, de deux salaires de 1'441 fr. 55 en mai 2017, sur un compte privé au nom de B.P. _____, de deux salaires de 2'483 fr. 75 en juin 2017, d'un

salaire de 3'117 fr. 10 et d'un salaire de 2'483 fr. 75 en juillet 2017, ainsi que d'un salaire de 3'396 fr. 95 et d'un salaire de 3'646 fr. 95 en août 2017, toujours sur le même compte. Aucun décompte bancaire n'a été produit pour le mois de septembre 2017. f) Des extraits de compte AVS figurent au dossier, pour chacun des époux A.P. _____. Ils font état d'un revenu de 39'000 fr. soumis à cotisation en 2016, pour A.P. _____ comme pour B.P. _____. Aucun extrait intégrant les revenus soumis à cotisation pour l'année 2017 ne figure au dossier. g) Par décision du 13 novembre 2017, la Caisse cantonale de chômage, Division juridique (ci-après : la caisse ou l'intimée), a fixé le montant de l'indemnité journalière de chômage en faveur de A.P. _____ à 114 fr. 60, dès le 3 octobre 2017. Par une seconde décision, du 13 novembre 2017 également, elle a fixé à 116 fr. 45 le montant de l'indemnité journalière en faveur de B.P. _____, dès le 3 octobre 2017. Elle a fixé ces indemnités journalières en tenant compte d'un gain assuré déterminant de 3'109 fr. pour A.P. _____ et de 3'159 fr. pour B.P. _____. Pour l'un et l'autre des époux A.P. _____, la caisse a tenu compte d'un revenu assuré moyen « durant la période de référence des 12 derniers mois des rapports de travail », en précisant que les salaires allégués pour les mois d'avril et septembre 2017 n'avaient pas été démontrés, de même que les bonus de janvier 2017, de sorte qu'ils n'avaient pas été pris en considération. h) B.P. _____ et A.P. _____ se sont opposés à ces deux décisions, le 14 novembre 2017, en demandant à l'autorité administrative « de reconsidérer [sa] décision et calcul de gain déterminant ». Ils se sont plaints d'arbitraire dans la constatation des faits en ce sens qu'à l'appui de ses décisions, l'autorité n'avait pas pris en considération leurs salaires

- 7 - d'avril et septembre 2017. Ils ont fait valoir qu'après la remise de l'H. _____, à [...], en date du 30 avril 2017, les comptes bancaires, CCP et caisse de cet établissement avaient été transférés sur leur compte salaire personnel pour ensuite payer les employés et les charges, sans salaire versé en leur faveur sur ce même compte. Il en allait à l'identique de la remise de l'G. _____, à [...], leurs salaires respectifs ayant été perçus « dans un transfert de fonds global sur notre compte courant personnel ». Les assurés ont expliqué par ailleurs qu'en raison d'un résultat d'exploitation 2016 positif, ils s'étaient accordés un complément de salaire (bonus) de 70'000 fr. chacun versé en janvier 2017, et donc sans lien avec la vente du fonds de commerce d'avril. Ce bonus, additionné à un salaire annuel de 39'000 fr. (3'000 fr. x 13), correspondrait à la prise en compte d'un salaire mensuel moyen de 8'384 fr. (109'000 fr. / 13) pour le calcul de leur droit à l'indemnité journalière du chômage. i) Par décisions sur opposition des 29 / 30 novembre 2017, la caisse a rejeté les oppositions et confirmé ses décisions du 13 novembre 2017. Elle a estimé, en substance, que malgré leurs explications les assurés, auxquels incombait « une preuve assez stricte des salaires », avaient échoué à démontrer au degré de la vraisemblance prépondérante, les salaires mensuels allégués de 8'384 francs. B. Par actes séparés du 1er décembre 2017, B.P. _____ et A.P. _____ ont recouru devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, en concluant à l'annulation des décisions sur oppositions des 29 / 30 novembre 2017. Ils ont repris, pour l'essentiel, les arguments déjà développés en procédure d'opposition et ont produit notamment deux nouveaux décomptes de salaires pour le mois de janvier 2017 faisant état de versements, par L. _____ Sàrl, de montants de 70'000 fr. correspondant à leur « bonus étalé sur janvier, février et mars [2017] » (Annexe « A » et Annexe « B »). Le tribunal a ouvert deux procédures de recours sous les numéros de causes ACH 199/17 et ACH 200/17.

- 8 - Le 27 février 2018, l'intimée a conclu au rejet des recours. Le 6 mars 2018, les recourants se sont déterminés et ont maintenu leurs conclusions. 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, déposés en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 173.36]) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGa notamment), les recours sont recevables. c) L'art. 24 al. 1 LPA-VD prévoit que l'autorité peut, d'office ou sur requête, joindre en une même procédure des affaires qui se rapportent à une situation de faits identique ou à une cause juridique commune. Dans la mesure où les recours du 1er décembre 2017 se rapportent à une situation de faits identique et à une cause juridique commune, il convient de joindre les causes ACH 199/17 et ACH 200/17, et de se prononcer sur les deux recours dans un seul et unique arrêt.

- 9 - 2. Le litige porte sur le montant de l'indemnité journalière de chômage fixé en faveur des époux A.P._____, plus précisément sur le calcul de leur gain assuré. 3. Aux termes de l'art. 23 al. 1 première phrase LACI, est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence, y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement, dans la mesure où elles ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail. 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 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. A ce jour, l'assuré doit avoir cotisé douze mois au moins pendant le délai-cadre applicable à la période de cotisation (art. 37 al. 3 OACI). 4. En l'espèce, la période de référence court d'octobre 2016 à septembre 2017. Il n'est pas contesté qu'une période de référence de douze mois de cotisation est plus favorable aux recourants et qu'elle est applicable conformément à l'art. 37 al. 2 OACI. 5. a) L'intimée a refusé d'intégrer dans le calcul du salaire moyen pendant la période de référence le salaire allégué pour les mois d'avril et septembre 2017, au motif que ce salaire n'était pas suffisamment démontré. Elle a également relevé des incohérences pour les salaires de février et mars 2017, dont le versement effectif n'est que partiellement démontré par les extraits de comptes bancaires produits pour ces deux périodes. b) Par salaire « normalement obtenu » au sens de l'art. 23 al. 1 LACI, il faut entendre la rémunération touchée effectivement par

- 10 - 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, 128 V 189 consid. 3a/aa ; TF 8C_913/2011 du 10 avril 2012 consid. 3.1, TF C 155/06 du 3 août 2007 consid. 3.2). L'assuré supporte le fardeau de la preuve à cet égard. Le défaut de preuve quant au salaire exact versé n'entraîne pas la négation du droit à l'indemnité, mais il doit être pris en considération dans le calcul du gain assuré (cf. RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Zurich/Bâle/Genève 2014, n. 13 ad art. 23 p. 251 et n. 18 ad art. 13 p. 123 - 124). Il peut arriver que l'exercice effectif d'une activité soit établi mais que les montants que l'assuré prétend avoir perçus ne soient pas prouvés, et ce pour une même période (DTA 2007 p. 46 consid. 2.5). Le Tribunal fédéral des assurances a relevé, à l'égard d'un assuré engagé dans une Sàrl en tant qu'associé occupant une fonction dirigeante, que ses déclarations à propos du versement et du montant du salaire devaient être appréciées avec toute la prudence nécessaire (TFA C 316/99 du 5 juin 2001). Il n'y a pas d'activité soumise à cotisation en l'absence de preuves de la rémunération du travailleur, telles que des extraits bancaires ou postaux ou des quittances de salaire. La déclaration d'impôts et le formulaire de salaire signé par l'assuré et destiné à l'AVS ou à l'autorité fiscale ne constituent pas des preuves suffisantes du versement du salaire (TFA C 127/02 du 28 février 2003 consid. 2.2, in DTA 2004 p. 117 consid. 2.2, C 199/04 du 15 avril 2005 consid. 2.2). Des bulletins de salaire sur lesquels figurent la signature de l'assuré et la mention « reçu en cash » ne suffisent pas non plus à établir que le salaire a effectivement été versé à l'assuré (TFA C 353/05 du 4 octobre 2006 consid. 3). Le gain assuré prétendu ne sera pas non plus reconnu en faveur d'un assuré qui n'a pas réellement perçu de salaire de sa propre société, mais dont les montants ont simplement été comptabilisés comme

- 11 - créances envers la société. Le fait que les cotisations aux assurances sociales aient été décomptées correctement et versées à la caisse de compensation n'y change rien (TFA C 279/00 du 9 mai 2001, in DTA 2001 n. 27 p. 225). Les moyens de preuve pour attester du paiement effectif du salaire prétendu sont en principe des extraits bancaires ou postaux, ou des quittances de salaire. A défaut de telles pièces, le versement du salaire n'est pas réputé prouvé au degré de vraisemblance prépondérante (TFA C 30/04 du 24 septembre 2004 consid. 3.1; TFA C 127/02 du 28 février 2003 consid. 2.2, in DTA 2004 p. 117 ; TFA C 35/04 du 15 février 2006 consid. 6.2). c) En l'occurrence, les recourants ont produit des décomptes de salaires faisant systématiquement état d'un salaire mensuel brut de 3'250 fr. en faveur de A.P._____ et B.P._____ lorsqu'ils travaillaient pour L._____ Sàrl, pour toute l'année 2016. Les époux A.P._____ ont également produit des contrats de travail signés et datés des 7 octobre 2015 et 1er janvier 2016. Sauf à admettre des faux dans les titres – ce qui n'est nullement plausible en l'espèce – on doit constater que la preuve du salaire contractuel a été apportée, quand bien même aucun décompte bancaire n'a été produit pour le mois d'avril 2017. Sur ce point, les époux A.P._____ ont donné des explications plausibles en vue de justifier l'absence d'une telle preuve bancaire. Il est en effet tout à fait vraisemblable qu'ils aient fait transférer, en avril 2017, les liquidités de L._____ Sàrl sur leur compte privé et qu'ils aient payé les salaires et charges à partir de ce compte, ce qui pourrait expliquer qu'aucun virement de salaire en leur faveur n'a été enregistré par la banque. Il est également vraisemblable que les époux A.P._____ aient procédé de même en septembre 2017 pour K._____ Sàrl. Des compensations par rapport à des montants supérieurs au salaire contractuellement prévu de 3'250 fr. ont également pu intervenir, dans la mesure où certains salaires mensuels effectivement versés auparavant avaient été plus élevés (janvier 2017, août 2017 ; cf. consid. 5c et 6b infra). Quoi qu'il en

soit, l'existence d'un droit au salaire, correspondant au moins au salaire

- 12 - contractuellement prévu de 3'250 fr. en faveur de A.P. _____ et B.P. _____, pour les mois d'avril et septembre 2017, doit être tenu pour établi. d) Compte tenu de ce qui précède, il appartiendra à la caisse intimée de procéder à un nouveau calcul du gain assuré. Dans ce contexte, il convient de préciser que l'intimée pourra se limiter à prendre en considération un revenu de 3'250 fr., pour chacun des époux, également pour les mois de juin, juillet et août 2017, en dépit des décomptes de salaires parfois plus élevés figurant au dossier. On peut admettre en effet qu'à défaut de preuve contraire, K. _____ Sàrl n'a pas prévu de verser, globalement, davantage que le salaire contractuel pour l'ensemble de la période courant jusqu'à la fin du mois de septembre 2017. En ce qui concerne les mois de janvier à avril 2017, il appartiendra également à l'intimée de prendre en considération des salaires mensuels bruts de 3'250 fr. au moins. La différence entre les salaires nets dont le versement a été effectivement démontré pour cette période et les salaires nets qui auraient dû être versés sera imputée sur les « bonus » de 70'000 fr. versés en janvier 2017. Le traitement du solde de ces bonus fait l'objet du consid. 6 ci-après. 6. a) La caisse intimée a refusé de prendre en considération dans le calcul du salaire moyen pendant la période de référence les bonus de l'ordre de 70'000 fr. allégués par les époux A.P. _____ pour le mois de janvier 2017. b) Comme on l'a vu, un salaire contractuel de 3'250 fr. brut par mois était convenu avec L. _____ Sàrl. Les recourants n'ont pas établi le versement effectif, en février, mars et avril 2017, de montants nets correspondant à un tel salaire. A défaut de preuve contraire, on doit admettre que les montants résiduels, dont le versement effectif n'a pas été démontré, ont été imputés sur les « bonus » versés en janvier 2017, qui ont pu constituer une forme d'avance sur salaire. Pour le solde de ces bonus, il appartiendra à la caisse de le traiter comme exposé ci-après.

- 13 - c) aa) 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 (art. 23 al. 1 première phrase LACI). Le salaire pris en compte 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 du 20 décembre 1946 ; RS 831.10) mais ne se recouvre pas exactement avec celui-ci, ce qui ressort de la formulation « normalement » du texte de l'art. 23 al. 1 LACI (TF C 155/06 du 3 août 2007 consid. 5.1 ; cf. également RUBIN, op. cit., n. 8 ad art. 23 p. 248 ; voir aussi Thomas NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, Ulrich Meyer [édit.], 3e éd., Bâle 2016, 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 475 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 (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, 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

- 14 - jusqu'aux montants fixés dans la législation sur l'AVS, le 13ème 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. 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. Rubin, op. cit., n. 11 ad art. 23 p. 250). bb) Conformément à l'art. 7 let. c RAVS, les gratifications et bonus sont considérés comme éléments du salaire déterminant. Les parts aux bénéficiaires des employés font également partie du salaire déterminant, sauf preuve manifeste que ce gain est sans rapport avec l'exercice de l'activité lucrative (RCC 1964 p. 275 consid. 1 in : VALTERIO, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants [AVS] et de l'assurance-invalidité [AI], 2011, n. 331 p. 107). Lorsqu'une personne morale alloue des prestations à des salariés qui sont simultanément titulaires de droits de participation dans la société, la question se pose de savoir si ces prestations font partie du salaire déterminant, si elles correspondent au versement occulte d'un bénéfice ou encore si elles représentent le revenu d'un capital exempté de la perception des cotisations (ATF 103 V 1 consid. 2b ; VALTERIO, op. cit., n. 338 p. 109). Les prestations provenant du bénéfice net allouées par une personne morale à ceux des salariés qui sont simultanément titulaires de droits de participation dans la société font partie du salaire déterminant quelle que soit leur dénomination, si le rapport de travail constitue le motif déterminant pour l'attribution de la prestation. Par contre, les prestations en argent allouées par une personne morale à ceux des salariés qui sont simultanément titulaires de droits de participation ne font pas partie du salaire déterminant si c'est en raison de ces droits de participation que le versement a été effectué (ATF 134 V 297 consid. 2.1 ; Office Fédéral des Assurances Sociales [OFAS], Directive sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG [DSD], n. 2010-2011). On peut, dans le contexte de salariés qui gèrent un café-restaurant ou un hôtel sous la forme d'une

- 15 - société à responsabilité dont ils sont associés gérants, s'inspirer de l'art. 7 let. d RAVS, qui inclut dans le salaire déterminant les parts des salariés aux bénéfices lorsqu'elles dépassent l'intérêt du capital engagé. Le taux d'intérêt peut être fixé conformément à l'art. 18 al. 2 RAVS, par analogie (VALTERIO, op. cit., n. 341 p. 110). cc) En l'espèce, la motivation de la décision litigieuse est largement insuffisante pour exclure purement et simplement la prise en considération des bonus allégués par les recourants dans le calcul du gain assuré. En effet, l'intimée se limite à considérer que « l'incohérence des documents comptables résultant des documents produits porte préjudice au fardeau de la preuve ». Les documents produits (contrats de travail, décomptes salariaux et extraits de comptes bancaires) sont toutefois plutôt cohérents, au contraire, quand bien même les salaires allégués ont été versés, pour certaines périodes, sur un compte auprès de la X._____, et pour d'autres sur un compte auprès de la Z._____. La principale incohérence à relever

résulte de l'allégation d'un bonus versé en janvier 2017, pour chacun des époux, alors que les décomptes établis par la fiduciaire de L. _____ Sàrl font état de bonus identiques, mais répartis sur trois mois (à savoir, janvier, février et mars 2017). Il n'en reste pas moins que le paiement des bonus, d'un compte au nom de L. _____ Sàrl à un compte privé au nom des recourants, a bien été démontré. Une autre incohérence résulte des extraits de comptes bancaires produits pour les mois de février et mars 2017, qui font état de virements inférieurs aux salaires convenus et décomptés par l'employeur. Aucune preuve du versement d'un salaire pour le mois d'avril 2017 n'a pu être apportée par les époux A.P. _____. Cette question a déjà fait l'objet du consid. 5 et 6b supra. Pour le solde des bonus en question, il apparaît effectivement que les montants allégués excèdent assez largement ce qu'un employeur peut ordinairement verser comme bonus à ses salariés. Les versements en question correspondent plus probablement à une distribution de bénéfices. Il appartiendra à la caisse intimée de compléter l'instruction pour le vérifier, notamment en demandant la production des comptes de L. _____ Sàrl, d'analyser ensuite dans quelle mesure cette distribution de bénéfices excède, cas échéant, l'intérêt sur le capital engagé par les

- 16 - recourants. L'intimée pourra également se renseigner auprès des autorités fiscales pour savoir comment elles ont analysé ces versements (sur ce point, cf. OFAS, DSD, n. 2011 ss). Cas échéant, si les montants en question apparaissent comme des bonus ou des distributions de bénéfices pouvant constituer un salaire déterminant, il appartiendra à l'intimée de les intégrer dans le calcul du gain assuré. A cet égard, elle sera toutefois rendue attentive au fait que les montants pris en considération comme bonus ou distributions de bénéfices se rapportent à l'activité des recourants pendant l'année 2016. Il appartiendra donc à l'intimée de les ventiler sur l'ensemble de l'année avant de procéder au calcul du revenu moyen déterminant pendant les douze derniers mois de cotisation qui ont précédé l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation, soit en l'occurrence d'octobre 2016 à septembre 2017 (cf. consid. 4 supra). 7. En l'état, et compte tenu de ce qui précède, force est de constater que la caisse intimée n'a pas suffisamment instruit la cause, contrairement aux obligations qui lui incombent (art. 43 al. 1 LPGA). Elle a exclu la prise en considération dans le calcul du salaire moyen pendant la période de référence des salaires d'avril et septembre 2017, ainsi que des bonus allégués, sur la base d'une analyse trop sommaire. Il n'appartient pas, à ce stade, à l'autorité de céans de compléter l'instruction en lieu et place de l'intimée, à qui la cause sera renvoyée pour complément d'instruction et nouvelle décision au sens des considérants. 8. Au vu de ce qui précède, les recours doivent être admis et les décisions sur opposition des 29 / 30 novembre 2017 rendues par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, annulées, les dossiers de la cause lui étant renvoyés pour instruction complémentaire au sens des considérants et nouvelle décision. Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer une indemnité à titre de dépens, les recourants obtenant gain de cause sans le concours d'un avocat (art. 61 let. g LPGA a contrario).

- 17 - Par ces motifs, la Cour des assurances sociales p r o n o n c e : I. Les causes ACH 199/17 et ACH 200/17 sont jointes. II. Les recours sont admis. III. Les décisions sur opposition rendues les 29 et 30 novembre 2017 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, sont annulées et les dossiers de la cause lui sont renvoyés pour instruction complémentaire au sens des considérants et nouvelle décision. IV. Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens. Le président : Le greffier : Du L'arrêt qui

précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à : - A.P._____, - B.P._____, - Caisse cantonale de chômage, Division juridique, - Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO),

- 18 - 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 :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.