

S1 24 4

**ARRÊT DU 5 AOÛT 2025**

**Tribunal cantonal du Valais  
Cour des assurances sociales**

Composition : Candido Prada, président ; Dr Thierry Schnyder et Christophe Joris, juges ; Mireille Allegro, greffière

**en la cause**

**X \_\_\_\_\_**, recourante

**contre**

**CAISSE DE CHÔMAGE OCS**, intimée

(art. 24 LACI ; gain intermédiaire et prestations en nature)

## Faits

**A.** X \_\_\_\_\_, née le xx.xx.xxxx, occupait le poste de CSO (Responsable R&D en cosmétique) auprès de A \_\_\_\_\_ SA au B \_\_\_\_\_, pour un salaire mensuel brut de xxx fr., jusqu'à son licenciement le 30 avril 2021, prolongé jusqu'au 30 juillet 2021 en raison d'un arrêt maladie.

Le 15 octobre 2021, elle a rempli une demande d'indemnité de chômage dès le 28 octobre 2021, en indiquant avoir un emploi de représentante pour la société C \_\_\_\_\_ SA, à D \_\_\_\_\_, depuis le 23 mars 2021. Selon le contrat d'agent signé le 22 mars 2021, le conseiller agit en tant qu'entrepreneur individuel indépendant (reconnu par le fonds de compensation comme indépendant dans le secteur commercial) comme agent commercial pour la vente des produits E \_\_\_\_\_ et/ou F \_\_\_\_\_ (ch. 1). Si le conseiller n'a pas une reconnaissance par la caisse de compensation comme entrepreneur indépendant dans le secteur commercial, G \_\_\_\_\_ règle exceptionnellement les cotisations de sécurité sociale avec sa caisse de compensation. Dans ce cas, les cotisations de sécurité sociale payables par les salariés sont retenues et G \_\_\_\_\_ paie les contributions des employeurs (ch. 5.1)

Par courrier du 16 novembre 2021, la Caisse de chômage OCS a informé l'assurée qu'elle avait ouvert un délai-cadre d'indemnisation depuis le 28 octobre 2021 pour un gain assuré mensuel de 11'039 francs.

L'assurée ayant produit des certificats d'incapacité de travail totale jusqu'au 31 janvier 2022, OCS l'a informée, par décision du 8 mars 2022, qu'elle ne pouvait pas allouer d'indemnité de chômage après le 26 novembre 2021 étant donné son incapacité de travail et ceci malgré les gains intermédiaires déclarés en novembre 2021 et janvier 2022.

Le 13 avril 2022, OCS a reçu la décision de l'Office cantonal AI du Valais du 7 avril 2022, qui refusait à l'assurée tout droit à des prestations AI, dès lors qu'à partir du 21 septembre 2021, soit avant le terme du délai d'attente d'une année, elle était en mesure de travailler à plein temps avec un rendement normal dans toute activité lucrative.

**B.** L'assurée a continué à produire des attestations de gain intermédiaire pour les mois de mai 2022, août 2022 et octobre 2022.

Le 8 novembre 2022, l'employeur a remis à OCS le relevé du compte salaire de l'assurée, qui mentionnait notamment les éléments suivants :

<b>Bezeichnung</b>	<b>Januar</b>	<b>Februar</b>	<b>Mai</b>	<b>August</b>	<b>Oktober</b>
Grundkommission	983.65	640.50	135.35	724.05	780.10
Erfolgkommission	98.35	0.00	0.00	0.00	0.00
Arbeitsgerät (geldwerte Leistung)	0.00	0.00	0.00	0.00	2'145.00
Total Zulagen	1'082.00	640.50	135.35	724.05	2'925.10

Il a également fourni la Convention spéciale H \_\_\_\_\_ pour les conseillers/ères E \_\_\_\_\_ disposant d'un contrat d'agence existant, par laquelle G \_\_\_\_\_ leur permettait d'acquérir le set de démonstrations H \_\_\_\_\_ avec des conditions spéciales du 24 septembre 2022 jusqu'à la vente du 10<sup>e</sup> moteur, mais au maximum jusqu'au 30 novembre 2022 et qui précisait qu'après la conclusion de la convention spéciale ou dans le mois de la livraison du I \_\_\_\_\_, la valeur acquise (rémunération) était indiquée et les prestations sociales correspondantes facturées conformément au paragraphe 6.1 du contrat d'agence.

Ceci étant, dans le décompte des indemnités de chômage du mois d'octobre 2022, OCS a tenu compte de 21 jours de contrôle et d'un gain intermédiaire brut de 2684.55, réduisant le nombre de jours donnant droit à une indemnité journalière à 15.7.

**C.** Par courriel du 12 novembre 2022, l'assurée a contesté le montant du gain intermédiaire, en expliquant qu'elle avait certes gagné un challenge qui lui avait permis d'acquérir un appareil d'une valeur de 2145 fr., mais qu'elle avait travaillé uniquement 2h30 en octobre 2022 pour 780 fr. 10 de commissions.

Le 14 novembre 2022, OCS a répondu que la fiche de salaire de G \_\_\_\_\_ mentionnait la somme de 2925 fr. 10 comme salaire soumis à AVS et qu'elle considérait que l'appareil reçu correspondait à une prime sur objectif, dont il fallait tenir compte.

Le 17 novembre 2022, G \_\_\_\_\_ a expliqué que son employée avait participé à un challenge pour gagner un appareil d'une valeur de 2145 fr. et qu'elle était tenue de

facturer les prestations sociales sur ce montant correspondant à la valeur de l'appareil reçu, raison pour laquelle le montant figurait dans le décompte de commissions.

Par décision du 29 décembre 2022, OCS a fixé le montant du gain intermédiaire du mois d'octobre 2022 à 2925 fr. 10, comprenant 780 fr. 10 de commissions et 2145 fr. d'appareil de travail. Elle a indiqué que par courriel du 17 novembre 2022, l'employeur avait expliqué qu'en septembre 2022, il avait lancé un nouvel appareil et que les conseillers avaient pu l'obtenir dans le cadre d'un challenge, s'ils avaient atteint certains objectifs.

**D.** Par courrier du 23 décembre 2022, l'assurée s'est opposée à cette décision, en relevant qu'elle avait gagné un appareil, qui était son outil de travail, ce qui était une prestation exceptionnelle et non pas régulière, de sorte qu'il n'y avait pas lieu d'en tenir compte à titre de salaire.

Elle a répété son point de vue le 29 janvier 2023, en relevant que la convention spéciale signée le 24 septembre 2022 était une offre de financement d'acquisition de l'outil de travail et non un gain en nature ou une prime au mérite.

Par décision sur opposition du 28 novembre 2023, OCS a rejeté les arguments de l'assurée et a confirmé le montant du gain intermédiaire pour le mois d'octobre 2022, estimant que la prestation en nature devait être considérée comme une gratification de l'employeur en relation de causalité directe avec la prestation de travail.

**E.** Le 29 décembre 2023 (cachet postal), l'intéressée a recouru céans contre ce prononcé, en répétant que l'employeur avait uniquement proposé un plan de financement dégressif pour l'acquisition de l'outil de travail et qu'il ne s'agissait pas d'une prime au mérite correspondant à un gain intermédiaire.

Répondant le 15 février 2024, OCS a conclu au rejet du recours en rappelant que l'employeur avait prélevé des cotisations sociales sur la valeur de l'appareil, de sorte qu'il faisait partie du salaire.

Le 18 mars 2024, la recourante a déposé un courriel du 23 novembre 2022 de G \_\_\_\_\_, qui ne figurait pas au dossier d'OCS, expliquant que les conseillers avaient besoin d'un appareil pour leur travail, mais qu'au lieu de devoir l'acheter, G \_\_\_\_\_ leur permettait de le recevoir gratuitement en récoltant un certain nombre d'entrées de commandes.

Le 2 avril 2024, l'assurée a remis le décompte des commissions établi par G \_\_\_\_\_ le 4 novembre 2022, qui mentionnait un paiement en espèce en sa faveur de 592 fr. 85, après déductions sociales et que seul ce montant devait être pris en compte à titre de gain intermédiaire.

Prenant position le 2 mai 2024, OCS a estimé que les arguments soulevés n'étaient pas de nature à remettre en cause le bien-fondé de sa décision sur opposition.

L'échange d'écritures a été clos le 6 mai 2024.

### **Considérant en droit**

1. Selon l'article 1 alinéa 1 de la LACI, les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité, à moins que la LACI ne déroge expressément à la LPGA.

Posté le 29 décembre 2023, le présent recours à l'encontre de la décision sur opposition du 28 novembre précédent a été interjeté dans le délai légal de 30 jours (art. 60 LPGA) et devant l'instance compétente (art. 56 et 57 LPGA ; 100 al. 3 LACI, 119 et 128 al. 1 OACI ; art. 81a al. 1 LPJA). Il répond par ailleurs aux autres conditions formelles de recevabilité (art. 61 let. b LPGA), de sorte que la Cour doit entrer en matière.

2. Est litigieux le montant du gain intermédiaire retenu pour le mois d'octobre 2022, respectivement la prise en compte dans ce gain de la prestation en nature reçue de l'employeur.

2.1 Aux termes de l'article 24 LACI est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle. L'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à une compensation de la perte de gain (al. 1). Selon l'alinéa 3 de cette disposition légale, est réputée perte de gain la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux. Les gains accessoires ne sont pas pris en considération (art. 23 al. 3 LACI). Les revenus de plusieurs activités exercées à temps partiel sont cumulés pour l'examen de la prétention à la compensation de la perte de gain. Une prétention aux indemnités compensatoires n'existe que si le revenu global de la personne assurée demeure inférieur à l'indemnité de chômage à laquelle elle pourrait prétendre (ATF 127 V 479).

Les notions de gain assuré (art. 23 LACI) et de gain intermédiaire (art. 24 LACI) sont distinctes l'une de l'autre, mais étroitement liées. En effet, le gain réalisé par le chômeur durant une période de contrôle (art. 24 al. 1 LACI) réduit le manque à gagner résultant du chômage (art. 11 al. 1 LACI), de sorte que l'assurance-chômage n'indemnise que la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire (art. 24 al. 2 et 3 LACI).

Aussi, en règle générale, le Tribunal fédéral des assurances détermine le gain intermédiaire selon les mêmes règles qu'il applique au calcul du gain assuré. Ainsi en va-t-il, par exemple, du principe d'après lequel un revenu est réputé avoir été réalisé au moment où l'assuré a fourni la prestation de travail rémunératoire (cf. ATF 122 V 371 consid. 5b), ou du régime applicable aux indemnités de vacances versées avec le salaire, sous forme de pourcentage (cf. DTA 2000 no 7 p. 33 consid. 2). La jurisprudence n'exclut toutefois pas d'examiner, dans certains cas, le droit d'un assuré à des indemnités compensatoires selon des critères propres, en raison des particularités inhérentes au système régi par l'article 24 LACI (cf. SVR 2000 AIV no 22 p. 63 consid. 3) ; la loi le prévoit parfois expressément, notamment à l'article 24 alinéa 3 LACI, qui prescrit de prendre en considération un gain intermédiaire conforme aux usages professionnels et locaux.

À teneur de l'article 23 alinéa 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.

Conformément à l'article 5 alinéa 2 LAVS, 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).

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'article 23 alinéa 1 LACI (arrêt du Tribunal fédéral C 155/06 du 3 août 2007 consid. 5.1 ; cf. également : BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, no 8 ad art. 23 LACI ; voir aussi : THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, Ulrich Meyer [édit.], 3<sup>e</sup> 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 ; arrêt du Tribunal fédéral 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 no 27 p. 305), ou encore des indemnités pour inconvénients de service et indemnités de frais (BORIS RUBIN, op. cit., no 11 ad art. 23 LACI 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 ; arrêt du Tribunal fédéral C 139/05 du 26 juin 2006 consid. 4.1 ; arrêts du Tribunal fédéral des assurances C 51/02 du 20 juin 2002 consid. 2a ; C 45/01 et C 69/01 du 14 novembre 2001 consid. 5a).

Entrent ainsi notamment dans les composantes du gain assuré au sens de l'article 23 alinéa 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 treizième 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., no 10 ad art. 23 LACI). 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., no 11 ad art. 23 LACI). En effet, les prestations en nature occasionnelles ne font pas partie du salaire déterminant si elles n'excèdent pas des proportions habituelles et restent dans un rapport raisonnable avec la rémunération du travail proprement dite (cf. Directives sur le salaire déterminant dans

l'AVS, AI et APG [DSD], valable dès le 1<sup>er</sup> janvier 2019, état au 1<sup>er</sup> janvier 2023, ch. 2069).

**2.2** En l'occurrence, l'intimée a considéré que l'appareil gagné par l'assurée constituait une prime au mérite en lien avec l'activité déployée et, en conséquence, devait être comptabilisée à titre de gain intermédiaire. La Cour n'est cependant pas du même avis pour les raisons exposées ci-dessous.

Certes, plus la conseillère arrivait à vendre de produits durant la période donnée, plus le prix de l'appareil baissait pour elle. Cependant, la Cour observe que la participation au challenge ainsi que l'achat de l'appareil en cause n'était pas obligatoire. Par la convention spéciale, l'employeur a seulement permis à ses représentants de pouvoir acquérir le nouvel appareil H \_\_\_\_\_ à des conditions particulières avantageuses, sans obligation d'achat au terme de la période définie du challenge. Il s'agissait uniquement d'une possibilité offerte aux représentants de devenir propriétaire de leur outil de travail.

En outre, même si la valeur marchande de l'appareil était soumise aux cotisations sociales, il s'agissait clairement d'un bonus (ou d'une prime) exceptionnel octroyé dans des circonstances particulières. Il ne s'agissait pas d'une prestation en nature de l'employeur, ayant un caractère régulier et lié à l'accomplissement de l'activité professionnelle, comme par exemple la prise en charge des repas ou des coûts de l'utilisation d'un véhicule. Il s'agissait d'une prestation en nature unique, qui n'avait pas pour objectif de récompenser le travail de la conseillère sur une longue durée.

Ainsi, contrairement à ce que soutient l'intimée, la prestation en nature dont a bénéficié la recourante durant le mois d'octobre 2022 ne constitue pas un gain intermédiaire au sens de la LACI.

**3.** Il s'ensuit que l'intimée n'aurait pas dû prendre en compte le montant de 2145 fr. dans le calcul du gain intermédiaire du mois d'octobre 2022. Le recours est admis et la décision sur opposition du 28 novembre 2023 annulée. Le dossier est renvoyé à l'intimée pour qu'elle recalcule le droit aux indemnités journalières du mois d'octobre 2022.

**4.**

**4.1** Il n'est pas perçu de frais (art. 61 let. <sup>fbis</sup> LPGA), la loi spéciale, en l'occurrence la LACI, ne prévoyant pas le prélèvement de frais judiciaires.

**4.2** Non représentée par un mandataire professionnel, la recourante n'a pas droit à des dépens, dans la mesure où son activité n'a pas dépassé ce que tout un chacun consacre à la gestion courante de ses affaires personnelles (ATF 127 V 205 ; 110 V 132 consid. 4d).

Par ces motifs,

### **Prononce**

1. Le recours est admis et la décision sur opposition du 28 novembre 2023 est annulée.
2. Le dossier est renvoyé à la Caisse de chômage OCS pour nouvelle décision au sens du considérant 3 s'agissant du droit aux indemnités de chômage de X \_\_\_\_\_ pour le mois d'octobre 2022.
3. Il n'est pas perçu de frais, ni alloué de dépens.

Sion, le 5 août 2025