RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

**A/1897/2004** **ATAS/1054/2005**

# ARRET

# DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

## Chambre 4

## du 30 novembre 2005

En la cause

| | |
|---|---|
| Monsieur O_____, domicilié à GENEVE, comparant avec élection de domicile en l'Etude de Maître Eric STAMPFLI | recourant |

contre

| | |
|---|---|
| CAISSE DE CHOMAGE DE L'ASSOCIATION DES COMMIS DE GENEVE, rue du Perron 10, case postale 3069, 1211 GENEVE 3 | intimée |

**Siégeant : Mme Juliana BALDE, Présidente; Mmes Doris WANGELER et Isabelle DUBOIS, Juges,**

## EN FAIT

1. Le 8 juillet 1996, O_____ a été engagé par X_____ BANK (Suisse) SA à Zurich en tant que collaborateur marketing. Son activité s'appliquait au domaine de la vente et à l'acquisition de clientèle de la banque privée de l'établissement. Son contrat prévoyait un salaire de base mensuel, versé treize fois par année, et une commission trimestrielle. Le salaire de base s'élevait à 6'641 fr. 50 pour la première année de service, à 5'538 fr. 40 pour la deuxième année de service, à 4'615 fr. 30 pour la troisième année de service. Quant à la commission, elle était calculée dès le premier jour de travail et sa base de calcul était composée de deux éléments, à savoir 1°/°° fixe annuel du montant des fonds amenés par l'assuré chaque année et 25% de la commission totale nette gagnée par la banque sur les fonds amenés par l'employé. Le contrat prévoyait également 23 jours ouvrables de vacances pour 1996 pro rata temporis et 25 jours ouvrables de vacances à partir de 1997.

2. Par courrier du 30 juillet 1997, l'employeur a résilié le contrat de travail avec effet au 31 octobre 1997 et, en même temps, a libéré son employé de l'obligation de travailler (cf. jugement du Tribunal des Prud'hommes de Zurich du 7 juin 2000, p. 3).

3. Pendant le délai de résiliation, l'assuré a subi une incapacité de travail à 100% dès le 20 octobre 1997 qui s'est prolongée jusqu'au 31 décembre 1998. La perte de gain relative à cette incapacité de travail a été prise en charge par la BALOISE ASSURANCES jusqu'au 31 décembre 1997, puis par l'ALPINA ASSURANCES (ci-après l'ALPINA) du 1er janvier au 31 décembre 1998. A relever, toutefois, que l'indemnisation des pertes de gain d'octobre et de novembre n'a eu lieu qu'en décembre 1998 et celle de décembre que le 22 avril 1999.

4. Par courrier du 4 novembre 1997 adressé à son ex-employeur, l'assuré a considéré son licenciement comme abusif et lui a réclamé le paiement de son salaire du mois d'octobre 1997, de son treizième salaire pro rata temporis pour la période du 1er janvier au 31 octobre 1997, des commissions non versées, enfin d'une indemnisation pour les vacances non prises et pour les vendredi (cf. jugement du Tribunal d'appel du canton de Zurich du 7 mai 2001, p. 4).

5. A la suite du refus de l'ex-employeur, l'assuré a saisi le Tribunal des Prud'hommes de Zurich, le 28 avril 1998, et a conclu au paiement d'un montant de 42'000 fr. pour licenciement abusif, avec intérêts à 5% dès le 1er novembre 1997. Le 10 juin 1998, il a amplifié sa demande et conclu au paiement d'un montant de 109'000 fr. avec intérêts à 5% dès le 1er février 1998, à savoir 39'000 fr. à titre d'indemnité pour licenciement abusif, 50'000 fr. à titre de commissions non payées, 20'000 fr. à titre d'indemnité pour tort moral. Enfin, le 4 novembre 1998, il a de nouveau amplifié sa demande d'un montant de 5'578 fr. bruts à titre d'indemnisation pour vacances.

6. En raison du retard de l'indemnisation de l'ALPINA, l'assuré a présenté, le 25 novembre 1998, une demande d'indemnité de l'assurance-chômage dès le 1er octobre 1998.

7. Le 3 décembre 1998, la CAISSE DE CHÔMAGE DE L'ASSOCIATION DES COMMIS DE GENEVE (ci-après, la Caisse) lui a versé pour le mois d'octobre un montant de 1'101 fr. 10 correspondant à 5.7 indemnités journalières de 218 fr. 65, calculées sur un gain assuré de 6'778 fr. et un taux d'indemnisation de 70%. Le décompte mentionnait un délai-cadre du 1er octobre 1998 au 30 septembre 2000.

8. A la suite du paiement de la perte de gain d'octobre 1998 par l'ALPINA, l'assuré a remboursé à la Caisse 1'101 fr. 10 correspondant aux indemnités journalières qu'elle lui avait versées pour le mois d'octobre 1998.

9. Le 11 janvier 1999, il a demandé à la Caisse de lui verser les indemnités de décembre 1998. Puis, le 15 janvier 1999, il a signé une cession de créance en faveur de la Caisse pour un montant de 3'416 fr. 85, relative aux indemnités journalières de maladie que l'ALPINA lui devait pour le mois de décembre 1998.

10. Le 19 janvier 1999, la Caisse a versé à l'assuré les indemnités journalières pour le mois de décembre 1998 représentant un montant total de 3'146 fr. 85.

11. Sur contestation de l'assuré qui soutenait que le délai-cadre ne devait débuter que le 1er janvier 1999, la Caisse a confirmé l'ouverture du délai-cadre au 1er octobre 1998, par décision du 13 avril 1999.

12. L'assuré ayant formé opposition, le Groupe réclamations de l'OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI l'a rejetée par décision sur opposition du 19 novembre 1999 et a confirmé la date d'ouverture du délai-cadre au 1er octobre 1998.

13. A la suite du recours de l'assuré, la COMMISSION CANTONALE DE RECOURS EN MATIERE D'ASSURANCE-CHÔMAGE (ci-après, la Commission cantonale de recours), alors compétente, dans son jugement du 9 mars 2000, a reporté le début du délai-cadre au 1er janvier 1999.

14. Par certificat du 7 février 2000, l'ex-employeur a attesté que l'assuré avait travaillé pour lui du 8 juillet 1996 au 31 janvier 1998.

15. Par jugement du 7 juin 2000, le Tribunal des Prud'hommes de Zurich a admis partiellement la demande de l'assuré et a condamné l'ex-employeur à verser à l'assuré à titre de commissions un montant brut de 29'280 fr. 50, respectivement net de 27'362 fr. 65 avec intérêts 5% dès le 1er février 1998. Il a rejeté les autres postes de la demande.

16. A la suite de l'appel formé par les deux parties, par jugement du 7 mai 2001, le Tribunal d'appel du canton de Zurich a confirmé la condamnation de l'ex-employeur au versement d'une commission brute de 29'280 fr. 50, respectivement nette de 27'362 fr. 65 avec intérêts 5% dès le 1er février 1998, et l'a également condamné à verser à l'assuré une indemnisation pour vacances de 5'578 fr. avec intérêts 5% dès le 1er février 1998.

17. Le 14 février 2003, l'assuré a transmis à la Caisse une copie du jugement du 7 mai 2001 et a demandé que les indemnités journalières de 218 fr. 65 que la Caisse lui avait versées en 1999 et 2000 soient adaptées. Il a réclamé le versement de 9'698 fr. 60 pour 1999 et de 17'797 fr. pour l'année 2000.

18. Le 3 juillet 2003, la Caisse a répondu que, sur la base du jugement, le gain assuré pouvait être porté à 8'274 fr., ce qui permettait un paiement complémentaire en faveur de l'assuré. Elle a joint un calcul prenant en considération à titre de commission un montant mensuel moyen de 1'554 fr. 16 (29'280.50 : 18.84).

19. Par courrier du 7 octobre 2003, l'assuré a demandé à la Caisse de lui expliquer en quoi consistait le chiffre de 18.84.

20. Le 3 décembre 2003, la Caisse a répondu qu'il s'agissait du nombre de mois de travail calculé sur la base du certificat de travail de l'ex-employeur du 7 février 2000 attestant une activité à son service du 7 juillet 1996 au 31 janvier 1998. De plus, elle a précisé que, contrairement à ce qu'elle avait indiqué antérieurement à l'assuré, le gain assuré était pour 1999 de 8'100 fr. et pour 2000 de 8'274 fr. Elle lui a également communiqué les rectifications des décomptes d'assurance-chômage.

21. Le 18 décembre 2003, l'assuré a formé opposition contre lesdits décomptes et a contesté le montant des gains assurés modifiés.

22. Le 17 février 2004, il a complété son opposition. Il a relevé que, dans les décomptes datés du 3 décembre 2003, la Caisse avait omis de prendre en considération dans le gain assuré l'indemnité de 5'578 fr. pour vacances non prises. Par ailleurs, il a estimé que les commissions allouées par le Tribunal zurichois devaient être réparties sur les six derniers mois de son activité en application de l'art. 37 OACI. Il a conclu à la reconnaissance d'un gain assuré de 8'900 fr. pour l'année 2000 avec intérêts 5% dès le 24 décembre 2002 sur le solde dû.

23. Par décision sur opposition du 4 août 2004, la Caisse a rejeté l'opposition. Elle a considéré que l'indemnité pour vacances non prises touchée par l'assuré n'entrait pas dans le calcul du gain assuré et qu'aucun élément en sa possession ne permettait de démontrer que l'assuré n'avait pas reçu de commissions durant sa première année de service.

24. Par acte du 14 septembre 2004, l'assuré a recouru auprès du Tribunal de céans contre ladite décision. Il conclut à l'annulation de la décision du 4 août 2004, au renvoi du dossier à la Caisse pour nouvelle décision et rectification du gain assuré pour l'année 2000 sous suite de dépens. A l'appui de ses conclusions, il soutient que les commissions de 29'280 fr. 50 allouées par le Tribunal zurichois doivent être réparties sur les dix derniers mois de son activité et que l'indemnité de 5'578 fr. pour vacances non prises doit être englobée dans le gain assuré. Il considère que le gain assuré pour 2000 doit être fixé au plafond de 8'900 fr. avec intérêts 5% dès le 18 décembre 2003.

25. Dans sa réponse du 12 octobre 1994, considérant que le recourant n'apportait pas d'éléments nouveaux pertinents, l'intimée s'est référée à la motivation de sa décision sur opposition.

26. Sur requête du Tribunal de céans, le recourant a produit, le 28 septembre 2005, une copie intégrale du jugement du Tribunal des Prud'hommes de Zurich du 7 juin 2000.

27. Ce document a été communiqué à l'intimée le 7 octobre 2005.

## EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 8 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI).

   Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003 entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où

les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 230 consid. 1.1, 335 consid. 1.2, 129 V 4 consid. 1.2, 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références). En l'espèce, le recours concerne le droit à des prestations du début 1999 à fin 2000, à savoir à une date antérieure à l'entrée en vigueur de la LPGA. En conséquence, le présent cas reste régi par la législation en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002. Pour les mêmes motifs, les dispositions de la novelle du 22 mars 2002 modifiant la LACI, entrée en vigueur le 1er juillet 2003 (RO 2003 1728), ainsi que les dispositions de l'OACI modifiées le 28 mai 2003, entrées en vigueur le 1er juillet 2003 également (RO 2003 1828), ne sont pas non plus applicables.

Quant aux règles de procédure, elles s'appliquent sans réserve dès le jour de l'entrée en vigueur de la LPGA (ATF 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b).

4. Le recours a été formé en temps utile dans le délai de trente jours (art. 60 al. 1 LPGA) courant du 16 août 2004 au 14 septembre 2004 (art. 38 al. 4 LPGA). Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA).

5. Le litige porte sur le droit à l'indemnité de chômage de l'intimé, plus particulièrement sur le calcul du gain assuré.

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. Le montant maximum du gain assuré correspond à celui de l'assurance-accidents obligatoire (art. 23 al. 1 LACI, 2ème phrase). Par salaire normalement obtenu au sens de cette disposition, il faut entendre la rémunération touchée effectivement par l'assuré (ATF 128 V 190 consid. 3, 123 V 72 consid. 3; voir aussi Thomas NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in Schweizerisches Bundesverwaltungs-recht, Soziale Sicherheit, ch. 302, p. 115 ss.). Ne font pas partie du gain assuré les indemnités versées pour les heures supplémentaires - dans leur acception étroite -, de même que les heures accomplies en sus de l'horaire habituel (cf. ATF 129 V 105; DTA 2003 no 18 p. 189). Quant aux indemnités de vacances perçues par l'assuré en sus du salaire horaire ou mensuel, elles doivent être comptées à titre de gain assuré dans le mois où il a effectivement pris des vacances (ATF 125 V 48 consid. 5; DTA 2000 no 7 p. 33).

b) Pour la détermination tant du gain intermédiaire que du gain assuré, on applique le principe selon lequel un revenu est réputé avoir été réalisé au moment où l'assuré a fourni la prestation de travail rémunératoire (ATF 122 V 371). C'est pourquoi, les gratifications doivent être imputées proportionnellement sur les autres mois de

l'année pendant laquelle l'assuré a travaillé, de la même manière qu'un treizième salaire (ATF 122 V 366).

c) Lorsque l'assuré est partie à un rapport de travail et qu'il ne touche pas de salaire parce qu'il est malade ou victime d'un accident, est déterminant le salaire qu'il aurait normalement obtenu (art. 39 OACI en corrélation avec l'art. 13 al. 2 let. c LACI).

6. a) L'art. 23 al. 1 LACI ne définit pas la période de référence pour le calcul du gain assuré. Le législateur a délégué cette compétence au Conseil fédéral qui en a fait usage en édictant l'art. 37 OACI (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 30 juin 2003). Cette disposition prévoit qu'en règle générale, est réputé période de référence pour le calcul du gain assuré, le dernier mois de cotisation avant le début du délai-cadre relatif à la période d'indemnisation (al. 1). Lorsqu'il y a un écart d'au moins 10 pour cent entre le salaire du dernier mois de cotisation et le salaire moyen des six derniers mois, le gain assuré est calculé d'après ce salaire moyen (al. 2). Lorsque le résultat du calcul effectué sur la base des 1er et 2e alinéas se révèle injuste pour l'assuré, la caisse peut se fonder sur une période de référence plus longue, mais au plus sur les douze derniers mois de cotisation (al. 3). Lorsque le salaire varie en raison de l'horaire de travail usuel dans la branche ou du genre de contrat de travail, le gain assuré sera calculé sur les douze derniers mois, mais au plus sur la moyenne de l'horaire de travail convenu contractuellement (al. 3 bis). Lorsque la période de cotisation permettant de prétendre de nouveau à l'indemnité de chômage a été exclusivement accomplie durant un délai-cadre d'indemnisation écoulé, le gain assuré est calculé en règle générale, sur les six derniers mois de cotisation de ce délai-cadre. Les périodes de cotisation que l'assuré a accomplies alors qu'il touchait des indemnités réduites en vertu de l'article 41a, 4e alinéa, ne sont pas prises en considération (al. 3 ter). Le gain assuré est redéfini pour la période de contrôle suivante si, pendant le délai-cadre d'indemnisation : a. l'assuré a exercé pendant au moins six mois consécutifs, avant de retomber au chômage, une activité soumise à cotisation pour laquelle il a reçu un salaire supérieur au gain assuré; b. l'aptitude au placement de l'assuré a subi un changement (al. 4).

b) En définitive, l'art. 37 al. 1 OACI se réfère, à titre de règle générale, au dernier mois de cotisation précédant le début du délai-cadre d'indemnisation. Afin d'atténuer l'effet de variations purement casuelles du revenu, la période de référence est portée à six mois en application de l'art. 37 al. 2 OACI lorsque l'écart entre le revenu ainsi déterminé et celui du seul dernier mois atteint 10 pour cent en valeur absolue (Thomas NUSSBAUMER, op. cit, ch. 315, p. 120). La caisse peut cependant se fonder sur une période de référence plus longue, mais au plus sur les douze derniers mois de cotisations, lorsque le résultat obtenu en application des alinéas 1 et 2 se révèle injuste pour l'assuré (al. 3). Les exceptions prévues par ces deux derniers alinéas doivent ainsi permettre de tenir compte des fluctuations du revenu de l'assuré qui peuvent résulter, par exemple, de changements réitérés d'emplois, le cas échéant exercés à temps partiel, de la fixation du revenu en fonction du résultat (rémunéra-

tion à la commission) ou encore du fait que l'assuré qui est partie à un rapport de travail durable n'est occupé que sur appel avec une fréquence variable, tels le personnel de vente auxiliaire et certains agents de compagnies privées de sécurité (ATF 121 V 172 consid. 4b et les arrêts cités; NUSSBAUMER, op. cit., ch. 316, p. 120.).

c) La notion, contenue à l'art. 37 al. 3 OACI, du caractère « injuste » du calcul selon les alinéas 1 et 2 de l'art. 37 OACI est une notion juridique indéterminée, ce qui implique une grande latitude de jugement conférée à l'administration ou au juge. L'art. 37 al. 3 OACI doit être interprété conformément à son but. Celui-ci est de permettre un calcul qui ne soit pas désavantageux pour l'assuré, contrairement à l'hypothèse visée par l'art. 37 al. 2 OACI qui prend en compte une période de référence de six mois, même si elle est défavorable à l'assuré. Cela étant, un seul critère quantitatif, sous la forme d'un écart de dix pour cent, n'est pas pertinent à lui seul pour concrétiser la notion du caractère injuste, dès lors qu'il limite indûment la marge d'appréciation de l'administration ou du juge (ATFA du 8 avril 2004, C 340/00, consid. 4.2).

7. a) En l'espèce, l'intimée a réparti les 29'280 fr. 50 alloués à titre de commissions par la justice zurichoise sur 18.84 mois, à savoir toute la durée du contrat de travail du recourant attestée par le certificat de l'ex-employeur daté du 7 février 2000, soit du 7 juillet 1996 au 31 janvier 1998. Puis, elle a ajouté le montant de 1'554 fr. 15 (29'280 fr. 50 : 18.84) au gain assuré de 6'778 fr., calculé sur la base des douze mois de cotisations précédant le début du délai-cadre, à savoir de novembre 1996 à octobre 1997, pour arriver à un gain assuré de 8'332 fr. ramené à 8'100 fr. pour tenir compte du gain assuré maximum en 1999.

b) Pour sa part, le recourant soutient que ce montant de 29'280 fr. 50 ne doit pas être réparti sur toute la durée effective de travail, car ces commissions proviennent d'ouvertures de comptes faites par des clients qu'il avait amenés exclusivement durant les dix derniers mois de son activité, à savoir de janvier à octobre 1997. En application de l'art. 37 al. 3 OACI, il considère que ce montant doit être réparti sur les dix derniers mois de son activité en faveur de son ex-employeur, mais au maximum sur les douze derniers mois.

c) Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 125 V 195 consid. 2, 121 V 47 consid. 2a, 208 consid. 6b et la référence). Par ailleurs, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce

principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire (ATF 125 V 195 consid. 2, 122 V 158 consid. 1a, 121 V 210 consid. 6c et les références). Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 195 consid. 2, 117 V 264 consid. 3b et les références). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré; le défaut de preuve va au détriment de la partie qui entendait tirer un droit du fait non prouvé (ATF 126 V 322 consid. 5a).

d) Selon l'art. 53 LPGA, une décision formellement passée en force est soumise à révision si des faits nouveaux importants sont découverts subséquemment ou si de nouveaux moyens de preuve sont trouvés qui ne pouvaient pas être produits auparavant (al. 1). En outre, elle peut être reconsidérée lorsqu'elle est manifestement erronée pour autant que sa rectification revête une importance notable (al. 2).

e) Dans le présent cas, par ses décomptes du 3 décembre 2003, l'intimée a procédé à une révision du gain assuré en tenant compte des commissions allouées par les jugements zurichois de mai 2001 et de juin 2000. Toutefois, le gain assuré qui a servi de base au calcul des indemnités journalières versées du 1er janvier 1998 au 31 décembre 2000, soit avant les jugements de la justice zurichoise allouant des commissions, n'a jamais été contesté par le recourant. En conséquence, cette question est entrée en force et ne fait pas l'objet du présent recours. En définitive, le Tribunal de céans se bornera à examiner si c'est à juste titre que l'intimée a ajouté au gain assuré calculé en décembre 1998 un montant de 1'554 fr. 15, à titre de commissions mensuelles moyennes.

Le contrat de travail du 8 juillet 1996 indique expressément que les commissions sont calculées dès le premier jour de travail, à savoir dès le 8 juillet 1996. Dans le jugement du Tribunal des Prud'hommes de Zurich daté du 7 juin 2000, il n'est à aucun moment mentionné que les commissions de 29'280 fr. 50 concerneraient exclusivement les six ou dix derniers mois d'activité du recourant. Le montant que le Tribunal a admis représente le 2°/°° de commissions dues sur 15 millions de francs amenés par le recourant, à savoir 30'000 fr. sous déduction de 719 fr. 50 admis par l'ex-employeur pour une transaction survenue en avril 1997 et versés avec le salaire d'octobre 1997 (pages 7 et 18). C'est en raison du manque de collaboration de l'ex-employeur qui n'a fourni aucun décompte de commissions ni n'a mandaté un expert indépendant pour calculer le montant desdites commissions que le Tribunal zurichois a admis la version du recourant, à savoir qu'il avait amené des clients à son ex-employeur pour 15 millions de francs. Toutefois, dans son jugement (page 7), le Tribunal zurichois s'est référé à la réplique de l'ex-employeur mentionnant l'ouverture d'un compte-client à Londres en avril 1996 ainsi que les 24 et 26 juin 1997. En-

fin, dans son jugement du 7 mai 2001, le Tribunal d'appel du canton de Zurich n'a pas davantage précisé les périodes auxquelles sont rattachées les commissions.

Le seul élément à disposition du Tribunal de céans concernant l'identification des mois pour lesquels des commissions ont été accordées ressort de la réplique de l'ex-employeur devant le Tribunal zurichois faisant état de l'ouverture de comptes en avril 1996 et en juin 1997 par des clients amenés par le recourant. Cet élément à lui seul permet de constater que les commissions n'ont pas été allouées exclusivement pour des ouvertures de comptes de janvier à octobre 1997, mais bien également pour des comptes ouverts déjà auparavant. De plus, nonobstant cet élément, en raison de l'absence de preuves apportées par le recourant confirmant sa thèse, le Tribunal de céans doit constater que le recourant n'a pas rendu vraisemblable, au degré requis par la jurisprudence, que les commissions ont été acquises exclusivement de janvier à octobre 1997. En conséquence, la thèse du recourant ne peut être que rejetée.

Lorsqu'il s'agit d'une allocation unique et spontanée de l'employeur, qu'il n'est pas possible de rattacher à une durée d'activité déterminée, à la différence par exemple d'une gratification ou d'un treizième salaire versés en fin d'année et qui constituent une rémunération pour une prestation fournie tout au long d'une année, il y a lieu de la prendre en compte en compte pour la période durant laquelle elle a été touchée (ATFA du 23 janvier 2003, C 269/02, consid. 3). En l'espèce, étant donné que l'allocation des commissions ne peut pas être rattachée à une activité précise du recourant, il y a lieu de répartir les commissions sur toute la période d'activité précédant leur versement, depuis le premier jour de travail (cf. ATAS 533/2004).

Bien que le recourant ait été libéré de l'obligation de travailler dès le 1er août 1997, il n'est pas possible d'en conclure que le total des commissions doit être réparti sur sa durée effective de travail. En effet, ainsi que cela ressort du décompte de salaire d'octobre 1997, l'ex-employeur a versé en octobre 1997 une commission concernant une transaction effectuée en avril 1997, soit six mois plus tard, ce qui démontre que, même si le recourant n'a plus travaillé effectivement depuis le 1er août 1997, il n'en était pas moins susceptible de recevoir des commissions entre août et octobre 1997 pour des transactions effectuées six mois auparavant. Dès lors, c'est à juste titre que l'intimée a réparti le total des commissions sur toute la durée du contrat de travail du recourant. En revanche, contrairement à ce qu'a retenu l'intimée, sur la base d'une attestation manifestement erronée de l'ex-employeur, les relations de travail se sont terminées à fin octobre 1997 et non pas à fin janvier 1998 ainsi que cela ressort du jugement du Tribunal d'appel du canton de Zurich daté du 7 mai 2001. En définitive, il y a lieu d'ajouter le montant de 1'848 fr. 50 (29'280.50 : 15.84) au gain assuré.

8. D'après la jurisprudence relative à l'art. 23 al. 1 LACI, n'est pas contraire au droit fédéral la pratique administrative selon laquelle l'indemnité versée pour des vacan-

ces non obtenues ne doit pas être prise en compte dans le calcul du gain assuré (ATF 125 V 42, 123 V 70).

Le recourant se réfère à l'ATF 111 V 244 pour étayer sa thèse selon laquelle les indemnités pour vacances non prises font partie du gain assuré. Or, le Tribunal fédéral des assurances a réexaminé sa jurisprudence dans l'ATF 123 V 70 consid. 5. Il a jugé que les indemnités de vacances payées sous forme de pourcentage en sus du salaire de base, bien qu'elles constituent le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS, n'appartiennent pas au gain assuré au sens de l'art. 23 al. 1 LACI pour le mois dans lequel elles sont versées. Il a considéré que la pratique suivie jusqu'ici ne pouvait plus être maintenue, car elle avait pour effet de traiter différemment celui qui prend effectivement ses vacances de celui qui ne les prend pas, mais qui reçoit en lieu et place une indemnité (DTA 2000 n° 7 p. 33 consid. 2). Puis, dans l'ATF 125 V 42, le Tribunal fédéral des assurances a précisé sa jurisprudence en jugeant que les indemnités de vacances perçues par l'assuré sous forme de pourcentage en sus de son salaire horaire ou mensuel, en lieu et place d'un droit au salaire pendant ses vacances, doivent être comptées à titre de gain assuré dans le mois où il y a vacances effectivement prises (ATF 125 V 47 consid. 5).

En l'espèce, étant donné que les indemnités de vacances d'un montant de 5'558 fr. ne concernent pas des vacances qui ont été effectivement prises, mais bien des vacances non obtenues pendant la durée du contrat de travail, c'est à juste titre que l'intimée n'en a pas tenu compte dans le calcul du gain assuré, comme le droit fédéral le prescrit.

9. a) En vertu de l'art. 37 al. 1 OACI, le gain assuré est calculé sur la base du gain obtenu le dernier mois de cotisation précédant le début du délai-cadre qui, en l'occurrence, débute le 1er janvier 1999, conformément au jugement de la Commission cantonale de recours du 9 mars 2000. Etant donné que le recourant était en incapacité de travail du 20 octobre 1997 au 31 décembre 1998, le dernier mois de cotisation avant le début du délai-cadre est le mois d'octobre 1997 pour lequel le recourant a reçu un salaire de base de 5'538 fr. 40, une participation au treizième salaire de 461 fr. 53, une commission de 719 fr. 50 et un complément de commission de 1'848 fr. 50, soit un total de 8'568 fr.

b) En application de l'art. 37 al. 2 OACI, le gain assuré calculé sur une période de six mois, à savoir de mai à octobre 1997 se compose du salaire de base de 5'885 fr. 81, d'une participation au treizième salaire de 490 fr. 48, d'une commission de 119 fr. 92 et d'un complément de commission de 1'848 fr. 50, et ascende à 8'345 fr.

c) Conformément à l'art. 37 al. 3 OACI, le gain assuré calculé sur une période de douze mois, à savoir de novembre 1996 à octobre 1997 prend en considération un salaire de base de 6'173 fr. 65, une participation au treizième salaire de 511 fr. 22,

une commission de 93 fr. 29 et un complément de commission de 1848 fr. 50, et s'élève à 8'627 fr.

d) En définitive, étant donné qu'en 1998 l'intimée avait calculé le gain assuré du recourant en tenant compte d'une période des douze derniers mois de cotisation avant le début du délai-cadre, sans que l'assuré ne conteste cette façon de procéder, il n'y a pas lieu, au moment d'ajouter le complément de commission, de changer de mode de calcul. De plus, cette méthode est la plus juste pour le recourant, puisqu'elle tient compte du salaire de base plus élevé précédant l'adaptation à la baisse survenue le 1er juillet 1997. En conséquence, le gain assuré s'élève à 8'627 fr et non pas à 8'274 fr. comme l'a retenu à tort l'intimée. En vertu du gain maximum assuré qui était de 8'100 fr. en 1999 (art. 22 al. 1 OLAA), le gain assuré du recourant s'élève à 8'100 fr. pour 1999 et à Fr. 8'627 fr. pour 2000.

10. a) L'état de fait juridiquement déterminant dont dépend le droit éventuel à des intérêts moratoires s'est réalisé avant et l'entrée en vigueur de la LPGA, de sorte que l'examen des conditions matérielles du droit à la prestation intervient selon les principes établis aux ATF 119 V 81 consid. 3a (ATF 130 V 334 consid. 6.1).

    b) Jusqu'à l'entrée en vigueur de la LPGA, le Tribunal fédéral des assurances considérait, depuis longtemps déjà, qu'il n'y avait en principe pas place pour des intérêts moratoires, dans la mesure où ils n'étaient pas prévus par la législation. Une exception à ce principe était admissible en présence de manoeuvres illicites ou purement dilatoires de l'assureur. L'octroi d'intérêts de retard, dans ces hypothèses, ne devait cependant intervenir qu'avec retenue. Il a ainsi été considéré qu'il n'y avait pas lieu d'admettre une obligation générale de verser des intérêts à des groupes de cas et que seules des situations particulières pouvaient, à titre exceptionnel, donner lieu à un tel résultat, quand le sentiment du droit était heurté de manière particulière (ATF 119 V 81 s. consid. 3 et 4 ainsi que les arrêts cités; cf. également ATF 127 V 446 s. consid. 4).

    c) En l'espèce, quand bien même l'instruction de la cause a duré du 14 février 2003 au 3 décembre 2003, pour le motif que le dossier du recourant avait été égaré, aucun indice ne permet de retenir que l'intimée a usé de manoeuvres illicites ou purement dilatoires. De plus l'interprétation qu'a faite l'intimée du gain assuré du recourant ne peut pas être considérée comme un acte illicite ou fautif. En conséquence, la demande d'intérêts moratoires pour les compléments d'indemnité journalière doit être écartée.

11. Compte tenu de ce qui précède, le recours doit être partiellement admis et le dossier renvoyé à l'intimée pour calcul des prestations dues au sens des considérants. Le recourant obtenant partiellement gain de cause, une indemnité de 600 fr. lui sera accordée à titre de participation à ses frais et dépens (art. 61 let. g LPGA). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

**PAR CES MOTIFS,**
**LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES**

**Statuant**

**(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)**

**A la forme :**

1. Déclare le recours recevable.

**Au fond :**

2. L'admet partiellement (au sens des considérants).

3. Annule les décisions de LA CAISSE DE CHÔMAGE DE L'ASSOCIATION DES COMMIS DE GENEVE des 3 décembre 2003 et 4 août 2004 en tant qu'elles retiennent un gain assuré de 8'274 fr. pour 2000.

4. Renvoie la cause à l'intimée pour nouvelle décision au sens des considérants.

5. Condamne l'intimée à verser au recourant une indemnité de 600 fr. à titre de dépens.

6. Dit que la procédure est gratuite.

7. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par plis recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

Le greffier La Présidente :

Walid BEN HAMER Juliana BALDE

Le secrétaire-juriste : Philippe LE GRAND ROY

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties et au Secrétariat d'Etat à l'économie par le greffe le