RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

**A/3126/2022** **ATAS/369/2023**

# COUR DE JUSTICE

## Chambre des assurances sociales

# Arrêt du 25 mai 2023

**Chambre 5**

En la cause

**A_____** recourant

contre

**CAISSE DE CHÔMAGE UNIA** intimée

**Siégeant : Philippe KNUPFER, Président ; Toni KERELEZOV et Monique STOLLER FÜLLEMANN, Juges assesseurs.**

## EN FAIT

**A.** **a.** Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré ou le recourant) a été engagé dans le cadre d'une allocation d'initiation au travail par B_____ SA (ci-après : l'ancien employeur) en qualité d'agent commercial responsable de cessions d'entreprises le 15 mai 2018, moyennant un revenu annuel brut de CHF 54'000.-. En vertu d'un nouveau contrat de travail signé le 6 novembre 2018, son salaire annuel brut est ensuite passé à CHF 36'000.-, plus commissions de respectivement 20% et 50% sur la base des commissions et des mandats encaissés. Par contrat du 17 septembre 2020, les parties ont stipulé un salaire de base annuel brut de CHF 36'000.-, les commissions qui s'y ajoutaient étant déterminées conformément au règlement d'entreprise. Ledit contrat précisait qu'aucun 13e salaire ni gratification n'était garanti, et qu'il n'y avait pas de droit à la prime.

L'assuré a perçu des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail durant les rapports de travail en lien avec la pandémie de coronavirus.

**b.** L'employeur a résilié les rapports de travail pour le 30 juin 2021, invoquant une accumulation de retards de quelques minutes le matin.

**c.** Après la résiliation des rapports de travail, l'ancien employeur a encore versé plusieurs commissions à l'assuré.

**B.** **a.** L'assuré s'est annoncé auprès de la caisse de chômage UNIA (ci-après : la caisse ou l'intimée) le 1er juillet 2021, sollicitant le versement d'indemnités de chômage. Un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur dès cette date.

**b.** La caisse a eu plusieurs échanges de correspondances avec l'ancien employeur et l'assuré au sujet du gain assuré et des commissions, en particulier leurs modalités de calcul et de versement et leurs montants. Dans ce cadre, l'ancien employeur et l'assuré ont tous deux adressé à la caisse plusieurs documents et récapitulatifs des commissions perçues.

**c.** Par décision du 5 janvier 2022, la caisse a fixé le gain assuré à CHF 7'045.- par mois.

**d.** L'assuré s'est implicitement opposé à cette décision le 2 février 2022, affirmant que son revenu déterminant était supérieur à celui retenu par la caisse. Il a produit le certificat de salaire établi par l'ancien employeur pour la période du 1er janvier au 30 juin 2021, faisant état d'un montant total brut de CHF 73'922.- dont CHF 49'711.25 de prestations non périodiques libellées « Commission, prime, annulation prime versée en mars 2021 ».

**e.** À la demande de la caisse, l'ancien employeur a produit, le 7 mars 2022, un tableau des commissions versées à partir d'août 2021. Il a précisé qu'il avait, par ailleurs, versé en février 2022 un montant de CHF 6'000.- à l'assuré pour solde de tout compte, lequel ne relevait pas de commissions. Par courriel du 8 mars 2022, il a qualifié ce versement de prestation volontaire de sortie.

**f.** Le 27 avril 2022, l'assuré s'est déterminé sur le tableau des commissions établi par l'ancien employeur. Il a produit un extrait de son compte en banque affichant ses revenus, qui correspondaient selon lui aux ventes durant les six derniers mois d'emploi. Il a allégué que ce n'était pas la date de signature du mandat de courtage qui était pertinente, mais celle de la vente. Le montant de CHF 6'000.- était clairement un salaire, versé à l'issue d'une conciliation avec son ancien employeur et incluant une commission ainsi qu'une prime versée puis retenue. Il devait être inclus dans son revenu déterminant. L'assuré a encore précisé le 12 mai 2021 qu'il avait accepté ce montant pour éviter une procédure judiciaire. Il a détaillé plusieurs commissions qui lui étaient encore dues, selon lui, avant ce versement.

Il a également joint à son envoi l'accord conclu avec son ancien employeur, stipulant un paiement pour solde de tout compte de CHF 6'000.-.

**g.** La caisse ayant demandé des précisions à l'ancien employeur sur les dates auxquelles les différentes tâches étaient accomplies, celui-ci a exposé dans son courrier du 5 août 2022 que l'assuré avait travaillé sur des projets afin d'obtenir d'abord un contrat de courtage, puis une vente. On ne pouvait déterminer quand les employés commençaient une tâche, mais uniquement quand ils la terminaient, puisqu'il y avait alors lieu d'établir la facturation du contrat de courtage et de transférer le dossier pour l'établissement du contrat de vente.

**h.** L'assuré s'est déterminé le 23 août 2022, amenant des précisions sur certaines des commissions perçues. Il a exposé que le mandat de courtage était nécessaire à l'établissement du contrat de vente, qui incombait à l'ancien employeur. Il a répété que le paiement pour solde de tout compte était en lien avec les commissions dues, et était d'ailleurs inférieur à ce à quoi il avait droit. Il ne pouvait indiquer exactement quelles affaires cela représentait, mais elles dataient de moins de six mois avant son licenciement. Il y avait lieu de considérer ce montant comme un salaire. Il était ardu de préciser quand les prestations de travail avaient eu lieu. On pouvait déterminer une date de début par la signature du mandat de courtage et une date de fin avec la signature du contrat de vente, mais le travail était difficile à mesurer entre ces deux étapes, et sa durée était très variable. Il avait cependant activement travaillé lors de la finalisation de ces affaires, car c'était lors de la vente que le réel travail devait être accompli.

**i.** Par décision du 26 août 2022, la caisse a partiellement admis l'opposition de l'assuré en ce sens que le gain assuré était fixé à CHF 7'284.-.

Elle a retenu que les commissions devraient être prises en compte au moment de la prestation de travail correspondante. L'assuré n'étant pas en mesure de déterminer précisément quand ces prestations avaient été fournies, la date de la signature du contrat de courtage serait retenue – et non celle du contrat de vente ou la date de l'encaissement –, à plus forte raison dès lors que les signatures de certains contrats de vente ou certains encaissements étaient postérieurs à la

résiliation des rapports de travail. Le seul montant pour lequel la date de signature du mandat de courtage n'était pas connue (CHF 4'000.- ressortant du décompte de salaire de septembre 2021) serait pris en considération à la date de la signature du contrat de vente en juin 2021. S'agissant du montant de CHF 6'000.- versé pour solde de tout compte, l'ancien employeur contestait tout lien avec des commissions non versées, et l'accord à ce sujet n'indiquait pas le contraire. Ainsi, ce montant devait être considéré comme une prestation volontaire n'entrant pas dans la définition du salaire normalement obtenu.

La caisse a joint des tableaux des commissions et du calcul du revenu, révélant un gain assuré de CHF 41'404.78 sur six mois, soit CHF 6'900.80 par mois, et de CHF 87'403.68 sur douze mois, soit CHF 7'284.- (CHF 7'283.65) par mois. C'était ce dernier gain qui serait retenu.

**C.** **a.** Par écriture du 23 septembre 2022 adressée à la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : la chambre de céans), l'assuré a déclaré interjeter recours contre la décision de la caisse. Il a, en substance, allégué que le contrat de vente générait la commission, laquelle était généralement réglée rapidement. Il a ajouté que les dates de signature des mandats de courtage données par l'ancien employeur étaient fausses, et que les noms des sociétés ne figuraient pas dans le tableau fourni. Il n'avait plus accès à ces données. Il a donné l'exemple d'une société vendue en septembre 2021, qu'il avait déjà proposée en décembre 2018, comme cela ressortait d'un courriel produit à l'appui de son écriture. Une autre société avait été « signée » bien avant son engagement. S'agissant du fait qu'il ne pouvait déterminer avec exactitude la période de travail correspondant à chaque commission, il a fait valoir qu'il était impossible de décrire avec exactitude les composantes de n'importe quel travail. Dans la vente, le travail devait être considéré au degré de la vraisemblance prépondérante comme réalisé dans la période proche de la signature de la vente, soit dans le mois qui la précédait, et non pas lors de la signature du mandat de courtage qui pouvait intervenir des mois, voire des années avant la vente effective. Plusieurs des sociétés vendues selon la liste fournie par l'intimée devaient avoir une date de signature de mandat antérieure à son engagement. Le montant de CHF 6'000.- ne relevait pas d'une prestation volontaire, et il proposait de solliciter des informations auprès de l'avocate qui l'avait assisté dans le cadre de cette convention. Ledit montant devait être pris en compte dans le salaire déterminant. Le tableau de l'intimée, qui mentionnait des périodes d'occupation et des revenus ne correspondant pas à ses fiches de salaire, ne prenait pas en compte les commissions payées après son licenciement pour des affaires traitées en juin, ni les indemnités versées. Il paraissait plus simple de prendre en considération le certificat de salaire fourni, et d'y ajouter l'arriéré de salaire de CHF 6'000.- versé en 2022, de sorte que son revenu déterminant était de CHF 79'922.- (soit CHF 73'922.- plus CHF 6'000.-).

Dans le courriel joint, daté de décembre 2018, le recourant donnait à son interlocuteur plusieurs informations sur la société dont la vente avait donné lieu au versement d'une commission par l'ancien employeur en septembre 2021, en lui proposant un rendez-vous, indiquant en préambule que le cédant préférait une rencontre dans un premier temps et que si la « personne concrétis[ait] son intérêt, alors on regard[ait] les chiffres ».

**b.** Dans sa réponse du 14 octobre 2022, l'intimée a conclu au rejet du recours, sous suite de frais. Les dates de signature des mandats de courtage avaient été indiquées par l'ancien employeur et soumises au recourant, qui les déclarait fausses mais ne les contestait pas réellement. Si l'intimée devait prendre en compte la date du contrat de vente et non celle de la signature du mandat de courtage, certaines commissions ne pourraient être incluses dans le gain assuré, car elles avaient été versées hors de la période de référence. L'indemnité pour solde de tout compte n'avait pas été intégrée dans le revenu déterminant.

**c.** Par réplique du 21 octobre 2022, le recourant a répété qu'il était illogique de calculer son revenu déterminant sur la base des dates de conclusion des mandats de courtage. Si l'intimée voulait maintenir cette modalité de calcul, il y aurait lieu de diminuer fortement son revenu déterminant, car plusieurs commissions correspondaient à des mandats de courtage signés plus de deux ans avant la vente. S'agissant du caractère erroné des dates de signature des mandats de courtage, il a affirmé en avoir apporté la preuve par son courriel de décembre 2018, et il assurait sur son honneur que ces dates étaient fausses, de sorte que le calcul du revenu déterminant de l'intimée n'était pas juste. Il n'avait effectivement pas contesté les informations du tableau des commissions, mais c'était parce qu'il ne les avait pas comprises, comme il l'avait fait savoir. Ce tableau avait du reste été établi par la collaboratrice responsable de son licenciement. L'indemnité de CHF 6'000.- devait être incluse dans son revenu déterminant à titre d'arriéré de salaire. Il proposait de résoudre le différend en calculant le salaire déterminant sur les six derniers mois d'activité en fonction des signatures de vente, ou par simplification en le basant sur son certificat de salaire, en faisant abstraction de l'indemnité pour solde de tout compte.

**d.** Dans son écriture du 31 octobre 2022, l'intimée a persisté dans ses conclusions.

**e.** La chambre de céans a transmis copie de cette écriture au recourant le 1er novembre 2022.

**f.** Sur ce, la cause a été gardée à juger.

## EN DROIT

**1.** Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI - RS 837.0).

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

**2.** La modification du 21 juin 2019 de la LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2021.

Le recours ayant été interjeté après cette date, il est soumis au nouveau droit (art. 82*a* LPGA *a contrario*).

**3.** Déposé dans les forme et délai prévus par la loi (art. 56ss LPGA), le recours est recevable.

**4.** Le litige porte sur le montant du gain assuré, en particulier sur la manière dont les commissions doivent être prises en considération dans son calcul.

**5.** Aux termes de l'art. 22 al. 1 1ère phr. LACI, l'indemnité journalière pleine et entière s'élève à 80% du gain assuré.

**5.1** L'art. 23 al. 1 LACI définit le gain assuré comme 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 (art. 18 LPGA) correspond à celui de l'assurance-accidents obligatoire. Le gain n'est pas réputé assuré lorsqu'il n'atteint pas un montant minimum. Le Conseil fédéral détermine la période de référence et fixe le montant minimum.

Le salaire pris en compte se rapproche de la notion de salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS - RS 831.10) mais ne se recouvre pas exactement avec celui-ci, ce qui ressort de la formulation « normalement » du texte légal (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 8 ad art. 23 LACI).

**5.2** L'art. 37 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (OACI - RS 837.02) précise que 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 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. À ce jour, l'assuré doit avoir cotisé douze mois au moins pendant le délai-cadre applicable à la période de cotisation (al. 3).

**5.3** Pour déterminer si un élément de rémunération doit être inclus dans le gain assuré, seul est décisif le fait que cette rémunération se rapporte à la période en cause (arrêt du Tribunal fédéral 8C_757/2011 du 21 décembre 2011 consid. 3.4). Le Tribunal fédéral a rappelé qu'en matière de cotisations à l'AVS, un gain est réputé réalisé au moment auquel naît la prétention en paiement, en d'autres termes dès que la créance pour la prestation fournie est née, et pas seulement lors du règlement de cette créance. Il convient d'appliquer cette jurisprudence également en cas de gain intermédiaire, de sorte que la rémunération doit être imputée à la période durant laquelle la prestation rémunératoire a été fournie (ATF 122 V 367 consid. 5). Ce n'est ainsi pas le moment de l'encaissement qui est déterminant (arrêt du Tribunal fédéral 8C_358/2007 du 26 mai 2008 consid. 5.1). Il s'agit du principe de la survenance.

En matière de commissions ou de provisions, aussi bien pour la détermination du gain intermédiaire que du gain assuré, on applique également la règle selon laquelle un revenu est réputé avoir été réalisé au moment où l'assuré a fourni la prestation de travail rémunératoire, et non pas au moment de l'encaissement. Cette règle vaut aussi lorsque la rémunération consiste en une prime annuelle versée régulièrement à tous les employés sans être prévue par le contrat, et dont le montant peut varier considérablement. Il est correct de la prendre en considération au *prorata* de la période de référence (arrêt du Tribunal fédéral des assurances 8C_472/2010 du 21 octobre 2010 consid. 5.2). Les gratifications, allocations de renchérissement et primes de fidélité et de rendement doivent ainsi être imputées proportionnellement sur les autres mois de l'année pendant laquelle l'assuré a travaillé, de la même manière qu'un treizième salaire (arrêt du Tribunal fédéral 8C_148/2019 du 4 juillet 2019 consid. 5.2). Le Tribunal fédéral des assurances a fait une exception à ce principe dans le cas d'une prime 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 perçue (référence citée dans l'arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 179/06 du 15 novembre 2006 consid. 4). Statuant sur le gain assuré d'un courtier, le Tribunal fédéral a admis que l'on ne saurait se fonder sur les dates de paiement des commissions, car cela reviendrait à faire dépendre son montant des échéances de paiement du prix de vente convenu entre les parties au contrat principal, de retards éventuels intervenus dans ce paiement, ou encore de difficultés d'encaissement. Ce procédé serait source d'inégalités de traitement

entre les assurés. Retenir le moment de l'encaissement pourrait aussi conduire à considérer que des commissions versées pendant le chômage pour des contrats conclus avant celui-ci devraient être assimilées à un gain intermédiaire, alors même qu'elles ne se rattachent à aucune activité depuis le début du chômage (arrêt du Tribunal fédéral 8C_358/2007 du 26 mai 2008 consid. 5.2).

Ce système peut certes apparaître relativement compliqué quand il s'agit de commissions versées régulièrement, dans la mesure où il implique des calculs rectificatifs successifs de l'indemnité journalière. Il présente toutefois l'avantage de garantir l'égalité de traitement entre les assurés, en ce sens que le montant des indemnités compensatoires ne dépend pas des échéances de paiement convenues entre les parties. En outre, il est de nature à prévenir des abus en empêchant que les intéressés spéculent sur le moment du paiement des commissions en fonction, par exemple, de périodes où l'assuré n'était pas encore ou n'était plus au chômage (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 179/06 du 15 novembre 2006 consid. 4).

**6.** Le règlement d'entreprise du 1er juillet 2020 de l'ancien employeur prévoit notamment que les conseillers reçoivent, en sus du salaire de base, une commission sur les ventes réalisées (ch. 8.1). Le taux de la commission est de 20% du montant encaissé hors taxes (ch. 8.2). Les mandats de courtage encaissés font également l'objet d'une commission, laquelle se monte à 50% du montant encaissé hors taxes (ch. 8.3). Les commissions prises en compte dans un salaire sont comptabilisées du 21 du mois précédent au 20 du mois concerné par la fiche de salaire (ch. 8.4).

Le règlement prévoit encore aux ch. 9.1 et 9.2 que pour les conseillers, une prime mensuelle de CHF 1'000.- est versée, à bien plaire. Le contrat de travail peut prévoir des conditions différentes. Dans tous les cas, cette prime n'est versée que si le conseiller a réalisé au moins une vente dans le mois.

**7.** L'art. 11*a* al. 1 LACI dispose que la perte de travail n'est pas prise en considération tant que des prestations volontaires versées par l'employeur couvrent la perte de revenu résultant de la résiliation des rapports de travail. Aux termes de l'art. 10a OACI, sont réputées prestations volontaires de l'employeur les prestations allouées en cas de résiliation de rapports de travail régis par le droit privé ou par le droit public qui ne constituent pas des prétentions de salaire ou d'indemnités selon l'art. 11 al. 3 LACI. L'art. 11 al. 3 LACI ne vise que les prétentions dues pour la période pendant laquelle l'assuré est au chômage et les autres conditions du droit à l'indemnité de chômage sont réalisées, ce qui exclut les prétentions de salaire arriéré et les indemnités dues pour la durée des rapports de travail effectifs (ATF 139 V 384 consid. 5.4.1). Par prestations volontaires, il faut comprendre dans un sens large les indemnités de départ qui excèdent ce à quoi la loi donne droit à la fin du contrat de travail. Ces prestations peuvent reposer sur un contrat (RUBIN, op. cit., n. 5 ad art. 11a LACI).

**8.** En l'espèce, l'intimée a établi le gain assuré en ajoutant au salaire contractuel de base les commissions découlant des contrats de courtage conclus par l'intermédiaire du recourant durant la période de référence.

Cette manière de procéder est conforme à la jurisprudence citée ci-dessus. Elle correspond également aux informations données par l'ancien employeur sur le paiement des différentes commissions. En effet, par courriels du 16 et du 20 août 2021, l'ancien employeur a exposé à l'intimée que le contrat de courtage garantissait et déterminait la commission et que le contrat de vente ne constituait qu'une simple étape. Il est vrai que le règlement d'entreprise prévoit le versement d'une commission en cas de vente. Cela ne signifie toutefois pas que cette étape correspond à la prestation de travail la plus importante, même si c'est bien la vente qui génère les revenus les plus significatifs. En toute hypothèse, il paraît impossible de déterminer au degré de la vraisemblance prépondérante à quel moment cette prestation a été fournie, comme cela ressort des courriers de l'ancien employeur du 26 juillet et du 5 août 2021. Le recourant ne peut être suivi lorsqu'il affirme, de manière au demeurant péremptoire, que le travail doit être considéré comme réalisé dans le mois qui précède la vente. Certaines des commissions versées plus d'un mois après la fin des rapports de travail suffisent d'ailleurs à invalider cette allégation. Le recourant a du reste admis dans ses déterminations du 23 août 2022 que le travail relatif aux différentes ventes est difficile à dater et à quantifier. Il y a également exposé que le contrat de vente est établi par l'ancien employeur – ce qui correspond aux explications données par ce dernier le 5 août précédent, et étaye la conception selon laquelle la vente en tant que telle n'est pas l'élément caractéristique et prépondérant de la prestation de travail, et partant n'a pas à être considérée comme la prestation rémunératoire.

Compte tenu de ces éléments, on doit confirmer dans son principe l'intégration au gain assuré des commissions correspondant à des contrats de courtage conclus pendant la période de référence.

**9.** Reste à vérifier les calculs de l'intimée.

**9.1** Les commissions versées durant l'année qui précède l'inscription au chômage se sont élevées en tout à CHF 41'522.80 selon les fiches de salaire (soit CHF 8'827.80 en octobre 2020, CHF 225.- en novembre 2020, CHF 1'665.- en janvier 2021, CHF 225.- en février 2021, CHF 10'755.- en mars 2021, CHF 8'900.- en avril 2021, CHF 3'475.- en mai 2021 et CHF 7'450.- en juin 2021). L'ancien employeur a encore versé des commissions de CHF 8'956.25 en juillet 2021 et CHF 7'510.- en septembre 2021.

L'ancien employeur a indiqué dans ses tableaux du 23 septembre 2021 et du 7 mars 2022 les dates de signature des commissions de courtage comme suit, étant précisé que les commissions versées avec les salaires avant octobre 2020 sont toutes liées à des contrats de courtage conclus en dehors de la période de référence courant de juillet 2020 à juin 2021.

| Décompte de salaire | Commission | Signature du contrat de courtage |
|---|---|---|
| Octobre 2020 | CHF 6'850.- | Juillet 2020 |
| | CHF 475.- | Juillet 2020 |
| | CHF 1'068.92 | Février 2020 |
| | CHF 225.- | Septembre 2020 |
| | CHF 208.90 | Octobre 2020 |
| Novembre 2020 | CHF 225.- | Septembre 2020 |
| Janvier 2021 | CHF 225.- | Décembre 2020 |
| | CHF 1'440.- | Octobre 2017 |
| Mars 2021 | CHF 7'740.- | Février 2021 |
| | CHF 2'565.- | Juillet 2020 |
| | CHF 450.- | Février 2021 |
| Avril 2021 | CHF 8'550.- | Octobre 2020 |
| | CHF 225.- | Mars 2021 |
| | CHF 125.- | Novembre 2020 |
| Mai 2021 | CHF 1'000.- | Décembre 2020 |
| | CHF 1'000.- | Mars 2020 |
| | CHF 1'000.- | Février 2021 |
| | CHF 475.- | Février 2021 |
| Juin 2021 | CHF 2'070.- | Mars 2019 |
| | CHF 4'680.- | Août 2020 |
| | CHF 225.- | Mars 2019 |
| | CHF 475.- | Août 2020 |
| Juillet 2021 | CHF 4'406.25 | Mars 2020 |
| | CHF 3'600.- | Janvier 2021 |
| | CHF 950.- | Mars 2020 |
| Août 2021 | CHF 1'000.- | Janvier 2021 |
| Septembre 2021 | CHF 4'000.- | Mandat externe |
| | CHF 3'510.- | Décembre 2018 |

Dans sa décision sur opposition, l'intimée a repris les commissions communiquées par l'ancien employeur correspondant aux contrats de courtage signés durant la période de référence, soit CHF 1'440.- pour le contrat d'octobre 2017 ; CHF 3'510.- pour le contrat de décembre 2018 ; CHF 225.- et CHF 2'070.- pour les contrats de mars 2019 ; CHF 1'068.92 pour le contrat de février 2020 ; CHF 950.-, CHF 1'000.- et CHF 4'406.25 pour les contrats de mars 2020. Elle a ajouté les indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail à 100% de CHF 953.25 en novembre 2020, CHF 1'666.75 en décembre 2020, CHF 1'753.13 en janvier 2021, et CHF 1'627.75 en février 2021. L'intimée a en revanche omis la commission de CHF 125.- afférente à un contrat signé en novembre 2020.

On notera que si le recourant allègue que les dates de courtage mentionnées par l'ancien employeur sont erronées, il n'amène aucun élément concret qui justifierait que l'on s'en écarte. L'animosité entre l'ancien employeur et le recourant ne suffit pas à mettre en doute les renseignements donnés par le premier à l'intimée dans le cadre de son obligation légale de collaborer, ancrée à l'art. 28 al. 1 LPGA. De plus, dans la mesure où le recourant admet ne pas avoir accès aux données des différents contrats, on comprend mal comment il peut

affirmer que les indications fournies à ce sujet par son ancien employeur seraient erronées. Par ailleurs, contrairement à ce qu'il affirme dans son écriture du 23 septembre 2022, l'intimée a bien pris en compte – dans la mesure temporelle délimitée par la signature des contrats de courtage – les commissions versées après la fin des rapports de travail. Quant au courriel que le recourant a produit, dont il infère qu'il démontrerait le caractère erroné des dates communiquées pour la signature des contrats de courtage, il n'a pas la portée qu'il lui prête. Il ne ressort en effet pas de ce courriel, dont on ignore d'ailleurs qui en est le destinataire, que le contrat de courtage aurait déjà été conclu lors de sa rédaction. S'agissant de la liste des commissions que le recourant a transmise à l'intimée en août 2021, s'élevant selon lui à un revenu de CHF 68'736.-, soit CHF 11'456.- par mois, la réalité des chiffres qui y sont avancés n'est étayée par aucune autre pièce.

Partant, s'agissant des commissions, la chambre de céans s'en tiendra aux montants retenus par l'intimée sur la base des tableaux établis par l'ancien employeur, en y ajoutant toutefois la commission manquante de CHF 125.- de novembre 2020.

**9.2** Reste enfin à examiner si le montant de CHF 6'000.- versé pour solde de tout compte doit être intégré au gain assuré.

L'ancien employeur soutient qu'il s'agirait d'une prestation de sortie volontaire. Or, aucun élément ne permet de le confirmer. En premier lieu, ni le règlement ni le contrat de travail ne donnent droit à une telle prestation. Selon l'expérience générale de la vie, on peut douter qu'un employeur, dont les relations avec son ancien employé sont empreintes d'animosité, lui consente des libéralités importantes sans y être tenu contractuellement. De plus, ce versement est intervenu à l'issue d'une conciliation avec le recourant, faisant suite à ses demandes de règlement de montants dus à raison des rapports de travail. En effet, celui-ci, par son conseil, avait réclamé par courrier du 17 août 2021 à l'ancien employeur le paiement de plusieurs commissions, ou compléments de commissions qu'il estimait injustement partagées avec d'autres courtiers. Il avait également exigé la somme de CHF 3'000.-, correspondant à une prime qui lui avait été versée en mars 2020, et que l'ancien employeur avait ensuite unilatéralement déduite du salaire versé en juin 2020. Les fiches de salaire corroborent ce grief.

Si l'accord stipulant le versement du montant de CHF 6'000.- n'indique pas les postes qu'il est censé couvrir – ce qui serait d'ailleurs superfétatoire dans le cadre d'un règlement pour solde de tout compte – on ne saurait pour autant exclure qu'il s'agisse d'éléments de rémunération en lien avec les rapports de travail. Il paraît en particulier hautement vraisemblable que le montant de CHF 6'000.- était en partie destiné à compenser le salaire non versé à hauteur de CHF 3'000.- en juin 2020 par l'ancien employeur, qui avait ainsi décidé de se rembourser la prime versée quelques mois plus tôt. Dans la mesure où cette prime n'apparaît pas indue

au vu du règlement, celui-ci ne semblait pas fondé à en obtenir la restitution par compensation avec le salaire dû. S'agissant de l'imputation temporelle de cette prime, dans la mesure où le règlement prévoit le versement d'une prime mensuelle de CHF 1'000.-, quand bien même il ne s'agit à première vue pas d'une prétention pouvant faire l'objet d'une action en justice, on peut admettre que le montant de CHF 3'000.- fait partie de la rémunération pendant la période de référence et doit être intégré dans le gain assuré. Pour le surplus, dès lors qu'on ne peut établir avec certitude les autres montants, et en particulier les commissions que le solde de CHF 3'000.- du versement pour solde de tout compte est censé couvrir, on ne saurait l'intégrer dans le gain assuré. On peut rappeler ici que selon la jurisprudence cantonale, une indemnité versée pour solde de tout compte, dont l'assuré n'a pas démontré qu'elle correspondait à des commissions ou à une prestation de travail rémunératoire pendant la période de référence, ne peut être incluse dans le gain assuré (arrêt 2017 / 725 de la cour des assurances sociales du Tribunal cantonal vaudois du 23 octobre 2017 consid. 6b/bb).

**9.3** Au vu des éléments qui précèdent, la décision sur opposition doit être réformée en ce sens que le gain assuré sur douze mois doit être augmenté de CHF 125.- et CHF 3'000.-, ce qui le porte à CHF 90'528.68, arrondis à CHF 90'529.-. Cela correspond à un gain assuré de CHF 7'544.05 par mois.

On précisera encore que c'est à juste titre que l'intimée a retenu le gain assuré réalisé sur les douze derniers mois, dont le montant est plus élevé que celui perçu durant les six mois précédant la résiliation des rapports de travail.

**10.** Compte tenu de ces éléments, le recours est très partiellement admis.

**11.** Le recourant n'étant pas représenté, il n'a pas droit à des dépens (art. 61 let. g LPGA).

**12.** Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. f$^{bis}$ LPGA *a contrario*).

**PAR CES MOTIFS,**
**LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

**Statuant**

**À la forme :**

1. Déclare le recours recevable.

**Au fond :**

2. L'admet partiellement.
3. Réforme la décision de l'intimée en ce sens que le gain assuré est fixé à CHF 7'544.05 par mois.
4. Dit que la procédure est gratuite.
5. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110) ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

| La greffière | Le président |
|---|---|
| Véronique SERAIN | Philippe KNUPFER |

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