

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 23 octobre 2017

Composition : Mme BRÉLAZ BRAILLARD, présidente
M. Métral, juge, et M. Berthoud, assesseur
Greffière : Mme Laurency

Cause pendante entre :

P. _____, à [...], recourant, représenté par Me Natasa Djurdjevac Heinzer,
avocate à Lausanne,

et

E. _____ **CAISSE DE CHÔMAGE**, à [...], intimée.

Art. 23 al. 1 LACI ; art. 5 al. 2 LAVS ; art. 37 OACI

E n f a i t :

A. P._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant) a exercé l'activité de conseiller à la clientèle auprès des sociétés I._____ SA et O._____ SA à plein temps à compter du 1^{er} juin 2012, d'abord auprès de l'agence A._____, puis à l'agence Y._____.

Le contrat de travail signé par les parties comportait notamment les dispositions suivantes :

« 4. Fin du contrat

[...]

4.8 Le compte de commissions est maintenu pendant encore douze mois après la fin du contrat. Toutes les rémunérations dues après la fin du contrat sont créditées sur ce compte, et les annulations éventuelles débitées. Douze mois après la fin du contrat, le compte est soldé au dernier jour du mois. Tout solde positif est reversé ; tout solde négatif est compensé par la caution fournie par le conseiller à la clientèle en vertu de la convention de caution. Le décompte est effectué dans tous les cas le mois suivant.

4.9 Les commissions créditées sur le compte de réserve, pour lesquelles le délai d'annulation prévu dans le Règlement sur les commissions n'expire qu'après la liquidation du compte de commissions, sont versées au plus tard un an après la fin du contrat.

[...]

14. Composition des revenus

14.1 A titre de rémunération de son activité et d'indemnisation de ses frais de déplacement et autres dépenses professionnelles, le conseiller à la clientèle a droit aux indemnités suivantes :

Fixe	Article 15
Indemnisation forfaitaire des frais	Article 16
Commission d'acquisition	Article 17
Commission de renouvellement	Article 18
Commission de suivi	Article 19
Commission pour croissance du portefeuille	Article 20
Bonus	Article 21
Commission pour affaires transmises à des sociétés partenaires	Article 22

14.2 Les modalités de fixation, de calcul et d'application des différentes indemnités sont régies par le Règlement

d'indemnisation et le Règlement sur les commissions (dans sa version respectivement valide) pour les différentes offres (assurances non-vie, assurances vie, produits PFS, produits des partenaires, etc.). L'agent général peut modifier à tout moment les barèmes de commissions applicables et leurs dispositions d'application.

15. Fixe

Le conseiller à la clientèle perçoit chaque mois un fixe pour son travail d'acquisition et de suivi du portefeuille de clients. Son montant est défini dans le Règlement d'indemnisation pour conseillers à la clientèle et son annexe A qui sont joints au présent contrat.

16. Indemnisation forfaitaire des frais

Le conseiller à la clientèle est indemnisé forfaitairement pour ses débours en rapport avec ses tâches administratives, ses déplacements (visites à la clientèle, réunions, formations, manifestations, etc.), en voiture personnelle ou en transports publics, et ses autres dépenses (publicité, mesures de promotion des ventes, cadeaux à la clientèle, etc.). Le montant de ce forfait est défini dans le Règlement d'indemnisation pour conseillers à la clientèle et son annexe A qui sont joints au présent contrat.

17. Commission d'acquisition

Le conseiller à la clientèle perçoit une commission d'acquisition unique pour la conclusion de nouvelles assurances ainsi que pour toute inclusion ou augmentation dans les contrats existants. Celle-ci est calculée sur la base du Règlement sur les commissions respectivement en vigueur. Le droit à commission personnel du conseiller à la clientèle est fondé sur le barème de commissions joint au présent contrat.

18. Commission de renouvellement

Le conseiller à la clientèle perçoit une commission de renouvellement pour la prolongation (le renouvellement) de contrats existants. Celle-ci est calculée sur la base du Règlement sur les commissions respectivement en vigueur. Le droit à commission personnel du conseiller à la clientèle est fondé sur le barème de commissions joint au présent contrat.

19. Commission de suivi

Le conseiller à la clientèle peut percevoir une commission de suivi pour la gestion et le maintien du portefeuille dont la responsabilité lui a été confiée. Celle-ci est calculée sur la base du Règlement sur les commissions respectivement en vigueur. Le droit à commission personnel du conseiller à la clientèle est fondé sur le barème de commissions joint au présent contrat.

20. Commission pour croissance du portefeuille

Le conseiller à la clientèle a droit chaque mois à une commission pour croissance du portefeuille pour le développement du portefeuille Non-vie. Son montant et ses conditions d'octroi sont régis dans le Règlement sur la commission pour croissance du portefeuille des conseillers à

la clientèle. Le droit à commission personnel découle des tableaux de coefficients publiés annuellement pour son calcul.

21. Bonus

Un bonus est accordé au conseiller à la clientèle qui atteint des objectifs particuliers en termes de ventes et de chiffres d'affaires. Son montant et ses conditions d'octroi sont régis dans le Règlement sur le bonus pour conseillers à la clientèle joint au présent contrat.

[...]

25. Avantages

Un rabais sur les assurances personnelles est accordé au conseiller à la clientèle conformément au règlement d'U. _____ Suisse applicable en la matière.

[...]

28. Avance sur commissions

Le conseiller à la clientèle peut percevoir chaque mois un montant fixe à titre d'avance sur commissions. Tous les revenus qu'il perçoit, à l'exception du fixe, des frais et de la commission pour croissance du portefeuille, sont utilisés pour la rembourser. Le conseiller à la clientèle veillera à acquitter intégralement tout solde négatif éventuel, au plus tard au moment de son départ. Le versement d'avances sur commissions n'est pas un droit acquis.

Pour les détails, se reporter au Règlement d'indemnisation pour conseillers à la clientèle joint au présent contrat.

29. Caution

L'agent général peut exiger à tout moment du conseiller à la clientèle une caution en garantie de ses obligations de restitution ou d'éventuelles annulations de commissions. Ce montant est crédité sur un compte portant intérêt. Le décompte est effectué au plus tard 36 mois après la cessation du rapport de travail en tenant compte des éventuelles prétentions de l'agent général ou d'U. _____ Suisse. Les détails sont réglés dans une convention de caution écrite.

[...]

32. Modalités de paiement

Le conseiller à la clientèle reçoit des décomptes et des règlements mensuels.

Il perçoit les indemnités qui lui sont dues a posteriori. Celles-ci sont généralement versées d'ici au 25 d'un mois civil.

Le bonus fait l'objet d'un décompte annuel. »

Des précisions concernant la rémunération de base figuraient dans le Règlement d'indemnisation pour conseillers à la clientèle, dont on extrait ce qui suit :

« 2.4 **Compte d'avance et de réserve**

Un compte portant intérêts est tenu pour chaque conseiller à la clientèle bénéficiant d'avances sur commissions. Chaque mois, les avances sur commissions versées sont débitées de ce compte et toutes les commissions obtenues (commissions d'acquisition, de renouvellement et de gestion ainsi que bonus), indemnités d'initiation (chiffre 2.1), indemnités de formation (chiffre 2.2) ainsi que les indemnités pour perte de commissions (chiffre 5) y sont créditées jusqu'à ce qu'il en résulte un solde positif en faveur du collaborateur correspondant à deux mois d'avances sur commissions. Tout solde dépassant ce montant est payé comme excédent de commissions.

Si les Règlements sur les commissions prévoient une retenue sur commissions, la commission retenue est créditée sur un compte de réserve portant intérêts. Après expiration du délai d'annulation, la retenue est créditée sur le compte de commissions.

3. Bonus

Le bonus est régi par un règlement distinct. Si toutes les conditions requises pour son octroi sont réunies, il fait l'objet d'un décompte définitif au mois de janvier de l'année civile qui suit, et est versé au mois de février sur le compte de commissions. »

L'Annexe A de ce Règlement d'indemnisation, relative au montant des revenus pour conseiller, prévoyait un revenu fixe de 575 fr. par mois, une base de l'indemnité pour perte de commissions de 41'400 fr. par an, soit une base journalière de 115 fr., ainsi qu'une commission pour croissance du portefeuille de 575 fr. mensuels, montants redéfinis chaque fois pour l'année suivante.

Quant au chiffre 1.4 du Règlement sur le bonus pour conseillers à la clientèle, il stipulait que le droit au versement d'un bonus au prorata était exclu en cas de départ du conseiller à la clientèle en cours d'année civile.

Il ressort également des différents décomptes de revenus établis chaque mois par l'ancien employeur de l'assuré que ce dernier avait reçu, outre les différents postes du revenu listés sous chiffre 14.1 du contrat, deux fois la somme de 1'000 fr., avec pour mention « *Rabais prévoyance 3a* », soit une fois en novembre 2014 et la seconde fois en novembre 2015. Selon lesdits décomptes, ce montant a été soumis à

cotisation, notamment auprès de l'AVS. Conformément au décompte du mois de février 2016, une somme de 509 fr. 05 (« *Imputation ult. mois préc* ») a aussi été versée à l'assuré.

Durant son engagement auprès des sociétés I. _____ SA et O. _____ SA, l'assuré a subi plusieurs périodes d'incapacité de travail, soit du 28 octobre au 15 novembre 2015 à 100 %, du 16 au 22 novembre 2015 à 50 %, du 15 février au 6 mars 2016 à 100% et du 7 au 13 mars 2016 à 50%.

Par courrier du 5 avril 2016, l'assuré a résilié son contrat de travail au 31 mai 2016, invoquant de nombreux problèmes de santé qui l'obligeaient à changer d'orientation professionnelle pour une place de travail moins exigeante et un retour à un emploi plus conforme à sa formation.

B. L'assuré a sollicité des prestations de l'assurance-chômage à compter du 1^{er} juin 2016 en s'inscrivant auprès de l'Office régional de placement d'[...] (ci-après : l'ORP) et en adressant une demande formelle d'indemnité à l'attention de la Caisse de chômage (ci-après : la Caisse ou l'intimée), soit pour elle son agence d'[...].

Interpellé par la Caisse, l'ancien employeur de l'assuré a expliqué, par courriel du 13 juin 2016, que les commissions versées avec le salaire du mois courant concernaient les commissions réalisées le mois précédent. Il a ajouté que les éventuelles commissions réalisées au mois de mai 2016 ne seraient pas payées et que le compte de commissions restait ouvert durant douze mois après la fin des rapports de travail.

Par courrier du 13 juin 2016, la Caisse a informé l'assuré qu'il était mis au bénéfice d'un délai-cadre d'indemnisation couvrant la période du 1^{er} juin 2016 au 31 mai 2018 et que les indemnités journalières étaient arrêtées à 232 fr. 05, compte tenu d'un gain assuré de 6'295 francs.

Suite à la demande de l'assuré du 16 juin 2016, la Caisse, par son agence d'[...], a rendu une décision formelle le 30 juin 2016 confirmant le courrier du 13 juin précédent.

C. En date du 23 août 2016, l'assuré, par l'intermédiaire de son assurance protection juridique, a formé opposition contre la décision précitée, en faisant valoir notamment une motivation insuffisante de la décision et un calcul erroné du montant du gain assuré.

Par courriel du 29 août 2016 répondant à la requête de la Caisse, la cheffe de bureau de l'agence A._____ a indiqué que les rabais de prévoyance versés aux collaborateurs étaient fournis de manière centralisée par U._____. L'agence n'avait ainsi pas de détail concernant les montants et elle ne pouvait selon ses dires plus regarder les données dans le système. Dans un second échange des 25 août et 5 septembre 2016, avec une responsable du service clientèle auprès d'U._____, il a été précisé que l'employeur pouvait être amené à demander à l'ancien conseiller des commissions extournées, le conseiller étant tenu de rembourser la différence si la caution - qui s'élevait à 7'315 fr. pour P._____ - ne couvrait pas le montant.

Par décision sur opposition du 15 novembre 2016, la Caisse, soit pour elle son Centre de compétences [...], a partiellement admis l'opposition et fixé le gain assuré à 6'533 fr. dès le 1^{er} juin 2016. Dans sa motivation, la Caisse a retenu que les griefs de l'assuré n'étaient pas fondés, mais qu'il fallait néanmoins procéder à des corrections quant aux montants des salaires pris en considération pendant les différentes incapacités de travail intervenues durant la période de référence, soit du 28 octobre au 22 novembre 2015 et du 15 février au 13 mars 2016, dès lors que la Caisse se devait d'appliquer le salaire que l'assuré aurait perçu s'il n'avait pas été en incapacité de travail durant les périodes précitées. Elle a ainsi comparé la moyenne des commissions - les autres postes du revenu étant fixes - obtenues sur les six derniers mois de cotisation précédant la survenance des incapacités de travail avec la moyenne des douze derniers mois, afin de définir lequel des deux montants était le plus

élevé. Les tableaux suivants ont été établis par la Caisse sur la base des décomptes qui ont été transmis par l'ancien employeur de l'assuré :

Pour la période d'incapacité du 28 octobre au 22 novembre 2015 :

Mois	Commissions	Jours ouvrables	Total	Ij Moyenne
septembre 2015	339.75	22	Total 6 mois Jrs ouvrables : 131	
août 2015	0.00	21		
juillet 2015	0.00	23		
juin 2015	6'648.35	22		
mai 2015	4'028.65	21		
avril 2015	11'041.80	22		22'058.55
mars 2015	4'572.05	22	Total 12 mois Jrs ouvrables : 261	
février 2015	6'207.50	20		
janvier 2015	7'669.45	22		
décembre 2014	1'566.30	23		
novembre 2014	1'868.80	20		
octobre 2014	3'803.55	23		47'746.20

Pour la période d'incapacité du 15 février au 13 mars 2016 :

Mois	Commissions	Jours ouvrables	Total	Ij Moyenne
janvier 2016	3'289.70	22	Total 6 mois Jrs ouvrables : 131	
décembre 2015	12'320.20	21		
novembre 2015	10'854.70	23		
octobre 2015	2'882.42	22		
septembre 2015	339.75	22		
août 2015	0.00	21		29'686.77
juillet 2015	0.00	23	Total 12 mois	
juin 2015	6'648.35	22		
mai 2015	4'028.65	21		

avril 2015	11'041.80	22	Jrs	
mars 2015	4'572.05	22	ouvrables : 261	
février 2015	6'207.50	20	62'185.12	238.26

La Caisse a ainsi pris en considération les montants suivants à titre de commissions pour le calcul du gain assuré :

- pour le mois d'octobre 2015, 2'882 fr. 42 (2'333 fr. 60 ressortant du décompte du mois de novembre 2015 et 548 fr. 82 pour trois jours d'incapacité totale de travail au mois d'octobre 2015 [182.94 x 3]) ;
- pour le mois de novembre 2015, 10'854 fr. 70 (8'567 fr. 95 de commissions selon le décompte de décembre 2015 - après déduction de l'indemnité maladie versée par l'ancien employeur - et 1'829 fr. 40 pour dix jours d'incapacité totale de travail [182.94 x 10], ainsi que 457 fr. 35 pour cinq jours à 50 % [182.94 x 5 x 50 %]) ;
- pour le mois de février 2016, 5'910 fr. 56 (3'585 fr. 40 de commissions effectivement gagnées - le montant accordé par l'ancien employeur à titre d'indemnité maladie étant déduit - et 2'620 fr. 86 pour onze jours d'incapacité totale de travail [238.26 x 11]) et ;
- pour le mois de mars 2016, 5'476 fr. 89 (3'332 fr. 55 de commissions ressortant du décompte du mois d'avril 2016, plus 953 fr. 04 pour quatre jours d'incapacité totale de travail [238.26 x 4] et 1'191.30 pour cinq jours [238.26 x 5] [recte : 595 fr. 65 pour cinq jours à 50 %, soit 238.26 x 5 x 50 %]).

Avec les sommes obtenues, la Caisse a fait de nouveaux calculs de moyennes pour la période de référence - sur six et douze mois - , cette fois avec l'ensemble des postes du revenu (dont notamment le bonus 2015 versé en février 2016 et ventilé sur l'ensemble des mois de l'année 2015), étant précisé qu'aucun montant n'a été indiqué pour les

commissions du mois de mai 2016. Le gain assuré a ainsi été arrêté à 6'533 francs.

D. P._____, représenté par Me Natasa Djurdjevac Heinzer, a recouru le 23 décembre 2016 contre cette décision devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, en concluant principalement à sa réforme, en ce sens que le gain assuré soit fixé à 8'187 fr. à compter du 1^{er} juin 2016 ; subsidiairement à son renvoi à la Caisse pour nouvelle décision. En substance, il fait valoir que l'intimée aurait dû tenir compte dans ses calculs d'un montant de 7'315 fr. à titre de commissions pour le mois de mai 2016, ainsi que d'un bonus de 3'993 fr. 75 pour 2016.

Dans sa réponse du 11 janvier 2017, l'intimée a conclu au rejet du recours et principalement renvoyé aux considérants de la décision litigieuse. Elle a toutefois précisé que le Règlement sur le bonus pour conseillers à la clientèle ne prévoyait pas de bonus en cas de résiliation des rapports de travail en cours d'année et qu'aucun document ne faisait état d'une tentative du recourant d'obtenir cette prétention en justice. L'intimée a ajouté que la décision sur opposition du 15 novembre 2016 laissait ouverte la question d'une reconsidération, respectivement d'une révision, du calcul du gain assuré si l'assuré transmettait à la Caisse les décomptes relatifs aux éventuelles corrections opérées ultérieurement au terme des rapports de travail avec l'ancien employeur.

Par réplique du 20 février 2017, le recourant s'est prévalu de la convention extrajudiciaire par laquelle son ancien employeur s'était engagé à lui verser, pour solde de tout compte et de toute prétention du chef des rapports de travail les ayant liés, la somme de 6'500 francs. Il a estimé que ce montant devait être pris en compte dans le calcul du gain assuré. Le recourant a également fait valoir que le bonus faisait partie intégrante du contrat de travail et qu'il ne dépendait pas du bon vouloir de l'employeur, ce qui permettait, selon lui, de le considérer comme un élément du salaire. Il en a déduit que le montant de 3'993 fr. 75 devait être ajouté au calcul du gain assuré, de même que la somme de 7'315 fr. due pour solder les cautions encaissées.

Dupliquant le 9 mars 2017, l'intimée a soutenu qu'il n'était pas possible de déterminer si le montant de 6'500 fr. invoqué par le recourant pouvait être pris en considération dans le calcul du gain assuré. La Caisse a demandé l'éclaircissement de certaines questions, à savoir la nature du montant, sa composition, sa survenance et sa soumission aux cotisations sociales. Pour ce qui est de la caution, l'intimée a allégué que son montant faisait déjà partie intégrante du gain assuré - qui avait été déterminé sur la base du salaire brut -, excluant une seconde prise en compte.

Dans ses déterminations du 28 avril 2017, le recourant, toujours sous la plume de son conseil, a expliqué que le montant de 6'500 fr., fixé de manière transactionnelle, n'était pas détaillé, mais arrêté de manière globale. Il a néanmoins rappelé - outre les éléments déjà présentés dans ses précédentes écritures - que la requête de conciliation déposée devant le tribunal civil concernait tant le bonus que le remboursement des cautions retenues.

Par courrier du 9 mai 2017, l'intimée a relevé que les informations transmises par le recourant ne répondaient pas aux questions posées le 9 mars précédant, ces dernières restant ouvertes. La Caisse a par ailleurs contesté qu'il ressorte de la requête de conciliation ou de la convention extrajudiciaire que le montant de 7'315 fr. correspondait au compte caution ou aux commissions du mois de mai 2016. Pour le surplus, l'intimée a renvoyé à ses précédents écrits.

E n d r o i t :

1. a) Sous réserve de dérogations expresses, les dispositions de la LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) s'appliquent à l'assurance-chômage (art. 1 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 sont sujettes à recours (art. 56 al. 1 LPGA) auprès du tribunal des

assurances compétent, à savoir celui du canton auquel appartient l'autorité qui a rendu la décision attaquée (art. 100 al. 3 LACI et 128 al. 2 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]). Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA) et doit contenir un exposé succinct des faits et des motifs invoqués, ainsi que des conclusions (art. 61 let. b LPGA).

La LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 173.36) s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD) et prévoit la compétence de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal pour statuer (art. 93 let. a LPA-VD).

b) En l'espèce, déposé en temps utile et selon les formes prescrites par la loi, le recours est recevable.

2. a) En tant qu'autorité de recours contre des décisions prises par des assureurs sociaux, le juge des assurances sociales ne peut, en principe, entrer en matière – et le recourant présenter ses griefs – que sur les points tranchés par cette décision ; de surcroît, dans le cadre de l'objet du litige, le juge ne vérifie pas la validité de la décision attaquée dans son ensemble, mais se borne à examiner les aspects de cette décision que le recourant a critiqués, exception faite lorsque les points non critiqués ont des liens étroits avec la question litigieuse (ATF 131 V 164 consid. 2.1 ; 125 V 413 consid. 2c).

b) En l'espèce, le litige porte sur la question du montant du gain assuré, et partant sur celle du montant de l'indemnité journalière, applicable au délai-cadre d'indemnisation ouvert en faveur du recourant du 1^{er} juin 2016 au 31 mai 2018.

3. a) Aux termes de l'art. 23 al. 1 première phrase LACI, est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur

l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence, y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement, dans la mesure où elles ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail.

b) Entrent ainsi notamment dans les composantes du gain assuré au sens de l'art. 23 al. 1 LACI, le salaire de base, au mois, à l'heure ou à la tâche, y compris le salaire ou l'indemnisation en cas de maladie, d'accident ou d'invalidité, les prestations en nature, au maximum jusqu'aux montants fixés dans la législation sur l'AVS, le 13^{ème} salaire et les gratifications, si l'assuré les a effectivement touchés ou s'il a intenté une action judiciaire pour faire reconnaître des prétentions qu'il a rendues crédibles - et ce indépendamment du fait qu'elles puissent faire ou non l'objet d'une action en justice - les commissions et les primes (rendement, fidélité), pour autant qu'elles aient été versées normalement et régulièrement (Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n° 10 et 11 *ad* art. 23 LACI).

c) Conformément à l'art. 5 al. 2 LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.10), le salaire déterminant provenant d'une activité dépendante comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Sont ainsi notamment inclus dans le salaire déterminant le salaire au temps, aux pièces (à la tâche) et à la prime, y compris les indemnités pour les heures supplémentaires, le travail de nuit et en remplacement, les allocations de résidence et de renchérissement, les gratifications, les primes de fidélité et au rendement, les avantages appréciables en argent provenant de participations de collaborateur, les pourboires, s'ils représentent une part importante du salaire, les prestations en nature ayant un caractère régulier, les provisions et les commissions (art. 7 RAVS [règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.101]). Aux termes de l'art. 9 RAVS, le dédommagement pour frais généraux encourus, à savoir les dépenses résultant pour le salarié de l'exécution de ses travaux, n'est pas compris

dans le salaire (al. 1). En revanche, ne font pas partie des frais généraux les indemnités accordées régulièrement pour le déplacement du domicile au lieu de travail habituel et pour les repas courants pris au domicile ou au lieu de travail habituel ; ces indemnités font en principe partie du salaire déterminant (al. 2).

d) Le salaire pris en compte comme gain assuré au sens de l'assurance-chômage se rapproche de la notion précitée de salaire déterminant au sens de la LAVS, mais ne se recouvre pas exactement avec celui-ci, ce qui ressort d'ailleurs de la formulation « normalement » contenue dans le texte légal de l'art. 23 al. 1 LACI (TF C 155/06 du 3 août 2007 consid. 5.1 ; également Rubin, *op. cit.*, n° 8 *ad* art. 23 LACI ; voir aussi Thomas Nussbaumer, *Arbeitslosenversicherung in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit*, Ulrich Meyer [édit.], 3^e éd., Bâle 2016, n° 366 p. 2376). 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 (ATF 130 V 492 consid. 4.2.4), des gains accessoires (ATF 126 V 207, 125 V 475 consid. 5a), d'un bonus versé une seule fois dans des circonstances particulières (TF C 139/05 précité), ou encore des indemnités pour inconvénients de service et indemnités de frais (Rubin, *op. cit.*, n° 11 *ad* art. 23 LACI et DTA 1992 n° 14 p. 139 consid. 2b). 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 citées ; TF C 139/05 du 26 juin 2006 consid. 4.1).

e) Enfin, il convient d'ajouter que, par salaire normalement obtenu au sens de l'art. 23 al. 1 LACI, il faut entendre la rémunération touchée effectivement par l'assuré. Le salaire contractuel n'est déterminant que si les parties respectent sur ce point les clauses contractuelles. Il s'agit en effet d'éviter des accords abusifs selon lesquels

les parties conviendraient d'un salaire fictif qui, en réalité, ne serait pas perçu par le travailleur : un salaire contractuellement prévu ne sera dès lors pris en considération que s'il a réellement été perçu par le travailleur durant une période prolongée, sans faire l'objet de contestations (ATF 131 V 444 consid. 3.2 ; TF 8C_913/2011 du 10 avril 2012 consid. 3.1 ; C 155/06 du 3 août 2007 consid. 3.2).

4. a) L'art. 37 OACI 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 référence commence à courir le jour précédant le début de la perte de gain à prendre en considération quelle que soit la date de l'inscription au chômage. A ce jour, l'assuré doit avoir cotisé douze mois au moins pendant le délai-cadre applicable à la période de cotisation (al. 3). Lorsque le salaire varie en raison de l'horaire de travail usuel dans la branche, le gain assuré est calculé conformément aux al. 1 à 3, mais au plus sur la moyenne annuelle de l'horaire de travail convenu contractuellement (al. 3bis).

b) En matière de commission ou de provision, on applique la règle selon laquelle un revenu est réputé réalisé au moment où l'assuré a fourni la prestation de travail rémunératoire (principe dit « de survenance ») et non pas au moment de l'encaissement (ATF 122 V 367 consid. 5b). Ce principe est valable aussi bien pour la détermination du gain intermédiaire que pour le calcul du gain assuré. Il est applicable également s'agissant de la prise en considération d'une prime censée rémunérer un travail accompli tout au long de l'année. Dans ce dernier cas, il convient de prendre en considération la prime au prorata de la partie d'année comprise dans la période de référence (TF 8C_472/2010 du 21 octobre 2010 consid. 5.2 ; 8C_757/2011 du 21 décembre 2011 consid. 3.3 et 3.4 ; Rubin, *op. cit.*, n° 23 *ad art.* 23 LACI).

5. 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 ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 139 V 176 consid. 5.3 et les références citées). Il n'existe aucun principe juridique dictant à l'administration ou au juge de statuer en faveur de l'assuré en cas de doute (ATF 135 V 39 consid. 6.1 et les références citées).

6. Dans le cas présent, le recourant ne remet pas en question la méthode de calcul appliquée par l'intimée, soit le calcul du gain assuré sur la base des six ou douze derniers mois de salaire, ni la période de référence, ni la ventilation du bonus 2015 (touché en février 2016) sur l'ensemble des mois de l'année 2015. Il s'est limité à contester le fait que les montants de 3'993.75 fr. (pour le bonus 2016) et de 7'315 fr. (pour le mois de mai 2016) - ou à tout le moins celui de 6'500 fr. obtenu à titre transactionnel de son ancien employeur (réplique du 20 février 2017) - n'aient pas été pris en compte dans le calcul du gain assuré.

a) En premier lieu, la Cour de céans constate, à l'instar de l'intimée, que le Règlement sur le bonus pour conseillers à la clientèle est clair sur l'exclusion du droit au bonus en cas de cessation des rapports de travail avant le 31 décembre. Le recourant n'apporte d'ailleurs aucune preuve qui permettrait de retenir qu'un montant a été versé - de manière effective (consid. 3e *supra*) - par l'ancien employeur à titre de bonus pour l'année 2016. En particulier, il ne démontre pas que les 6'500 fr. prévus par la convention extrajudiciaire concernaient le bonus et non pas un autre montant (restitution du montant qui restait sur le compte caution, solde du compte pour les commissions ultérieures au mois de mai 2016

selon le chiffre 4.8 du contrat de travail, etc.). Mal fondé, ce grief doit être écarté.

b) S'agissant ensuite des commissions pour le mois de mai 2016, on constate avec le recourant que l'intimée n'a retenu aucun montant dans ses calculs pour ce poste. Or, le mois de mai 2016 entre dans la période de référence. En vertu du principe de survenance (consid. 4b *supra*), il aurait ainsi fallu inclure les commissions gagnées le mois en question.

En l'absence d'indication de l'intimée à ce titre, il y a lieu d'examiner si on peut déterminer le montant à considérer au vu des éléments au dossier.

aa) Le recourant soutient que c'est la somme de 7'315 fr. qui aurait dû être comptabilisée pour les commissions du mois de mai 2016. Cependant, il ne démontre pas que cette somme soit celle qu'il aurait effectivement perçue à titre de commissions pour le mois de mai 2016. Il semble plutôt expliquer que ce montant correspond à l'argent accumulé sur le compte caution. Or, comme le relève l'intimée à juste titre, les déductions mensuelles de 150 fr., créditées sur le compte caution, sont déjà comprises dans le salaire brut calculé pour le gain assuré. Rien ne justifie de les compter à double. Par conséquent, il n'y a pas lieu d'ajouter les 7'315 fr. au calcul du gain assuré.

bb) Pour ce qui est de la somme de 6'500 fr. également invoquée par le recourant, ce dernier n'a pas non plus établi qu'il s'agisse des commissions pour le mois de mai 2016, ni que le montant ait été touché à titre de revenu réalisé pour une prestation de travail rémunératoire fournie pendant la période de référence (consid. 4b *supra*). Partant, on ne peut en tenir compte dans le calcul du gain assuré, ce d'autant moins s'il s'agit - comme l'allègue le recourant - du remboursement du compte caution (consid. 6b/aa *supra*).

cc) Cela étant, on constate que le dossier tel que transmis par l'intimée ne contient aucun élément permettant d'établir le montant des commissions du mois de mai 2016, qui devrait vraisemblablement être indiqué sur le décompte des revenus de juin 2016 ou sur tout autre document relatif à l'évolution des contrats conclus par le recourant. C'est donc à tort que l'intimée n'a pas instruit davantage cette question. Elle aurait dû s'enquérir des commissions réalisées durant ce mois et en tenir compte dans le calcul lié au gain assuré vu la période de référence.

c) On note également qu'un montant de 509 fr. 05 figure dans le décompte du mois de février 2016 avec la mention « *Imputation ult. mois préc* ». L'intimée n'en a pas tenu compte dans ses calculs dans la mesure où seule la somme de 3'289 fr. 70 – soit les commissions (hors bonus 2015) – est indiquée dans les différents tableaux pour le mois de janvier 2016. Il semblerait toutefois que ces 509 fr. 05 correspondent à un montant correctif dû au recourant pour le mois de janvier 2016 (selon le Règlement d'indemnisation et son Annexe A). Le dossier ne permet toutefois pas d'élucider la question.

d) De surcroît, le recourant a reçu deux fois la somme de 1'000 fr., soit 1'000 fr. en novembre 2014 et 1'000 fr. en novembre 2015, à titre de « *Rabais prévoyance 3a* ». L'intimée ne les a pas pris en considération vu qu'elle ne fait état que de 3'803 fr. 55 pour octobre 2014 et de 2'882 fr. 42 pour octobre 2015. Les chiffres pour novembre 2014 et novembre 2015 n'en tiennent pas non plus compte. La Cour de céans constate cependant que ces montants sont soumis à cotisation auprès de l'AVS et pourraient faire partie intégrante du salaire déterminant, vraisemblablement à titre de versements en vertu du chiffre 25 du contrat signé par les parties (sous la rubrique « *Avantages* »).

e) Les éléments du dossier permettent donc de retenir que le gain assuré n'a pas été correctement fixé, sans toutefois permettre de déterminer les montants qui auraient dû être pris en compte pour le calculer.

7. a) Aux termes de la jurisprudence, le juge cantonal qui estime que les faits ne sont pas suffisamment élucidés a en principe le choix entre deux solutions : soit renvoyer la cause à l'assureur pour complément d'instruction, soit procéder lui-même à une telle instruction complémentaire. Un renvoi à l'assureur, lorsqu'il a pour but d'établir l'état de fait, ne viole ni le principe de simplicité et de rapidité de la procédure, ni le principe inquisitoire (ATF 137 V 210 consid. 4.4.1.4 et 4.4.1.5 ; 122 V 157 consid. 1d). Le renvoi à l'assureur apparaît en général justifié si celui-ci a constaté les faits de façon sommaire, dans l'idée que le tribunal les éclaircirait comme il convient en cas de recours (DTA 2001 n° 22 p. 170 consid. 2).

Selon le principe inquisitoire qui régit la procédure dans le domaine des assurances sociales, les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par l'assureur, qui prend les mesures d'instruction nécessaires et recueille les renseignements dont il a besoin (art. 43 al. 1 LPGA). Le devoir d'instruction s'étend jusqu'à ce que les faits nécessaires à l'examen des prétentions en cause soient suffisamment élucidés (TF 8C_746/2011 du 13 mars 2012 consid. 4.2).

b) En l'espèce, compte tenu des points exposés ci-dessus (consid. 6a à d *supra*), les éléments au dossier ne sont pas suffisamment élucidés pour permettre à la Cour de céans de statuer en pleine connaissance de cause. L'intimée s'est en effet prononcée sur la base d'un dossier incomplet. Il se justifie donc d'aller dans le sens de la conclusion subsidiaire du recourant et d'ordonner le renvoi de la cause à l'intimée, à laquelle il revient au premier chef d'instruire. Cette solution apparaît comme la plus opportune, vu les lacunes du dossier sur plusieurs points. Il appartiendra donc à l'intimée de procéder à un nouveau calcul du gain assuré en tenant compte des commissions pour le mois de mai 2016, et le cas échéant – en fonction des renseignements qui seront obtenus – des sommes de 509 fr. 05 et de deux fois 1'000 fr. pour les mois d'octobre 2014 et d'octobre 2015.

c) On constate enfin une erreur de calcul dans les jours ouvrables comptabilisés dans le cadre du tableau des indemnités journalières moyennes pour la période d'incapacité du 15 février au 13 mars 2016 (point 22 de la décision sur opposition). Le mois de novembre 2015 comptait en effet vingt-et-un jours ouvrables (au lieu de 23), celui de décembre 2015 vingt-trois (au lieu de 21) et celui de janvier 2016 vingt-et-un (au lieu de 22), soit un total de 130 jours ouvrables sur six mois et de 260 sur douze mois (y compris les jours fériés).

8. a) En définitive, le recours doit être admis et la décision annulée, la cause étant renvoyée à la Caisse cantonale de chômage pour complément d'instruction et nouvelle décision au sens des considérants.

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

En l'espèce, obtenant gain de cause avec l'assistance d'un mandataire professionnel, le recourant a droit à une indemnité de dépens à titre de participation aux honoraires de son conseil, qu'il convient d'arrêter à 1'500 fr. (art. 10 et 11 TFJDA [tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative ; RSV 173.36.5.1]).

c) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
p r o n o n c e :**

I. Le recours est admis.

II. La décision rendue le 30 novembre 2016 par E. _____ Caisse de chômage est annulée et le dossier renvoyé à l'intimée pour

instruction complémentaire et nouvelle décision au sens des considérants.

III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

IV. E._____ Caisse de chômage versera une indemnité de dépens de 1'500 fr. (mille cinq cents francs) à P._____.

La présidente :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Natasa Djurdjevac Heinzer (pour P._____),
- E._____ Caisse de chômage,
- Secrétariat d'Etat à l'économie,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :