

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 7 juin 2023

Composition : Mme BERBERAT, présidente
Mmes Durussel et Pasche, juges
Greffière : Mme Parel

Cause pendante entre :

J._____, à B._____, recourant,

et

Caisse de chômage A._____, à L._____, intimée.

**Art. 413 al. 1 CO ; 22 et 23 al. 1 LACI ; 52 al. 1 LPGA ; 12 OPGA ; 37
et 40a OACI**

E n f a i t :

A. J._____, né en 1966 (ci-après : l'assuré et/ou le recourant), a travaillé en qualité de courtier et de conseiller en immobilier d'entreprise du 1^{er} juin 2020 au 30 avril 2022 auprès de G._____, à L._____ (ci-après : l'employeur). Ce dernier a résilié le contrat de travail pour des motifs économiques. Compte tenu d'une incapacité de travail de l'assuré en février 2022, la fin des rapports de travail a été reportée au 31 mai 2022. L'assuré s'est inscrit à l'Office régional de placement (ci-après : ORP) de [...] le 28 avril 2022 et a revendiqué des prestations de l'assurance-chômage à compter du 1^{er} mai 2022. Un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert du 1^{er} juin 2022 au 31 mai 2024.

Par courrier du 17 juin 2022, la Caisse de chômage A._____ (ci-après : la Caisse et/ou l'intimée) a requis de l'employeur de l'assuré qu'il lui indique comment ses commissions étaient versées, notamment s'il y avait un décalage, et à quelles périodes elles correspondaient.

Par courriel du 23 juin 2022, l'employeur a répondu ce qui suit (sic) :

« Versement des commissions : Le versement des honoraires est prévu contractuellement. Tant que les factures d'honoraires n'ont pas été payées intégralement à la société, aucune commission n'est reversée aux courtiers. Celles-ci sont payées dès réception du paiement des honoraires complets à la société. Il n'y a pas de rapport entre les dates de versement et le mois en question. En effet, par exemple, nous pouvons facturer en janvier 2021 et être payé en septembre 2021. Aussi il faut faire une moyenne des commissions perçues sur une année pour le calcul du chômage. »

Par courrier du 24 juin 2022, la Caisse a demandé à l'employeur le détail de chaque montant versé entre le 1^{er} juin 2021 et le 31 mai 2022, en expliquant que le principe de survenance applicable l'obligeait à répartir les commissions reçues sur les mois concernés.

Par courriels des 28 juin, 29 juin et 4 juillet 2022, l'employeur a communiqué à la Caisse une liste retraçant la date de chaque facture d'honoraires, celle de l'encaissement et celle de la signature du mandat ayant pour référence toutes les commissions versées sur la période de juin 2021 à mai 2022.

Par courrier du 8 juillet 2022, la Caisse a informé l'assuré que le gain assuré s'élevait à 5'434 fr. et l'indemnité journalière à 200 fr. 35 brut.

Le 6 août 2022, l'assuré a contesté le montant du gain assuré en faisant valoir que ses revenus avaient été nettement plus élevés.

Par décision du 10 août 2022, la Caisse a fixé à 5'434 fr. le gain assuré et à 200 fr. 35 l'indemnité journalière (80 % du gain assuré) durant le délai-cadre d'indemnisation courant du 1^{er} juin 2022 au 31 mai 2024. Elle a joint à sa décision un tableau récapitulatif des gains pris en compte durant le délai-cadre de cotisation allant du 1^{er} juin 2021 au 31 mai 2022, dont il ressort que l'assuré a perçu 65'207 fr. 74 durant ces douze mois, sur la base d'un salaire fixe de 4'000 fr. bruts et de commissions diverses.

Par courrier du 9 septembre 2022, l'assuré a formé opposition à la décision du 10 août 2022. Il a fait valoir que la Caisse s'était basée sur des informations et un tableau transmis par son employeur, qui ne reflétaient pas les revenus qu'il avait perçus durant sa période d'activité chez celui-ci. Il a requis de la Caisse qu'elle procède au calcul du gain assuré en se fondant sur les justificatifs figurant en annexe, à savoir ses fiches de salaire relatives aux mois de juin 2020 à mai 2022 compris.

Par lettre du 16 septembre 2022, la Caisse a demandé à l'employeur de lui transmettre la liste relative à chaque commission versée pour la période du 1^{er} juin 2021 au 31 mai 2022, avec indication pour chacune d'entre elles de la date de la signature du contrat de vente ou du bail à loyer y référents, en exposant notamment ce qui suit (sic) :

« [...] à l'examen des divers échanges de mails que vous avez eu avec notre agence, nous avons constaté que vous avez indiqué la date de la signature du mandat pour chaque mois et commission concernée et non la date de signature du contrat de vente ou de bail à loyer. Cependant, c'est bien la date de signature du contrat de vente ou du bail à loyer qui correspond à la concrétisation du travail effectué en amont par le courtier en immobilier.

Or, c'est la date de conclusion et signature du contrat de vente ou de la signature du bail à loyer qui est importante pour le principe de survenance, auquel la caisse de chômage doit se référer, et qui est lié à la commission versée.

En effet, dans le cadre de l'assurance-chômage, la règle veut en principe que le gain obtenu est pris en compte pour les mois de cotisation durant lesquels la prestation de travail a été fournie (principe de la survenance). La date à laquelle les versements ont été effectués est donc sans importance (p. ex. 13^e mois de salaire, commissions, primes de fidélité et d'ancienneté). »

Par courriel du 20 septembre 2022, l'employeur a adressé à la Caisse la liste des dates de signature des contrats de vente ou de bail à loyer pour les commissions perçues par l'assuré. On y lit ce qui suit :

« **Novembre 2021 :**

Salaire fixe : CHF 4'000.-

Commissions : CHF 11'068.-

Détail des commissions :

- Facture [...] = CHF 653,18.-

Correspond à une facture d'honoraire envoyée au client en septembre 2021 et encaissée en novembre 2021.

Signature de mandat le 21.01.2021.

Signature du bail à loyer : 26.08.2021

- Facture [...] = CHF 10'414,92.- correspond à une facture d'honoraire envoyée au client en octobre 2021 et encaissée en novembre 2021.

Signature de mandat le 11.11.2020

Signature du bail à loyer : 26.03.2021

Décembre 2021 :

Salaire fixe : CHF 4'000.-

Commissions : CHF 5'420,55.-

Détail des commissions :

- Facture [...] = CHF 1650,60.- correspond à une facture d'honoraire envoyée au client en mai 2021 et encaissée en décembre 2021.

Signature mandat : 22.02.2018

Signature du bail à loyer : 16.04.2021

- Facture [...] = CHF 2706,28.- correspond à une facture d'honoraire envoyée au client en novembre 2021 et encaissées en décembre 2021.

Signature mandat : 14.01.2021

Signature du bail à loyer : 08.11.2021

- Facture [...] = CHF 423,36.- correspond à une facture d'honoraire envoyée au client en novembre 2021 et encaissée en décembre 2021.

Signature mandat : 31.05.2021

Signature du bail à loyer : 02.11.2021

- Facture [...] = 640,33.- correspond à une facture d'honoraire envoyée au client en novembre 2021 et encaissée en décembre 2021.

Signature mandat : 05.09.2018

Signature du bail à loyer : 25.10.2021

Janvier 2022 :

Salaire fixe : CHF 4'000.-

Commissions : 4965,25.-

Détail des commissions :

- Facture [...] = CHF 4965,25.- correspond à une facture d'honoraire envoyée au client en décembre 2021 et encaissée en janvier 2022.

Signature mandat : 11.11.2020

Signature du bail à loyer : 27.02.2021

Février 2022 :

Salaire fixe : CHF 4'000.-

Commissions : CHF 3'763,75.-

Détail des commissions :

- [...] = 2164,28.- correspond à une facture d'honoraire envoyée au client en octobre 2021 et encaissée en février 2022.

Signature mandat : 07.02.2020

Signature du bail à loyer : 19.03.2021

- [...] = CHF 1599,47.- correspond à une facture d'honoraire envoyée au client en décembre 2021 et encaissée en février 2022.

Signature mandat : 12.11.2019

Signature du bail à loyer : 15.12.2021

Mars 2022 :

Salaire fixe : CHF 4'000.-

Commissions : CHF 3'240.-

Détail des commissions :

- [...] = 3240.- correspond à une facture d'honoraire envoyée au client en février 2022 et encaissée en mars 2022.

Signature mandat : 29.12.2020

Signature acte de vente : 14.12.2021

Avril 2022 :

Salaire fixe : CHF 4'000.-
- pas d'honoraires

Mai 2022 :

Salaire fixe : CHF 4'000.-
- pas d'honoraires »

Par courriel du 21 septembre 2022, l'employeur a complété la liste demandée par la Caisse comme suit :

« Juin 2021 :

- [...] = 708.83.-

Date signature bail/acte de vente : 7.05.2021

Juillet 2021 :

Rien

Août 2021 :

- [...] = CHF 4788.-

Date signature bail/acte de vente : 23.03.2021

- [...] = CHF 1456.56.-

Date signature bail/acte de vente : 15.06.2021

- [...] = CHF 1363.28.-

Date signature bail/acte de vente : 23.04.2021

Septembre 2021 :

- [...] = CHF 1025.74

Date signature bail/acte de vente : 25.08.2021

Octobre 2021 :

- [...] = CHF 3321.-

Date signature bail/acte de vente : 12.10.2021 »

Par courrier du 23 septembre 2022, la Caisse a donné à l'assuré la possibilité de retirer son opposition en indiquant qu'après avoir reçu les réponses de son employeur à son courrier du 16 septembre précédent, elle envisageait de rendre une décision plus défavorable que celle du 10 août 2022. Après avoir exposé la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de détermination du gain assuré lorsque le salaire a été composé de commissions selon laquelle, en application du principe de la survenance dans l'assurance-chômage, 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 (ATF 122 V 367 consid. 5b p. 371 notamment), la Caisse a précisé que cette règle était

compatible avec l'art. 413 CO prévoyant que le courtier a droit à son salaire dès que l'indication qu'il a donnée ou la négociation qu'il a conduite aboutit à la conclusion du contrat (TF 8C_358/2007 du 26 mai 2008). La Caisse a expliqué qu'elle prenait en compte le montant de la commission pour le mois durant lequel le contrat de vente ou le bail à loyer avait été signé et que les commissions soulignées en vert dans la liste annexée au présent courrier étaient retenues à titre de salaire brut dans le calcul du gain assuré, calculé sur la base des 6 ou 12 derniers mois avant l'inscription au chômage de l'assuré, soit pour la période du 1^{er} juin 2021 au 31 mai 2022.

Par courrier du 6 octobre 2022, l'assuré a confirmé maintenir son opposition du 9 septembre 2022. Il a joint à sa lettre une copie de son contrat de travail en relevant que celui-ci spécifiait que les commissions ne lui étaient payées qu'au moment où l'employeur aurait lui-même reçu l'entier du montant facturé. Il a fait valoir l'application de l'art. 413 CO qui dispose que le courtier a droit à son salaire dès que l'indication qu'il a donnée ou la négociation qu'il a conduite aboutit à la conclusion du contrat (al. 1) et que lorsque le contrat a été conclu sous condition suspensive, le salaire n'est dû qu'après l'accomplissement de la condition (al. 2). A cet égard, il a relevé que dans la majorité des affaires conclues le contrat de bail était conditionné à certaines conditions (travaux, mises en état, autorisation d'exploiter, etc.), raison pour laquelle il pouvait y avoir un décalage assez long entre la signature du bail et le versement de la commission.

Par décision sur opposition du 13 octobre 2022, la Caisse a rejeté l'opposition, annulé la décision du 10 août précédent et fixé le gain assuré à compter du 1^{er} juin 2022 à 5'256 fr., en considérant en substance que, dans la mesure où ni l'employeur ni l'assuré n'avaient été en mesure de déterminer avec exactitude la période de travail correspondant à chaque commission versée, il convenait de retenir la date de la signature du contrat de vente ou de bail à loyer et non celle de la signature du mandat ou de l'encaissement pour décider quelles commissions devaient

être prises en considération durant le délai-cadre de cotisation aux fins de fixer le gain assuré.

Par décision sur opposition du 17 octobre 2022, la Caisse a rendu une nouvelle décision sur opposition annulant et remplaçant celle rendue le 13 octobre 2022, laquelle omettait de retirer l'effet suspensif. Sur le fond, cette décision reprend les faits et l'argumentation de la décision sur opposition du 13 octobre 2022.

B. Par acte du 16 novembre 2022, J. _____ a recouru devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Vaud contre la décision sur opposition rendue par la Caisse le 17 octobre précédent, en concluant à son annulation et au renvoi de la cause à l'intimée pour nouveau calcul de son gain assuré tenant compte des revenus perçus durant les douze derniers mois de son activité chez G. _____, à hauteur de 89'121 francs. Le recourant conteste l'application du principe de survenance, en relevant que la jurisprudence qui s'y réfère date de plus de vingt ans. Il expose avoir été deux fois au chômage en tant que courtier immobilier ces dix dernières années et n'avoir jamais été soumis à ce principe pour ce qui concerne le calcul de son gain assuré. En outre, il allègue qu'un de ses collègues, licencié en même temps que lui, n'a pas été traité de la même manière, en ce sens que la caisse de chômage qui s'occupe de son cas a « simplement » calculé son gain assuré en se basant sur la moyenne des revenus (fixes et commissions) réalisés lors des douze derniers mois d'activité. Enfin, se référant à son contrat de travail, selon lequel « le courtier a droit à son salaire dès que l'indication qu'il a donnée ou la négociation qu'il a conduite aboutit à la conclusion du contrat » et, lorsque le contrat a été conclu sous condition suspensive, après l'accomplissement de la condition, le recourant considère que le principe de la survenance n'est pas applicable. Il expose en outre ce qui suit (sic) :

« Sachant, que mon activité était basée exclusivement sur la location ou la vente d'objets commerciaux, industriels ou artisanaux, où, à chaque fois il y avait des conditions à remplir (droit d'exploitation, travaux de mise aux normes, permis de construire etc...). Les délais étaient relativement longs entre la signature d'un

bail et le versement du 1^{er} loyer, respectivement de la commission. Pour pouvoir remplir les conditions, il y a un travail à effectuer. En se basant sur le principe de survenance, cela équivaut à ne pas tenir compte de ce travail. »

Par réponse du 12 décembre 2022, l'intimée a conclu au rejet du recours en faisant valoir que le recourant n'avait pas amené d'élément de fait ou d'arguments nouveaux de nature à remettre en cause la décision entreprise. Elle s'est référée pour le surplus à la motivation de la décision sur opposition entreprise.

E n d r o i t :

1. a) La LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) est, sauf dérogation expresse, applicable en matière d'assurance-chômage (art. 1 al. 1 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0]). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte peuvent faire l'objet d'un recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 56 al. 1 LPGA ; 100 al. 3 LACI, 128 al. 1 et 119 al. 1 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]), dans les trente jours suivant leur notification (art. 60 al. 1 LPGA).

b) En l'occurrence, déposé en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

2. Le litige porte sur le montant du gain assuré et de l'indemnité journalière du recourant.

3. a) A teneur de l'art. 52 al. 1 LPGA, les décisions peuvent être attaquées dans les trente jours par voie d'opposition auprès de l'assureur qui les a rendues, à l'exception des décisions d'ordonnancement de la procédure. Aux termes de l'art. 12 al. 1 OPGA (ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.11), l'assureur n'est pas lié par les conclusions de l'opposant. Il peut modifier la décision à l'avantage ou au détriment de l'opposant. L'art. 12 al. 2 OPGA précise toutefois que si l'assureur envisage de modifier la décision au détriment de l'opposant, il donne à ce dernier l'occasion de retirer son opposition.

L'art. 12 al. 2 OPGA fonde un double devoir d'information : l'assureur doit non seulement avertir l'opposant du risque de se retrouver dans une position plus défavorable (*reformatio in pejus*), mais également de la possibilité de retirer son opposition (ATF 131 V 414 consid. 1).

b) En l'espèce, l'intimée a respecté la procédure de la *reformatio in pejus*, dès lors qu'elle a informé le recourant des éléments susceptibles de l'amener à modifier sa décision de façon défavorable et lui a donné l'occasion de retirer son opposition (cf. courrier du 23 septembre 2022).

4. a) Aux termes de l'art. 23 al. 1 LACI, est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence, y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement, dans la mesure où elles ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail (première phrase).

Le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (art. 37 al. 1 OACI). Il est déterminé sur la base du salaire moyen des douze derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation si ce salaire est plus élevé que le salaire moyen visé à

l'art. 37 al. 1 OACI (art. 37 al. 2 OACI). La période de référence commence à courir le jour précédant le début de la perte de gain à prendre en considération quelle que soit la date de l'inscription au chômage ; à ce jour, l'assuré doit avoir cotisé douze mois au moins pendant le délai-cadre applicable à la période de cotisation (art. 37 al. 3 OACI).

En matière de commissions ou de provisions, on applique aussi bien pour la détermination du gain intermédiaire que du gain assuré 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 le moment de l'encaissement (principe de la survenance ; ATF 122 V 367 consid. 5b ; TF 8C_318/2018 du 29 janvier 2019 consid. 5.2).

Le Tribunal fédéral a précisé que le principe de la survenance dans l'assurance-chômage est compatible avec l'art. 413 CO prévoyant que le courtier a droit à son salaire dès que l'indication qu'il a donnée ou la négociation qu'il a conduite aboutit à la conclusion du contrat (al. 1). L'art. 413 CO (de droit dispositif) suppose que le contrat soit valablement conclu ; il n'est pas nécessaire en revanche qu'il soit exécuté. Le paiement effectif du prix de vente n'est en principe pas une condition de la rémunération du courtier (TF 8C_358/2007 du 26 mai 2008 consid. 5.2).

b) En l'espèce, il est vrai que le contrat d'engagement entre G._____ et le recourant prévoit que « le courtier a droit à son salaire dès que l'indication qu'il a donnée ou la négociation qu'il a conduite aboutit à la conclusion du contrat » et, lorsque le contrat a été conclu sous condition suspensive, après l'accomplissement de la condition. Mais contrairement à ce que voudrait le recourant, cela ne justifie pas que l'on prenne en compte dans le gain assuré des commissions payées entre les mois de juin 2021 à mai 2022 pour des contrats conclus avant le mois de juin 2021 et qui ne concernent pas des activités exercées pendant la période de référence d'une année du délai-cadre de cotisation (juin 2021 à mai 2022). L'admettre reviendrait à faire dépendre le montant du gain assuré des échéances de paiement du prix de vente convenu entre les parties au contrat principal ou 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 (cf. TF 8C_358/2007 consid. 5.2 op. cit.). La décision entreprise n'est dès lors pas critiquable sur ce point et le grief de violation de l'égalité de traitement entre les assurés tombe à faux pour les motifs exposés dans l'arrêt du Tribunal fédéral ci-dessus cité.

Pour le surplus, les allégations du recourant selon lesquelles, lors de précédentes périodes de chômage, son gain assuré n'aurait pas été calculé en application du principe de la survenance mais sur la moyenne des gains réalisés (fixes et commissions) les douze derniers mois de son activité ne sont pas établies par pièces, de sorte qu'elles ne peuvent pas être prises en considération. L'auraient-elles été qu'elles n'auraient de toute façon pas modifié la situation d'un point de vue juridique, la caisse intimée ayant appliqué le principe de la survenance conformément à la jurisprudence bien ancrée du Tribunal fédéral en matière de salaire payé par commissions, comme on l'a vu au paragraphe précédent (cf. TF 8C_358/2007 du 26 mai 2008 consid. 5.2 ; 8C_472/2010 du 21 octobre 2010 consid. 5.2 ; TF 8C_246/2021 du 2 juillet 2021 [en italien] consid. 4.2).

5. Le recourant invoque une violation du principe de l'égalité de traitement en lien avec le calcul de son gain assuré. Il fait ainsi valoir qu'une autre caisse de chômage aurait calculé le gain assuré de son ancien collègue, exerçant la même activité et licencié en même temps que lui, en se basant sur la moyenne des gains perçus les douze derniers mois de son activité, qu'ils aient été fixes ou payés sous forme de commissions.

a) Une décision viole le principe de l'égalité consacré à l'art. 8 al. 1 Cst., lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se

justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou qu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante (ATF 146 II 56 consid. 9.1 et les références). Les situations comparées ne doivent pas nécessairement être identiques en tous points, mais leur similitude doit être établie en ce qui concerne les éléments de fait pertinents pour la décision à prendre (ATF 130 I 65 consid. 3.6 et les références).

b) En tant que le recourant oppose son cas à celui d'un assuré dont le gain assuré aurait été calculé sans tenir compte du principe de la survenance, il y a lieu de constater qu'il ne produit aucune pièce étayant ses allégations, de sorte que la Cour de céans ne saurait entrer en matière sur ce grief. Au surplus, on observe que ce que le recourant met en cause en réalité c'est à nouveau l'application du principe de la survenance dans le calcul de son gain assuré, dont on a vu au considérant précédent qu'elle était conforme au droit et en particulier à la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière. Ainsi le recourant ne peut se prévaloir du principe de l'égalité de traitement en l'espèce, dès lors que ce principe cède - en général - le pas à celui de la légalité de l'activité administrative. Or, afin de pouvoir se prétendre victime d'une inégalité devant la loi, alors que celle-ci a été correctement appliquée à son cas mais pas à d'autres, encore faut-il démontrer que l'administration a fait de l'inobservation de la loi une pratique constante sur laquelle elle n'a pas l'intention de revenir (ATF 139 II 49 cons. 7.1 ; TF 9C_561/2016 du 27 mars 2017 consid. 7.2 in fine), ce qui n'est pas rendu vraisemblable.

Reste à examiner si l'intimée a correctement calculé le gain assuré du recourant selon le principe de la survenance.

6. Le gain journalier se détermine en divisant le gain mensuel par 21,7 (art. 40a OACI).

L'indemnité journalière pleine et entière s'élève à 80 % du gain assuré (art. 22 al. 1 LACI) ou à 70 % (art. 22 al. 2 LACI) pour les assurés qui n'ont pas d'obligation d'entretien envers des enfants de moins de 25 ans (let. a), qui bénéficient d'une indemnité journalière entière dont le montant dépasse 140 francs (let. b) et qui ne touchent pas une rente d'invalidité correspondant à un taux d'invalidité d'au moins 40 % (let. c).

7. En l'espèce, dans son courrier du 16 septembre 2022, l'intimée a demandé à l'employeur de lui transmettre une liste relative à chaque commission versée au recourant durant la période allant de juin 2021 à mai 2022. Or, ce qui est décisif pour calculer le gain déterminant lorsque le salaire comporte le versement de commissions, c'est la date de signature du contrat de bail ou du contrat de vente pour lequel l'employé a perçu une commission. Il est par conséquent nécessaire que l'intimée complète l'instruction en requérant de l'employeur qu'il lui adresse une liste des contrats de bail et de vente signés entre juin 2021 et mai 2022 et les commissions y afférentes, même si elles ont été versées au recourant postérieurement à son inscription à l'assurance-chômage.

Sur la base des informations données par l'employeur, il sied en effet de constater que le recourant a reçu une commission en août 2021, alors que le contrat pour lequel cette commission lui était due avait été signé en mars 2021.

En définitive, même si le recourant n'a travaillé que jusqu'au 26 janvier 2022 (il a par la suite été en arrêt de travail pour cause de maladie), on ne peut exclure qu'il ait perçu des commissions après son inscription au chômage, lesquelles résulteraient de signatures de contrats de vente ou de bail antérieures.

8. a) Le recours doit par conséquent être admis et la cause renvoyée à l'intimée afin qu'elle complète l'instruction en requérant de l'employeur qu'il lui fournisse la liste des dates auxquelles les contrats de bail et de vente ont été signés entre les mois de juin 2021 et mai 2022. Il lui appartiendra ensuite de rendre une nouvelle décision.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. f^{bis} LPGA).

c) Bien qu'obtenant gain de cause, le recourant, qui n'était pas assisté d'un mandataire professionnel, n'a pas droit à une indemnité de dépens (art. 61 let. g LPGA a contrario).

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

- I.** Le recours est admis.

- II.** La décision sur opposition du 17 octobre 2022 est annulée et la cause est renvoyée à la Caisse de chômage A._____, à charge pour elle de compléter l'instruction dans le sens des considérants puis de rendre une nouvelle décision.

- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens.

La présidente :

La greffière :

Du

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

- J._____, à B._____,
- Caisse de chômage A._____, à L._____,
- Secrétariat d'Etat à l'économie, à Berne,

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 :