

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 13 septembre 2023

Composition : Mme DURUSSEL, présidente
Mme Brélaz Braillard et M. Piguet, juges
Greffier : M. Genilloud

Cause pendante entre :

O. _____, à [...], recourant,

et

CAISSE CANTONALE DE CHOMAGE, DIVISION JURIDIQUE, à Lausanne,
intimée.

Art. 23 al. 1 et 2 LACI ; 37 OACI

E n f a i t :

A. O._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], a travaillé en dernier lieu comme courtier en immobilier pour l'entreprise Q._____ SA à compter du 1^{er} mai 2020. Le contrat d'engagement prévoyait une rémunération mensuelle fixe de 3'000 fr. versée douze fois l'an ainsi qu'un taux de commissionnement calculé à raison de 25 % de la commission nette d'agence pour les objets de revente, respectivement de 20 % pour les ventes portant sur des programmes de promotions développés par Q._____ SA ou d'éventuels promoteurs.

Le 26 mai 2021, l'assuré a été licencié avec effet au 31 juillet 2021. Il s'est inscrit à l'Office régional de placement d' [...] comme demandeur d'emploi à 100 % dès le 1^{er} août 2021 et a sollicité l'octroi d'indemnités de chômage auprès de la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la Caisse ou l'intimée) à compter de cette date. Il a transmis à cette dernière notamment ses fiches de salaire pour les mois de mai 2020 à juin 2021, ultérieurement complétées par celles des mois de juillet et d'août 2021.

Par courriel du 3 novembre 2021, l'assuré a informé la Caisse que durant sa période de travail au sein de la société Q._____ SA, il avait réalisé trois ventes, soit une en septembre et en novembre 2020 et une en mars 2021.

Constatant que les décomptes relatifs aux indemnités journalières faisaient état d'un gain assuré de 10'756 fr., l'assuré, par courriel du 29 décembre 2021, s'est adressé à la Caisse pour lui demander de corriger le calcul de son gain assuré. Il a expliqué que sur ses douze derniers mois de travail au sein de la société Q._____ SA, il avait perçu un salaire de 149'013 fr. 25 (salaire total pour les quinze mois d'activité de 158'013 fr. 25, auxquels il fallait soustraire les trois premiers mois de salaire de 3'000 fr. par mois), ce qui représentait, pour cette période, un salaire mensuel moyen de 12'417 fr. 75.

Par décision du 29 mars 2022, la Caisse a décidé que l'indemnité journalière de l'assuré s'élevait à 396 fr. 55 dès le 2 août 2021, en fonction d'un gain assuré de 10'756 fr. 20, arrondi à 10'756 fr., calculé sur la base des douze derniers mois, soit un salaire de 129'074 fr. 40 perçu entre le 1^{er} septembre 2020 et le 31 août 2021.

Le 6 mai 2022, l'assuré s'est opposé à cette décision, estimant que le calcul de son gain assuré était erroné. Selon lui, la Caisse, aurait dû tenir compte des commissions de courtage afférentes aux trois ventes mentionnées dans son courrier du 3 novembre 2021, lesquelles étaient intervenues au cours des douze mois précédant son inscription au chômage. La Caisse serait ainsi parvenue à un gain assuré de 12'417 fr. 75.

Le 9 novembre 2022, la Caisse a informé l'assuré qu'elle comptait réduire son gain assuré à 10'238 fr. dès le 2 août 2021, en lieu et place du montant de 10'756 fr., précisant que les commissions que l'assuré avait perçues aux mois de juillet et d'août 2021 devaient être réparties sur la totalité de la période travaillée, à savoir du 1^{er} mai 2020 (début du contrat de travail) au 26 mai 2021 (date de la libération de l'obligation de travailler). Elle a également donné la possibilité à l'assuré de retirer son opposition.

Le 23 novembre 2022, la Caisse a complété son courrier du 9 novembre 2022 en détaillant son calcul du gain assuré.

Le même jour, l'assuré a répondu à la Caisse, réaffirmant que les calculs effectués par la Caisse, soit les montants et les mois pris en considération, étaient erronés. Il a précisé qu'il maintenait son opposition.

Par décision sur opposition du 30 novembre 2022, la Caisse a rejeté l'opposition de l'assuré. Elle a dans le même temps réformé sa décision du 29 mars 2022, en ce sens que le gain assuré s'élevait à 10'526 fr. 95 dès le 2 août 2021, compte tenu d'une période de référence de douze mois, soit du 1^{er} août 2020 au 31 juillet 2021.

La Caisse a établi le gain assuré de la manière suivante :

« Le salaire mensuel de base de l'assuré était de 3'000 fr. brut. Il convient ici de préciser que le montant de 5'000 fr. perçu par l'assuré chaque mois entre mai 2020 et juillet 2021 n'est pas pris en compte dans le calcul du gain assuré dans la mesure où il ne s'agissait que d'avances ; celles-ci ont d'ailleurs été compensées au mois de juillet 2021, puisque l'employeur a retenu le montant de 75'000 fr. brut (soit 5'000 fr. x 15) sur le salaire. De la même manière, il n'est pas tenu compte du remboursement de l'avance de salaire de 37'000 fr. figurant sur la fiche de salaire du mois de juillet 2021, dans la mesure où il s'agissait d'une avance perçue par l'assuré le 23 avril 2021.

Conformément au principe de survenance précité, les commissions de 95'916 fr. 85 et 16'596 fr. 40 touchées par l'assuré respectivement aux mois de juillet 2021 et août 2021 doivent être réparties sur l'intégralité de la période travaillée, à savoir du 1^{er} mai 2020 (début du contrat de travail) au 31 juillet 2022 [recte : 2021] (fin du contrat de travail). En effet, c'est durant l'intégralité de cette période que l'assuré a fourni la prestation de travail donnant lieu aux transactions immobilières qui ont généré les commissions de 95'916 fr. 85 et 16'596 fr. 40. Le montant de 112'513 fr. 25 (soit 95'916 fr. 85 + 16'596 fr. 40) doit donc divisé par 15 mois (de mai 2020 à juillet 2021), soit un montant de 7'500 fr. 90 brut par mois perçu à titre de commission entre mai 2020 et juillet 2021.

Les frais perçus au mois de juillet 2021, d'un montant total de 3'661 fr. 85, n'entrent pas dans le calcul du gain assuré, de même que les frais forfaitaires de natel, régulièrement perçus par l'assuré, de 80 fr. par mois.

S'agissant de la prime Covid de 500 fr. perçue par l'assuré au mois de décembre 2020, elle doit être répartie sur la période de mai 2020 à décembre 2020, conformément au principe de survenance précité. En effet, ce principe 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 [...] ».

Ainsi, pour les mois de mai à décembre 2020, la Caisse a retenu un salaire mensuel de 10'563 fr. 40 (3'000 fr. [salaire de base] + 62 fr. 50 [prime Covid répartie au prorata] + 7'500 fr. 90 [commissions réparties au prorata]). Pour les mois de janvier à juillet 2021, elle a retenu un salaire mensuel de 10'500 fr. 90 (3'000 fr. [salaire de base] + 7'500 fr. 90 [commissions réparties au prorata]).

B. Le 15 janvier 2023, O. _____ a recouru contre la décision du 30 novembre 2022 de la Caisse auprès de la Cour des assurances sociales

du Tribunal cantonal du canton de Vaud, concluant à sa réforme, en ce sens que le gain assuré soit fixé à 14'252 fr. 15, sur la base des six derniers mois ou, à tout le moins, à 12'417 fr. 75 sur la base des douze derniers mois, et que le montant de son indemnité journalière soit ainsi rectifié du 1^{er} août 2021 au 30 novembre 2022.

Il produit notamment un certificat de salaire attestant qu'il avait reçu de la société Q. _____ SA un revenu brut de 93'513 fr. pour la période du 1^{er} janvier au 31 juillet 2021.

Dans sa réponse du 20 février 2023, l'intimée renvoie aux motifs de sa décision du 30 novembre 2022 et conclut au rejet du recours.

Par courrier du 11 mai 2023, la Juge instructrice a requis de la société Q. _____ SA de lui préciser, pour chaque commission encaissée par l'assuré (en sus du salaire mensuel fixe de 3'000 fr.) à partir du 1^{er} août 2020, leur montant, la date de leur versement et la date de conclusion du contrat de vente relatif à chaque commission qui a fait naître le droit à la commission.

La société précitée a répondu le 16 juin 2023 et a indiqué avoir versé au recourant les commissions suivantes :

- une commission de 36'153 fr. 70 pour un acte conclu le 22 septembre 2020 ;
- une commission de 13'425 fr. pour un acte conclu le 15 octobre 2020 et ;
- une commission de 50'000 fr. pour un acte conclu le 29 janvier 2021.

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.

3. 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 salaire pris en considération comme gain assuré se rapproche de la notion de salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS (Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.10), mais ne se recouvre pas exactement avec celui-ci, comme cela ressort du terme « normalement » (« normalerweise » ; normalmente) utilisé à l'art. 23 al. 1 LACI (Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, N 8 ad art. 23).

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).

b) 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).

c) 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 fr. (let. b) et qui ne touchent pas une rente d'invalidité correspondant à un taux d'invalidité d'au moins 40 % (let. c).

4. a) En l'espèce, le contrat de travail du recourant ayant été résilié pour le 31 juillet 2021, la perte de gain qu'il peut faire valoir dans le cadre du chômage a débuté le 1^{er} août 2021. Conformément à l'art. 37 al.

1 et 2 OACI, il y a lieu de déterminer si c'est son salaire des six derniers mois (soit du 1^{er} février au 31 juillet 2021), ou des douze derniers mois (soit du 1^{er} août 2020 au 31 juillet 2021) qui doit être pris en compte pour déterminer son gain assuré.

A cet égard, l'intimée a calculé le gain assuré du recourant en répartissant les commissions qu'il a perçues au prorata, sur l'intégralité de la période travaillée auprès de l'employeur, soit du 1^{er} mai 2020 au 31 juillet 2021, ce qui correspond à une période de quinze mois. Elle a en outre réparti la prime Covid au prorata, sur les mois de mai 2020 à décembre 2020. Or, une telle façon de procéder n'est pas conforme aux principes rappelés ci-dessus (cf. consid. 3b). En effet, le recourant a indiqué, dans son courrier du 3 novembre 2022, qu'il avait réalisé trois ventes pour son employeur durant sa période de travail. A la réquisition de la juge instructrice, l'employeur a été invité à préciser les montants perçus par le recourant à titre de commission à partir du 1^{er} août 2020, en détaillant la date de chaque vente concernée par la commission perçue. Ainsi, dans son courrier du 16 juin 2023, Q. _____ SA a indiqué avoir versé au recourant 36'153 fr. 70 et 13'425 fr. pour des contrats conclus respectivement les 22 septembre et 15 octobre 2020 ainsi que 50'000 fr. pour un acte conclu le 29 janvier 2021, soit un montant total de 99'578 fr. 70. Ces montants n'avaient pas à être répartis au prorata sur les mois de mai à juillet 2020, mais devaient uniquement être pris en compte à titre de revenu dans le cadre de la période de référence pertinente, laquelle a débuté, au plus tôt, le 1^{er} août 2020. S'agissant de la prime Covid de 500 fr. versée au recourant en décembre 2020 en raison d'une situation tout à fait exceptionnelle, il y a lieu de la qualifier de prime spéciale. Pour cette raison, elle ne peut pas être considérée comme salaire « obtenu normalement » au sens de l'art. 23 al. 1 LACI, de sorte qu'il ne doit pas en être tenu compte pour le calcul du gain assuré (TF 8C_902/2017 du 12 juin 2018 consid. 4 ; TFA C 139/05 du 26 juin 2006 consid. 4.2 ; CASSO ACH 31/22 du 7 juillet 2022 consid. 4).

b) Il s'agit donc désormais de procéder à un nouveau calcul du gain assuré du recourant en tenant compte des éléments susmentionnés.

En tenant compte d'une période de référence de six mois, on s'aperçoit que le recourant n'a perçu aucune commission, ni prime. Il faut donc uniquement prendre en considération le salaire mensuel fixe de 3'000 fr. qu'il a perçu, montant qui correspond également à son gain assuré. Contrairement à ce que soutient le recourant, il n'est pas possible de se référer au certificat de salaire qu'il a produit dans le cadre de son recours. En effet, le montant de 93'513 fr. (48'000 fr. [8000 fr. pour les mois de janvier à juin 2021] + 28'916 fr. 85 [salaire brut du mois de juillet 2021] + 16'596 fr. 40 [commissions moyennes pour les mois de juin et juillet 2021] figurant dans ce certificat comprend notamment les commissions perçues à la suite de contrats conclus avant le 1^{er} février 2021. Ainsi, un gain assuré de 83'513 fr. (93'513 fr. - 8'000 fr. [mois de janvier 2021]), tel que proposé par le recourant, ne peut pas être retenu.

En tenant compte d'une période de référence de douze mois, il convient en revanche d'ajouter au salaire fixe mensuel de 3'000 fr. du recourant le montant des commissions qu'il a perçu pour ses ventes des 22 septembre et 15 octobre 2020 ainsi que celle du 29 janvier 2021, soit 99'578 fr. 70, ce qui représente un gain annuel de 135'578 fr. 70 (36'000 fr. + 99'578 fr. 70), soit un gain assuré arrondi de 11'298 fr. 25.

Il ressort du calcul comparatif ci-dessus que le gain assuré le plus élevé est celui qui ressort des douze derniers mois de salaire. C'est donc le montant de 11'298 fr. 25 qui doit être considéré comme gain assuré et qui doit servir à calculer les indemnités journalières dues au recourant.

5. a) Compte tenu de ce qui précède, le recours doit être admis, la décision attaquée étant réformée en ce sens que le gain assuré déterminant pour le calcul de l'indemnité journalière dès le 1^{er} août 2021 est fixé à 11'298 fr. 25.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. f bis LPGA), ni d'allouer de dépens, le recourant ayant procédé sans mandataire qualifié (ATF 127 V 205 consid. 4b).

**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 30 novembre 2022 de la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est réformée, en ce sens que le gain assuré d'O._____ est de 11'298 fr. 25.

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

La présidente :

Le greffier :

Du

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

- O._____, à [...],
- Caisse cantonale de chômage, Division juridique, à Lausanne,
- 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).

Le greffier :