

200.2013.1032.AC

CHA/BEJ

## **Tribunal administratif du canton de Berne**

Cour des affaires de langue française

### **Jugement du juge unique du 14 novembre 2014**

Droit des assurances sociales

C. Meyrat Neuhaus, juge

A. de Chambrier, greffier



A. \_\_\_\_\_

représenté par Me B. \_\_\_\_\_

**recourant**

contre

**UNIA Caisse de chômage**

Centre de compétences F-CH-Centre (GE-NE-JU),  
case postale 1272, 1211 Genève 1

**intimée**

relatif à une décision sur opposition de cette dernière du 28 octobre 2013

**En fait:**

**A.**

A. \_\_\_\_\_, né en 1955, divorcé, a travaillé comme conseiller en prévoyance, à temps complet, depuis le 1<sup>er</sup> mars 1998, pour une compagnie d'assurances. Le 30 juin 2011, cette dernière a résilié le contrat de travail de l'assuré pour le 30 novembre 2011. Celui-ci s'est annoncé à sa commune de domicile le 24 octobre 2011 afin de bénéficier de prestations de l'assurance-chômage (AC) et a déposé une demande d'indemnité de chômage à compter du 1<sup>er</sup> décembre 2011 auprès d'UNIA Caisse de chômage (ci-après: la Caisse ou l'intimée), en indiquant être disposé à travailler à plein temps. La Caisse lui a ouvert un délai-cadre d'indemnisation du 1<sup>er</sup> décembre 2011 au 30 novembre 2013.

**B.**

Par convention du 28 septembre 2011, prenant effet le 1<sup>er</sup> décembre 2011, l'assuré a été engagé pour une durée indéterminée auprès d'une autre compagnie d'assurances en qualité d'intermédiaire non professionnel. Dans le cadre de cette dernière activité, l'assuré percevait un salaire brut de Fr. 500.-, majoré d'une commission variant en fonction des affaires conclues, ainsi qu'une indemnité pour frais forfaitaire de Fr. 500.- (dossier [dos.] Caisse n° 9). Depuis le 1<sup>er</sup> août 2012, la part fixe de la rémunération, ainsi que l'indemnité pour les frais ont été réduites à Fr. 250.- chacune (dos. Caisse n° 18). Dès le 1<sup>er</sup> août 2013, l'assuré n'a plus eu droit à un salaire fixe, le montant minimum de commission à réaliser n'ayant pas été atteint (P.J. n° 8 au recours).

**C.**

Pour les périodes de contrôle de décembre 2011 et janvier 2012, l'assuré a perçu des indemnités compensatoires calculées sur la base des revenus déclarés en gain intermédiaire de son activité d'intermédiaire non

professionnel. Par décision du 1<sup>er</sup> mars 2012, la Caisse a relevé que le salaire versé pour ladite activité n'était pas conforme aux usages professionnels et locaux et nié le droit de l'assuré à des indemnités compensatoires dès le 1<sup>er</sup> février 2011 [recte: 2012], tant que durerait cette situation. Par décision sur opposition du 27 avril 2012, la Caisse a admis l'opposition formée par l'assuré, par l'intermédiaire d'un avocat, et transmis le dossier à beco Economie bernoise pour qu'il statue sur l'aptitude au placement. Le 8 juin 2012, celui-ci a informé l'assuré qu'il était apte au placement et pouvait bénéficier de prestations de l'AC dès le 1<sup>er</sup> décembre 2011 à raison de 100% – pour autant que toutes les autres conditions dont dépend le droit soient remplies. L'assuré a été indemnisé jusqu'au 30 septembre 2012 en touchant des indemnités compensatoires basées sur les salaires effectifs qu'il percevait grâce à son activité d'intermédiaire non professionnel. Le 12 novembre 2012, suite à une révision opérée le 6 novembre 2012 par le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) et sur injonction de ce dernier, la Caisse a informé l'assuré, que tant qu'il conservait son emploi auprès de son actuel employeur, elle prendrait en considération, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013, le salaire mensuel brut fictif de Fr. 2'083.20, qui remplacera le salaire réellement perçu lorsque celui-ci est inférieur au montant précité. La Caisse retenait que l'assuré exerçait son activité d'intermédiaire non professionnel au taux de 60% et constatait, qu'à l'exception du mois de décembre 2011, les rémunérations avaient toujours été inférieures au salaire fictif précité. Elle soulignait en outre que l'assuré avait la possibilité de résilier la convention d'intermédiaire en cause pour le 31 décembre 2012, sans subir de suspension, puisque cette activité ne pouvait pas être considérée comme convenable au sens des dispositions légales sur l'AC.

#### **D.**

Par décision du 18 juillet 2013, après contestation de l'assuré, représenté entre-temps par un autre avocat, la Caisse a indiqué avoir pris en compte, de janvier à mai 2013, le montant fictif de Fr. 2'083.20 à titre de gain intermédiaire, même s'il ne correspondait pas au montant effectivement perçu. Après avoir consulté le SECO, la Caisse, par décision sur opposition

du 28 octobre 2013, a rejeté l'opposition formée par l'assuré, par l'intermédiaire de son mandataire.

## **E.**

Le 21 novembre 2013, l'assuré, par son représentant, a interjeté recours auprès du Tribunal administratif du canton de Berne (TA) contre la décision sur opposition précitée, en concluant, sous suite de frais et dépens, à son annulation et à ce que la Caisse soit condamnée à prendre en compte depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013 les salaires qu'il a réellement perçus pour la détermination de son gain intermédiaire et non le montant fictif retenu par le SECO.

Le 27 janvier 2014, la Caisse a, sur demande de la Juge instructrice, précisé la valeur litigieuse et, dans son mémoire de réponse du même jour, conclu au rejet du recours. Le recourant, par son mandataire, et la Caisse ont répliqué, respectivement dupliqué, les 19 et 25 février 2014. Le mandataire du recourant a présenté sa note d'honoraires le 3 mars 2014.

## **En droit:**

### **1.**

**1.1** La décision sur opposition du 28 octobre 2013 représente l'objet de la contestation; elle ressortit au droit des assurances sociales, confirme la décision du 18 juillet 2013 prenant en compte un gain intermédiaire fictif de Fr. 2'083.20 pour la période de janvier à mai 2013 et se rapporte ainsi aux décomptes de prestation de ladite période. L'objet du litige porte sur l'annulation de la décision sur opposition précitée et la prise en compte de gains intermédiaires basés sur les salaires effectivement perçus par le recourant. L'objet de la contestation, tel que précédemment défini, fixe la

limite des points qui peuvent être critiqués par le recours (qui, lui, détermine l'objet du litige devant le TA; ATF 131 V 164 c. 2.1, 125 V 413 c. 1; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, *Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern*, 1997, art. 49 n. 2 et art. 72 n. 6). Il en découle qu'il n'appartient pas au TA de se prononcer sur la détermination du gain intermédiaire pour une autre période que celle examinée par l'autorité précédente, à savoir celle courant des mois de janvier à mai 2013. Dans la mesure où le recours comprend de telles conclusions, il est irrecevable.

**1.2** Pour le surplus, interjeté en temps utile, dans les formes prescrites, auprès de l'autorité compétente, par une partie disposant de la qualité pour recourir, représentée par un mandataire dûment légitimé, le recours est recevable (art. 100 al. 3 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage [LACI, RS 837.0], en relation avec l'art. 128 al. 2 de l'ordonnance fédérale du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage [OACI, RS 837.02]; art. 56 ss de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales [LPGA, RS 830.1] et art. 15 et 74 ss de la loi cantonale du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives [LPJA, RSB 155.21]).

**1.3** La valeur litigieuse, correspondant en l'espèce à la différence entre le montant des indemnités compensatoires auquel le recourant aurait eu droit, pour la période de janvier à mai 2013, avec un gain intermédiaire basé sur les salaires réellement perçus et le montant déterminé en fonction du revenu fictif retenu dans la décision attaquée, est manifestement inférieure à Fr. 20'000.- (voir notamment dos. Caisse n° 54). Le jugement de la cause incombe dès lors au juge unique de la Cour des affaires de langue française du TA (art. 54 al. 1 let. c et 57 al. 1 de la loi cantonale du 11 juin 2009 sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public [LOJM, RSB 161.1]).

**1.4** Le Tribunal examine librement la décision contestée et n'est pas lié par les conclusions des parties (art. 61 let. c et d LPGA; art. 80 let. c ch. 1 et 84 al. 3 LPJA).

## 2.

**2.1** Est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle. L'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain (art. 24 al. 1 LACI). Est réputée perte de gain la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux (al. 3). La réglementation sur la compensation de la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire (art. 24 LACI) est une norme de calcul des indemnités de chômage au sens des art. 8 ss LACI (ATF 121 V 339 c. 2b et 2c). Un assuré ne perd pas son droit à l'indemnité du seul fait qu'un salaire, annoncé comme gain intermédiaire à la caisse de chômage, est inférieur aux usages professionnels et locaux. Dans cette hypothèse, il a droit à la compensation de la différence entre le gain assuré et le salaire correspondant aux usages professionnels et locaux (ATF 120 V 247 c. 4b, 513 c. 8e et 518 c. 2b). Un salaire fictif, conforme à ces usages, remplace le salaire réellement perçu par l'assuré, pour le calcul de sa perte de gain (DTA 1998 p. 179 c. 2). Les indemnités compensatoires seront calculées sur la base du salaire conforme aux usages professionnels et locaux même si l'assuré ne réalise aucun gain ou seulement un gain minime (DTA 2002 p. 108 c. 5; arrêt du Tribunal fédéral [TF] C 179/06 du 15 novembre 2006 c. 1).

**2.2** L'assureur examine les demandes, prend d'office les mesures d'instruction nécessaires et recueille les renseignements dont il a besoin (art. 43 al. 1 LPGGA). Le principe de l'instruction d'office ne s'applique néanmoins pas de manière illimitée, mais a pour corollaire le devoir de collaborer des parties (ATF 125 V 193 c. 2e, 122 V 157 c. 1a; SVR 2009 IV n° 4 c. 4.2.2). Les assurés et les employeurs doivent collaborer gratuitement à l'exécution des différentes lois sur les assurances sociales. Celui qui fait valoir son droit à des prestations doit fournir gratuitement tous les renseignements nécessaires pour établir ce droit et fixer les prestations dues (art. 28 al. 1 et 2 LPGGA). Le devoir de collaboration d'une partie s'étend en particulier aux faits que celle-ci connaît mieux que l'administration et que cette dernière, à défaut de collaboration de

l'intéressée, ne pourrait pas du tout ou seulement au prix d'efforts disproportionnés établir elle-même (SVR 2013 UV n° 6 c. 5.2).

**2.3** L'administration en tant qu'autorité de décision et le juge, en cas de recours, ne peuvent considérer un fait comme établi que lorsqu'ils sont convaincus de son existence. En droit des assurances sociales, pour autant que la loi n'en dispose pas autrement, le juge doit fonder sa décision sur les faits qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. La simple possibilité de l'existence d'un fait ne suffit pas. Le juge doit bien plus retenir les éléments qui, parmi les faits possibles, lui paraissent les plus probables (ATF 138 V 218 c. 6).

### **3.**

**3.1** Dans la décision attaquée, la Caisse a retenu que le recourant exerçait son activité d'intermédiaire non professionnel au taux de 60% et que les salaires perçus par ce dernier de janvier à mai 2013 n'étaient pas conformes aux usages professionnels et locaux; un salaire conforme à ces derniers devant être fixé à Fr. 2'083.20. Le recourant conteste le taux d'occupation retenu par l'intimée, celui-ci étant, selon lui, notablement inférieur à 60%. Il allègue ne pas s'occuper de nouvelles affaires, ne pas faire de prospection, ni d'envoi de courriers et n'être qu'un intermédiaire. Il précise que sa clientèle était limitée à des clients souhaitant renouveler leurs contrats d'assurance arrivés à échéance et reproche à la Caisse un défaut d'instruction. Selon lui, ses revenus étaient en rapport avec sa prestation de travail.

**3.2** En l'espèce, il n'est pas contesté par les parties que le recourant n'était pas payé à l'heure, mais en fonction des affaires conclues (rémunération à la commission, avec une part de fixe; voir la Convention du 22 juin 2012). Les attestations de gain intermédiaire de la période concernée, signées par l'employeur, indiquent d'ailleurs qu'aucune durée hebdomadaire de travail n'avait été convenue avec le recourant (dos. Caisse n° 20). Il appartenait donc à ce dernier d'informer la Caisse du nombre d'heures qu'il consacrait effectivement à son activité d'intermédiaire non professionnel. Sans collaboration de l'assuré sur ce point, la Caisse

n'était pas en mesure d'établir le nombre d'heures précité et, partant, le taux d'occupation de l'intéressé, autrement qu'en se basant sur les éléments au dossier et en fondant son appréciation sur les faits qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante (ATF 138 V 218 c. 6). Les heures consacrées à l'activité en cause n'étant de plus pas pertinentes pour l'employeur, on ne voit pas en quoi celui-ci aurait été mieux placé que l'assuré pour répondre à la question du taux d'occupation. Dans ces circonstances, on peine à comprendre pour quelle raison le recourant s'est obstiné à ne pas fournir de plus amples informations aux autorités sur le temps qu'il consacrait à son activité d'intermédiaire. Se contenter d'alléguer que son employeur est en mesure de confirmer un taux d'occupation inférieur à 60%, sans fournir le moindre indice permettant de rendre au moins vraisemblable ses allégations, est parfaitement insuffisant. Le recourant n'a donc pas respecté son obligation de collaborer (voir c. 2.2 ci-dessus) et il ne saurait être suivi lorsqu'il allègue le contraire.

Concernant le taux d'occupation de l'activité d'intermédiaire, il ressort du dossier les éléments suivants. En décembre 2011, l'intéressé a expressément indiqué que son activité d'intermédiaire "avait occupé la plupart de [s]on temps" (dos. Caisse n° 10) et qu'il n'était disponible que les matinées des jours de semaine (dos. Caisse n° 7, voir également n° 8). Dans les faits, le recourant n'a été présent au stage en entreprise de pratique commerciale, mesure de marché du travail à laquelle il avait été assigné à plein temps du 20 février au 18 mai 2012, qu'à raison de 40% de février à la mi-avril 2012. Les 60% du temps restant (les mercredis, jeudis et vendredis) avaient été consacrés à son activité d'intermédiaire; dès le 16 avril 2012, il avait été en arrêt maladie (dos. Caisse n° 16 et 17). Au surplus, le 8 août 2012, il aurait été convenu avec son conseiller ORP que le recourant lui indique "les professions où il aimerait trouver une place de travail à 50% afin de continuer à faire des assurances auprès de [son employeur]" (à savoir auprès de la compagnie d'assurances qui lui procurait son activité d'intermédiaire; dos. non paginé ORP). Le 17 octobre 2012, l'intéressé aurait déclaré à son conseiller ORP qu'il continuait à faire de bonnes affaires dans son activité d'intermédiaire et relevé, le 21 novembre 2012, que ces dernières ne marchaient pas aussi bien qu'il l'avait espéré (dos. non paginé ORP). L'ensemble de ces éléments,

contrairement aux allégués du recourant et faute d'indices contraires, révèle que l'activité d'intermédiaire de ce dernier l'occupait une grande partie de son temps. Les salaires perçus ne permettent à l'évidence pas d'établir à eux seuls le travail effectué par l'intéressé, ni son taux d'occupation. En outre, il convient de souligner les contradictions dans les déclarations du recourant, lorsqu'il allègue à l'appui de son recours que son activité d'intermédiaire ne lui prend pas beaucoup de temps, alors qu'il affirmait le contraire dans son courrier du 9 décembre 2011. Par ailleurs, ce dernier n'allègue, ni ne démontre avoir réduit son activité durant la période en cause. Faute d'autres éléments au dossier, on ne peut donc reprocher à l'intimée d'avoir considéré que le taux d'occupation du recourant n'avait pas changé entre le début de l'année 2012 (durant laquelle ce dernier a accompli le stage dans l'entreprise de pratique commerciale) et le début de l'année 2013. Avec une vraisemblance prépondérante (voir c. 2.3 ci-dessus), il est donc permis de retenir que le recourant a accompli son activité d'intermédiaire non professionnel au taux de 60% durant les mois de janvier à mai 2013.

**3.3** Cela étant, il sied de constater que les revenus, en grande partie fixés à la commission, réalisés par le recourant dans cette activité, ne sont pas conformes aux usages professionnels et locaux. Les salaires qu'il a perçus durant la période en cause vont de Fr. 250.- (mars 2013) à Fr. 2'034.20 (janvier 2013; voir attestations de gain intermédiaire correspondantes) et ne sont pas en rapport avec une activité d'intermédiaire non professionnel exercée au taux de 60%. A cet égard, il sied de relever que l'AC n'impose pas seulement un respect de l'usage salarial, mais également une forme de salaire minimum acceptable, qui soit en rapport avec la prestation de travail et permette de vivre économiquement (BORIS RUBIN, *Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage*, 2014, art. 24 n° 36). A l'instar de l'intimée, il convient donc d'adapter ces rémunérations au salaire en usage pour ce genre de travail (voir c. 2.1 ci-dessus; Circulaire relative à l'indemnité de chômage [IC] de janvier 2013, établie par le SECO, ch. C134; B. RUBIN, op. cit., art. 24 n° 35). En l'occurrence, le montant du salaire fictif retenu par la Caisse, sur injonction du SECO, de Fr. 2'083.20, sur la base d'un salaire de Fr. 20.- de l'heure, n'est, en tant que tel, pas remis en question par l'intéressé dans

son recours et ne prête pas le flanc à la critique. En AC, en cas de rémunération à la commission, le gain intermédiaire est d'ailleurs fixé fictivement au moins à un tel salaire horaire (B. RUBIN, op. cit., art. 24 n° 36). De plus, à l'instar de l'intimée (voir décision attaquée ch. 18), il convient de constater que ce montant est favorable au recourant. En se fondant sur l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS) publiée par l'Office fédéral de la statistique (OFS), TA1, 2010, "activités de services admin. et de soutien", "hommes", "activités simples et répétitives" (plus favorable au recourant que le secteur "act. auxiliaires de serv. fin. et d'ass."); table pouvant être consultée sur le site de l'OFS: [www.bfs.admin.ch](http://www.bfs.admin.ch)), mis au niveau des salaires nominaux en 2013 ("activités de service admin. et de soutien": 2010: 100, 2011: 100.6, 2012: 101.5 et 2013: 102.5) et adapté au temps de travail usuel en 2013, soit 42 h (tables accessibles sur le site précité de l'OFS), le salaire mensuel brut se monte à Fr. 4'844.20, soit un salaire horaire de Fr. 26.50 et un salaire de Fr. 2'898.25 pour un taux de 60% ( $42 \times 60\% / 5 \text{ j.} \times 21,7 \times \text{Fr. } 26.50$ ). Au surplus, il peut être renvoyé à la décision attaquée concernant les revenus établis avec les calculateurs de l'Union syndicale suisse (USS; <http://www.lohn-sgb.ch/index.php>) et de l'OFS (<http://www.lohnrechner.bfs.admin.ch/Pages/SalariumWizard.aspx?lang=fr>).

**3.4** Au vu de ce qui précède, la Caisse a, à raison, pris en compte un gain intermédiaire de Fr. 2'083.20 dans les décomptes des mois de janvier à mai 2013.

#### **4.**

**4.1** Le recourant estime qu'il est inadmissible de le "mettre au pied du mur", en lui demandant soit de quitter son emploi d'intermédiaire, soit d'accepter d'être pénalisé. Il précise n'avoir fait preuve d'aucune mauvaise volonté, avoir toujours collaboré et rempli ses obligations et estime qu'il ne doit, partant, pas être pénalisé parce qu'il a la volonté de garder son activité accessoire (réplique).

**4.2** Si le fait d'exercer une activité permettant d'acquérir un gain intermédiaire et, ainsi, d'éviter un chômage complet est louable, il

n'appartient pas à l'AC de pallier à l'absence de gain due aux aléas d'un travail rémunéré à la commission. En outre, la prise en compte d'un salaire fictif vise également à prévenir le dumping salarial, l'employeur et le salarié pouvant être tentés de convenir d'un salaire anormalement bas, dans l'espoir de mettre à charge de l'AC le versement complémentaire nécessaire permettant au salarié d'obtenir un revenu suffisant (B. RUBIN, op. cit., art. 24 n° 33 et références citées). Comme susmentionné, la prise en compte d'un salaire fictif est donc, dans le cas présent, parfaitement justifiée et la Caisse ne saurait être critiquée lorsqu'elle informe le recourant que l'activité d'intermédiaire non professionnel pourrait être abandonnée sans risquer de sanction, une telle activité n'étant pas convenable au sens de l'art. 16 al. 2 let. a LACI (voir courrier de la Caisse du 12 novembre 2012 et décision du 18 juillet 2013; dos. Caisse n° 35 et 43; B. RUBIN, op. cit., art. 24 n° 34 et référence citée). Enfin, il est permis de relever que par décision du 3 janvier 2012, confirmée sur opposition le 13 février 2012, le recourant a été sanctionné de 9 jours de suspension de son droit aux indemnités de l'AC en raison de recherches personnelles de travail insuffisantes (dos. Caisse n° 23). Contrairement à ses dires, il n'a donc pas toujours pleinement respecté ses obligations et le même constat s'impose quant à son obligation de collaborer (voir c. 3.2 ci-dessus).

## **5.**

Au vu de tous les éléments qui précèdent, le recours doit être rejeté, dans la mesure où il est recevable.

Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, ni d'allouer de dépens au recourant qui succombe (art. 61 let. a et g LPGA).

**Par ces motifs:**

1. Le recours est rejeté, dans la mesure où il est recevable.
2. Il n'est pas perçu de frais de procédure, ni alloué de dépens.
3. Le présent jugement est notifié (R):
  - au recourant, par son mandataire,
  - à l'intimée,
  - à beco Economie bernoise, Service de l'emploi, Service juridique,  
Lagerhausweg 10, case postale 730, 3018 Berne,
  - au Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO).

La juge:

Le greffier:

**Voie de recours**

Dans les 30 jours dès la notification écrite de ses considérants, le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, au sens des art. 39 ss, 82 ss et 90 ss de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110).