

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 21 septembre 2011

---

Présidence de M. DIND

Juges : Mmes Dormond Béguelin et Rossier, assesseurs

Greffière : Mme Barman

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

D. \_\_\_\_\_, à [...], recourant,

et

**CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE**, Division juridique, à Lausanne,  
intimée.

---

**Art. 24 LACI**

**E n f a i t :**

**A.** D. \_\_\_\_\_ (ci-après: l'assuré), né en 1986, a exercé comme peintre en carrosserie automobile auprès de l'entreprise [...] SA, d'août 2003 à février 2008. A la suite d'un changement d'orientation professionnelle, il a travaillé en qualité de gestionnaire en assurances auprès de X. \_\_\_\_\_, à plein temps, du 1<sup>er</sup> mars 2009 au 31 décembre 2009, les rapports de travail ayant été résiliés par l'employeur pour cause de restructuration économique.

Dès le 1<sup>er</sup> juin 2009, l'assuré a travaillé à temps partiel comme "collaborateur occasionnel touchant des commissions" au service du R. \_\_\_\_\_. Le 1<sup>er</sup> décembre 2009, l'assuré et le R. \_\_\_\_\_, Association d'assureurs, ont signé une "convention de collaboration commerciale", qui entrerait en vigueur le jour même.

Le 4 janvier 2010, D. \_\_\_\_\_ a sollicité l'octroi d'indemnités de chômage auprès de la Caisse cantonale de chômage vaudoise (ci-après: la Caisse) à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2010. Il mentionnait dans sa demande obtenir encore un revenu de son activité auprès du R. \_\_\_\_\_.

Dans le formulaire "attestation de l'employeur" signé le 11 février 2010, le R. \_\_\_\_\_ a indiqué que l'assuré avait perçu un salaire total soumis à cotisation de 6'251 fr. 25, pour la période du 1<sup>er</sup> octobre au 31 décembre 2009 et de 2'257 fr. 95, pour le mois de janvier 2010.

Le 17 février 2010, l'assuré a remis à la Caisse l'attestation de gain intermédiaire signée par le R. \_\_\_\_\_ pour le mois de janvier 2010; il y était mentionné des commissions soumises à cotisation AVS d'un montant de 2'257 fr. 95.

Par décision du 17 février 2010, la Caisse a informé l'assuré, qu'en application des articles 24 LACI et 41a OACI ainsi que des chiffres C132 à 134 de la circulaire relative à l'indemnité de chômage, elle avait

décidé de prendre en compte, à titre de gain intermédiaire, le salaire de 4'060 francs. La Caisse a exposé les motifs suivants:

"Un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert au 1<sup>er</sup> janvier 2010 sur la base de vos activités auprès de X.\_\_\_\_\_ au [...] et de la carrosserie [...] SA à [...]. Le gain assuré a été fixé à CHF 4'397.-.

A partir du 1<sup>er</sup> juin 2009, vous avez été engagé auprès de la société R.\_\_\_\_\_ à [...], avec une rémunération en fonction des contrats conclus - salaire versé uniquement sur la base des commissions effectuées.

Pour le mois de janvier 2010, vous avez été rétribué sur la base d'un salaire soumis à cotisation AVS-AC de CHF 2'257.95.

Compte tenu des dispositions ci-dessus, la caisse doit prendre en compte comme gain intermédiaire à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2010, la somme de CHF 4'060.-, correspondant aux usages professionnels et locaux pour l'activité exercée dès cette date."

Par seconde décision du même jour, la Caisse a nié le droit de l'assuré à une indemnité de chômage dès le 1<sup>er</sup> janvier 2010. L'argumentation suivante y était mentionnée:

"Vous revendiquez les prestations de l'assurance-chômage dès le 1<sup>er</sup> janvier 2010 à la suite de la perte de votre emploi auprès de X.\_\_\_\_\_ au [...].

L'activité que vous exercez auprès du R.\_\_\_\_\_ à [...] vous a procuré un salaire soumis AVS de CHF 2'257.95 pour le mois de janvier 2010. Cependant, selon notre décision du 17 février 2010, nous devons prendre en compte un salaire convenable de CHF 4'060.- pour cette activité.

Votre indemnisation mensuelle de chômage s'élève en moyenne, à CHF 3'078.15.

Cette activité que vous continuez à exercer depuis le 1<sup>er</sup> juin 2009, vous procure un salaire supérieur aux indemnités de chômage et par conséquent, en application des articles de la loi mentionnés ci-dessus, il n'y a pas lieu de vous accorder les prestations revendiquées dès le 1<sup>er</sup> janvier 2010."

Le 24 février 2010, l'assuré a formé opposition à l'encontre de cette décision, faisant valoir qu'il n'avait perçu, pour le mois de janvier 2010, qu'un salaire de 140 fr., les autres commissions ayant été signées avant le 31 décembre 2009. Il joignait à son écriture une attestation du R.\_\_\_\_\_, datée du 22 février 2010, à la teneur suivante:

"Suite à votre demande, nous attestons que les affaires pour lesquelles une commission vous a été versée en janvier 2010 ont toutes été signées avant le 31.12.2009, sauf l'affaire de M. [...] de Fr. 140.- qui a été conclue le 07.01.2010."

Par décision sur opposition du 18 mai 2010, la Caisse a rejeté l'opposition du 24 février 2010 et confirmé les décisions du 17 février 2010. Retenant un gain intermédiaire fictif de 3'689 fr., elle exposait ce qui suit:

"[...] La Caisse a pris en compte pour le calcul du gain intermédiaire un gain fictif de Fr. 4'060.-. Ce montant correspond au salaire moyen dans le canton de Vaud d'une personne exerçant la même activité que l'assuré, ayant le même âge et le même nombre d'années d'expérience. La Caisse a, à juste titre, considéré qu'il fallait prendre un salaire fictif car le salaire perçu par l'assuré n'était pas conforme aux usages professionnels et locaux. Elle aurait cependant dû retenir un salaire horaire de Fr. 20.- et non un salaire mensuel de Fr. 4'060.-. Le bulletin MT/AC 99/3 précise en effet qu'un tel montant doit être retenu pour un conseiller en service externe touchant des commissions. Il y a dès lors lieu de prendre en compte un gain intermédiaire fictif de Fr. 3'689 (20.- \* 42h30 \* 5/21.7) pour le mois de janvier 2010. Le gain intermédiaire fictif étant supérieur à l'indemnisation mensuelle de l'assuré, à savoir Fr 3'077.90 (70% du gain assuré [Fr. 4'397.-]), l'assuré ne peut percevoir aucune indemnité pour le mois de janvier 2010. Il y a encore lieu de préciser qu'aucun contrat écrit n'a été signé et qu'aucun nombre d'heures de travail mensuel n'a été prévu. Dans un tel cas de figure, il se justifie de considérer que l'activité de l'assuré était une activité à temps complet. Le calcul du gain fictif doit dès lors se faire sur la base d'un emploi à temps complet. Le bulletin AC/MT 98/1 précise en effet que l'activité dont l'horaire de travail n'est pas contrôlable sera réputée activité à plein temps."

**B.** Par acte du 25 mai 2010, D. \_\_\_\_\_ a recouru à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal à l'encontre la décision sur opposition du 18 mai 2010. Il reprend en substance le contenu de son opposition, à savoir que les affaires pour lesquelles une commission avait été versée en janvier 2010 avaient toutes été signées avant le 31 décembre 2009, sauf une dont la commission ne s'élevait qu'à 140 francs.

Dans sa réponse du 6 juillet 2010, la Caisse indique n'avoir aucune observation complémentaire à formuler.

## **E n d r o i t :**

**1.** Le recours, interjeté auprès du tribunal compétent dans le délai légal de trente jours dès la notification de la décision sur opposition attaquée, est recevable au regard des art. 56 à 60 LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1), laquelle loi est applicable en vertu de l'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).

**2. a)** Saisi d'un recours contre une décision rendue par une autorité compétente en matière d'assurances sociales, le juge 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 125 V 413 consid. 2c; 110 V 48 consid. 4a; Revue de l'intention des caisses de compensation [RCC] 1985 p. 53).

**b)** Le litige porte sur le montant du gain intermédiaire du recourant pris en compte par la Caisse pour le calcul de l'indemnité de chômage dès le 1<sup>er</sup> janvier 2010. Le recourant soutient que les commissions versées en janvier 2010 concernent les affaires signées avant le 31 décembre 2009 – exception faite de la commission de 140 fr. – et argue que seul le montant de 140 fr. vaut comme gain intermédiaire. Pour sa part, la Caisse soutient que la rémunération perçue par l'assuré en janvier 2010, soit 2'257 fr. 95, n'est pas conforme aux usages professionnels et locaux de la branche, raison pour laquelle elle retient un gain horaire de 20 francs.

**3. a)** En application de l'art. 24 LACI, l'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain. L'art. 24 LACI

dispose à l'al. 1 qu'est réputé gain intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle. En vertu de l'art. 24 al. 3 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. 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 s. LACI (ATF 121 V 336 consid. 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 233 consid. 4b). 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 n° 33 p. 179 consid. 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 n° 13 p. 110 consid. 5).

**b)** Selon les Directives du Secrétariat d'Etat à l'économie (Seco) relatives à l'art. 24 al. 3 LACI, la caisse doit examiner si le salaire est conforme aux usages professionnels et locaux en se fondant sur les prescriptions légales, la statistique des salaires, l'échelle des salaires usuelles dans l'entreprise ou de la branche, les contrats-types ou les conventions collectives de travail. Elle peut le cas échéant se procurer les directives émises par les associations professionnelles (Seco, IC janvier 2007, C 134). Une rétribution à la commission ne représente pas un salaire conforme aux usages professionnels et locaux si le revenu de l'assuré n'est pas en rapport avec sa prestation de travail (Seco, IC janvier 2007, *ibidem*). Pour les employés du service externe d'une entreprise rémunérés à la commission, il y a lieu de prendre comme salaire conforme aux usages professionnels et locaux un salaire horaire de 20 fr. à compter du début du travail, même si l'assuré n'a réalisé aucun revenu pendant les premiers mois (TF C 258/97 du 27 octobre 1997 publié in DTA 1998 p. 179;

TF C 139/06 du 13 octobre 2006 consid. 2; Boris Rubin, Assurance-chômage Droit fédéral Survol des mesures cantonales Procédure, 2<sup>e</sup> éd., 2006, n° 4.7.9, p. 332; Seco, bulletin MT/AC 99/3 fiche 1/1).

**4.** Le recourant reproche à l'intimée d'avoir considéré comme déterminant, pour le calcul de l'indemnité, le moment de la réalisation du gain (versement effectif de la commission). Or, une telle manière de procéder est contraire au principe de survenance.

En effet, pour la détermination du gain intermédiaire, comme pour le calcul du gain assuré, on applique en règle générale le principe selon lequel un revenu est réputé avoir été réalisé au moment où l'assuré a fourni la prestation de travail rémunératoire (principe de survenance); la date à laquelle l'assuré réalise sa créance est sans importance (ATF 122 V 367 consid. 5b; Secrétariat d'Etat à l'économie [Seco], circulaire relative à l'indemnité de chômage [IC] janvier 2007, C 133).

Ce système peut certes apparaître relativement compliqué quand il s'agit de commissions versées régulièrement, dans la mesure où il implique des calculs rectificatifs successifs de l'indemnité journalière. Il présente toutefois l'avantage de garantir l'égalité de traitement entre les assurés en ce sens que le montant des indemnités compensatoires ne dépend pas des échéances de paiement convenues entre les parties. En outre, il est de nature à prévenir des abus en empêchant que les intéressés spéculent sur le moment du paiement des commissions en fonction, par exemple, de périodes où l'assuré n'était pas encore ou n'était plus au chômage (ATF 122 V 367 consid. 5b; TF C 179/06 du 15 novembre 2006 consid. 5).

A l'aune du dossier, il appert que les commissions versées en janvier 2010 – exception faite de la commission de 140 fr. – correspondent aux contrats conclus au mois de décembre 2009. Il en découle que les indemnités compensatoires pour le mois de janvier 2010 doivent être calculées sans tenir compte du versement des commissions relatives aux affaires conclues en décembre 2009. Cependant, même en retenant le

montant de 140 fr. comme salaire réellement perçu par l'assuré, respectivement comme gain intermédiaire, force est d'admettre que ce dernier est inférieur aux usages professionnels et locaux. Partant, il convient de calculer les indemnités compensatoires sur la base d'un salaire fictif, conforme à ces usages.

**5.** La Caisse a fait application de la jurisprudence précitée (cf. consid. 3b *supra*) et estimé qu'un gain horaire de 20 fr. était conforme à l'activité exercée par l'intéressé auprès du R.\_\_\_\_\_. Considérant que les indications sur le degré d'occupation n'étaient pas établies (aucun contrat écrit signé, aucun nombre d'heures de travail mensuel prévu), elle a estimé que le calcul du gain fictif devait se faire sur la base d'un emploi à temps complet. A cet égard, elle se référait à la directive de l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail (OFIAMT, aujourd'hui Seco), selon laquelle l'activité dont l'horaire de travail n'est pas contrôlable sera réputée activité à plein temps (bulletin AC/MT 98/1).

**a)** Il est constant que le recourant a travaillé pour le R.\_\_\_\_\_ dès le 1<sup>er</sup> juin 2009, à temps partiel, en qualité de "collaborateur occasionnel touchant des commissions". Parallèlement à cette activité, il a travaillé à plein temps, auprès de X.\_\_\_\_\_, du 1<sup>er</sup> mars 2009 au 31 décembre 2009. C'est à la suite de la perte de cet emploi que l'assuré a sollicité l'octroi d'indemnités de chômage.

Dans la seconde décision du 17 février 2010, la Caisse a effectivement retenu que les prestations de l'assurance-chômage étaient revendiquées par le recourant en raison de la perte de son emploi auprès de X.\_\_\_\_\_. Elle avait dès lors conscience que l'assuré n'avait plus d'activité à plein temps, seule restait l'activité exercée à temps partiel.

De surcroît, l'intimée ne pouvait retenir que l'activité auprès du R.\_\_\_\_\_ était désormais une activité à temps complet. En effet, il ressort du formulaire "attestation de l'employeur" signé le 11 février 2010 que le recourant était toujours employé à temps partiel par le R.\_\_\_\_\_ et, dans le formulaire "attestation du de gain intermédiaire" signé le 17

février 2010, que l'employeur ne lui avait pas offert la possibilité d'effectuer plus d'heures de travail.

Au demeurant, le fait qu'il n'y ait pas de contrat écrit ni de nombre d'heures de travail prévu entre D.\_\_\_\_\_ et le R.\_\_\_\_\_ - comme le retient l'intimée - n'est pas en soi un élément qui suffit à admettre que le recourant était réputé travailler à plein temps. A cet égard, et comme cela ressort de la décision entreprise, il appert que l'intimée ne s'est fondée que sur ces deux éléments pour considérer que l'activité du recourant auprès du R.\_\_\_\_\_ devait désormais être considérée comme une activité à plein temps. A la lecture du dossier, rien ne laisse supposer que l'intimée ait interrogé le recourant sur l'étendue de son activité, particulièrement sur le nombre d'heures de travail consacré à son activité au mois de janvier 2010, ni même qu'elle ait demandé au R.\_\_\_\_\_ de plus amples informations à ce sujet. L'audition de l'assuré, voire celle de son employeur, aurait permis d'éclaircir davantage les faits.

Il sied en outre de préciser que la présomption de l'OFIAMT, à savoir que l'activité dont l'horaire de travail n'est pas contrôlable sera réputée activité à plein temps, n'implique pas pour l'assuré de rapporter une preuve absolue de l'horaire pratiqué dans le cadre d'un gain intermédiaire. Les autorités doivent, à cet égard, se contenter d'une forte vraisemblance (cf. principe dit de la "vraisemblance prépondérante"; voir ATF 133 V 14 consid. 9.2; 120 V 33 consid. 3). De surcroît, cette présomption ne repose sur aucune disposition légale ou réglementaire particulière. Interprétée de manière raisonnable, la directive de l'OFIAMT permet seulement de faire jouer la présomption d'une activité à plein temps lorsque l'assuré refuse sa collaboration ou fournit des documents sans caractère fiable (TA PS.1999/0159 du 16 mai 2000).

Par conséquent, il convient d'admettre que l'intimée ne pouvait objectivement retenir qu'à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2010, l'activité exercée par le recourant pour le R.\_\_\_\_\_ était une activité à temps complet. Le calcul du gain intermédiaire fictif devait dès lors se faire en fonction du temps effectivement consacré par le recourant pour son

activité à temps partiel de "collaborateur occasionnel touchant des commissions". A cet égard, il appartenait à la Caisse de procéder aux mesures d'instruction nécessaires au cours de la procédure administrative afin de déterminer la prestation de travail effective de l'assuré, pour le mois de janvier 2010.

**b)** Au vu de ce qui précède, force est de constater que la Caisse ne pouvait nier le droit à l'indemnité de chômage du recourant dès le 1<sup>er</sup> janvier 2010 en se fondant sur un gain intermédiaire fictif évalué selon une activité exercée à temps complet.

**6. a)** En définitive, le recours doit être admis et la décision sur opposition rendue le 18 mai 2010 par la Caisse cantonale de chômage réformée en ce sens que les décisions prises le 17 février 2010 sont annulées et la cause lui est renvoyée pour qu'elle statue à nouveau, après instruction complémentaire, dans le sens des considérants du présent arrêt.

**b)** Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA) ni d'allouer une indemnité à titre de dépens, le recourant ayant obtenu partiellement gain de cause sans le concours d'un avocat (art. 55 al. 1 LPA-VD *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 rendue le 18 mai 2010 par la Caisse cantonale de chômage est annulée, le dossier lui étant retourné pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

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

Le président :

La greffière :

**Du**

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

- D. \_\_\_\_\_
- Caisse cantonale de chômage, Division juridique
- 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 :