

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 11 février 2016

---

Composition : Mme BRÉLAZ BRAILLARD, juge unique  
Greffière : Mme Simonin

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

**L.** \_\_\_\_\_, à Lausanne, recourant,

et

**V.** \_\_\_\_\_, à Lausanne, intimée.

---

**Art. 24 LACI, 25 al. 1 LPGA**

**E n f a i t :**

**A.** L.\_\_\_\_\_ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], a travaillé du 1<sup>er</sup> septembre 2009 au 31 mai 2012 pour R.\_\_\_\_\_, comme conseiller à la clientèle au service externe. Il s'est inscrit en tant que demandeur d'emploi auprès de l'Office régional de placement de [...] (ci-après : l'ORP), à compter du 1<sup>er</sup> juin 2012, indiquant rechercher un travail à 100%. Le 21 mai 2012, il a déposé une demande d'indemnités de chômage auprès de la Caisse de chômage [...] (ci-après également : la caisse de chômage ou l'intimée). Un délai-cadre d'indemnisation lui a été ouvert du 1<sup>er</sup> juin 2012 au 31 mai 2014. Son gain assuré s'élevait à 8'333 fr. et l'indemnité journalière à 268 fr. 80, soit 70% du gain assuré journalier.

Le 6 juillet 2012, l'Office des poursuites du district de [...] a notifié à la caisse une saisie de salaire sur l'indemnité de chômage de l'assuré pour un montant de 2'200 par mois dès le 1<sup>er</sup> juin 2012.

Par courrier du 4 décembre 2013, l'ORP a constaté que l'assuré ne s'était pas présenté à des entretiens de conseil et de contrôle des 26 septembre et 3 décembre 2013, de sorte qu'il considérait que ce dernier renonçait au suivi de l'ORP, ainsi qu'aux éventuelles autres prestations auxquelles il pouvait avoir droit. L'ORP a en conséquence annulé l'inscription au chômage avec effet au 4 décembre 2013.

Le 10 janvier 2014, l'assuré s'est à nouveau inscrit comme demandeur d'emploi auprès de l'ORP de [...], à compter de cette même date, indiquant rechercher un emploi à 100%.

Le 31 janvier 2014, le Service de l'emploi, instance juridique chômage (ci-après : le Service de l'emploi), a informé l'assuré qu'il était amené à statuer sur son aptitude au placement, car selon les informations en sa possession, il apparaissait qu'il avait exercé depuis juin 2012 une activité indépendante en tant que courtier en assurances. En réponse au

questionnaire du Service de l'emploi, l'assuré a expliqué, le 6 février 2014, qu'il avait commencé une activité indépendante de " conseil en assurance, conseiller " le 1<sup>er</sup> janvier 2013, précisant qu'il consacrait 3 à 4 heures par jour à cette activité et qu'il en avait retiré un revenu net de 4'539 fr. Tout en confirmant qu'il était disponible à 100% pour l'exercice d'une activité salariée, l'assuré a expliqué ce qui suit : " le fait d'avoir cette activité indépendante me permettait de garder " un pied à l'étrier ", je pensais pouvoir retrouver plus vite une place de travail en gardant cette activité. Cela me permettait aussi de ne pas prendre du retard quant à l'évolution des produits et du marché, je comptais arrêter toutes activités indépendantes dès lors que je retrouverais un poste dans une compagnie ". Il a encore précisé que le but de cette activité indépendante était de pouvoir sortir du chômage le plus vite possible, soit en retrouvant une place de salarié, soit en réussissant dans son activité d'indépendant. Il a finalement expliqué qu'il répartissait ses journées entre la recherche d'un emploi et son activité indépendante, le matin étant en général consacré à la recherche d'un emploi, son activité indépendante se déroulant plutôt en fin de journée voire en soirée.

Par courrier du 18 février 2014, le Service de l'emploi a informé la Caisse de chômage V.\_\_\_\_\_ et l'assuré que ce dernier remplissait les conditions relatives à l'aptitude au placement, l'activité indépendante n'ayant pas un caractère durable. Le Service de l'emploi invitait cependant la caisse à examiner s'il y avait lieu d'appliquer l'art. 24 LACI au cas de l'assuré.

Le 26 février 2014, la caisse de chômage a écrit ce qui suit à l'assuré :

" Des suites de l'examen de votre aptitude au placement mené par le Service de l'emploi, nous apprenons que vous avez travaillé à titre indépendant depuis le mois de 01.2013 et que vous avez eu des revenus.

Nous n'avons jamais été informés de cette situation.

Sachant que ce revenu doit être considéré comme gain intermédiaire, nous vous invitons à remplir une attestation de gain intermédiaire pour chaque mois de l'année 2013 en joignant pour chaque période vos justificatifs de revenus.

L'année d'indemnisation 2013 sera revue en conséquence.

Tout versement encore à vous devoir est laissé en suspens d'ici la régularisation de votre situation ".

Le 10 mars 2014, l'assuré a transmis les pièces suivantes à la caisse de chômage :

- une attestation de gain intermédiaire et une fiche de salaire auprès de Q.\_\_\_\_\_, société d'assurances (ci-après : Q.\_\_\_\_\_), pour le mois de juin 2013, pour l'activité de conseiller en assurances, indiquant un revenu brut de 200 fr. 70 ;
- une fiche de salaire auprès de Q.\_\_\_\_\_ indiquant un revenu net de 347 fr. 70 pour le mois de juillet 2013 ;
- une fiche de salaire auprès de Q.\_\_\_\_\_ indiquant un revenu net de 313 fr. 90 pour le mois d'août 2013 ;
- une attestation de gain intermédiaire et une fiche de salaire auprès de Q.\_\_\_\_\_ indiquant un revenu net de 2'023 fr. 70 pour le mois de septembre 2013 ;
- une attestation de gain intermédiaire et une fiche de salaire auprès de Q.\_\_\_\_\_ indiquant un revenu net de 1'382 fr. pour le mois d'octobre 2013 ;
- une attestation de gain intermédiaire et une fiche de salaire auprès de Q.\_\_\_\_\_ indiquant un revenu net de 39 fr. 85 pour le mois de décembre 2013.

Sur l'attestation de l'employeur complétée le 24 mars 2014 par Q.\_\_\_\_\_, celle-ci a indiqué que l'assuré avait débuté pour son compte une activité d'intermédiaire d'adresse le 1<sup>er</sup> juin 2013, le contrat n'étant pas résilié à ce jour. Il avait réalisé un revenu de 4'841 fr. durant la période du 1<sup>er</sup> juin au 31 décembre 2013. Q.\_\_\_\_\_ a également transmis le contrat qu'elle avait conclu avec L.\_\_\_\_\_ le 5 juin 2013, intitulé " convention d'intermédiaire d'adresse ". Cette convention prévoyait notamment que l'assuré avait pour mandat de transmettre à Q.\_\_\_\_\_ des adresses de clients intéressés à conclure des contrats d'assurance avec elle, précisant qu'il n'avait pas le droit d'exercer une activité de conseil ni de conclure des actes juridiques. La rémunération s'élevait à

60% du montant de la prime d'assurance pour chaque contrat conclu. Il était prévu que l'activité de l'assuré débutait le 1<sup>er</sup> juin 2013.

Le 1<sup>er</sup> avril 2014, la caisse de chômage a rendu une décision intitulée " prise en compte du salaire usuel à titre de gain intermédiaire ", en se fondant sur l'art. 24 al. 1 et 3 LACI. Elle a fait savoir à l'assuré qu'elle avait procédé à une estimation de son salaire mensuel dès le mois de juin 2013 pour son activité d'intermédiaire d'adresse auprès de Q.\_\_\_\_\_, lequel avait été fixé à 2'500 fr. par mois et pris en compte à titre de gain intermédiaire. La Caisse a précisé ce qui suit :

" La caisse examine si la rémunération est conforme aux usages professionnels et locaux en se fondant sur les prescriptions légales, la statistique des salaires, l'échelle des salaires usuels de l'entreprise ou de la branche, les contrats types ou les conventions collectives de travail.

De plus, elle tient compte de l'expérience professionnelle de la personne assurée acquise au début de l'activité. **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.** Dans le cas d'un stage pratique, la caisse se réfère aux tarifs usuels dans la profession et la localité dans laquelle se trouve l'entreprise.

Le salaire que vous réalisez n'est dès lors pas conforme aux usages professionnels et locaux et ne répond pas aux critères de convenabilité à retenir par notre assurance lors de la prise [en compte] d'un gain intermédiaire. Le contrat avec la Q.\_\_\_\_\_ est de durée indéterminée. Un taux d'activité n'est pas fixé ; vous travaillez en horaire libre, mais vous avez déclaré dans votre justification au Service de l'emploi, consacrer entre 3 et 4 heures de travail par jour pour cette activité.

Pour cette raison, la caisse de chômage décide de prendre en compte le montant de CHF 2'500 à titre de gain intermédiaire dès le mois de 06.2013. Ce chiffre correspond à un salaire réputé convenable en regard de votre expérience professionnelle dans la branche et du temps déployé pour ce travail ".

Par une deuxième décision du 1<sup>er</sup> avril 2014, la Caisse a prononcé une suspension du droit à l'indemnité de chômage de 25 jours à compter du 22 juin 2013 pour indication fautive ou incomplète, étant donné qu'il n'avait pas déclaré son activité indépendante sur le formulaire " indication de la personne assurée ".

Dans une troisième décision du 1<sup>er</sup> avril 2014, la caisse de chômage a prononcé la restitution des prestations d'assurance versées à

tort pour un montant de 16'707 fr. 70. La caisse a retenu que l'assuré avait travaillé entre les mois de juin 2013 et janvier 2014 sans déclarer cette activité. La rémunération de cette activité avait dès lors été estimée selon les critères de convenabilité et prise en compte à titre de gain intermédiaire selon les décomptes du 1<sup>er</sup> avril 2014, joints par la caisse de chômage, qui ont la teneur suivante :

Mois	Jours contrôlés	Montant versé à titre d'indemnités journalières	Gain intermédiaire brut imputé	Jours de suspension	Nombre de jours donnant droit à une indemnité de chômage (après imputation du gain intermédiaire)	Montant des indemnités de chômage dues	Montant de la restitution
Juin 2013	20	4'752 fr. 85	2'500 fr.	13.5	0	0 fr.	4'752 fr. 85
Juillet 2013	23	5'465 fr. 80	2'500 fr.	11.5	5	1'169 fr. 35	4'296 fr. 45
Août 2013	22	5'287 fr. 30	2'500 fr.	-	15.5	3'701 fr. 50	1'585 fr. 80
Septembre 2013	21	5'046 fr. 95	2'500 fr.	-	14.5	3'461 fr. 20	1'585 fr. 75
Octobre 2013	23	4'325 fr. 95	2'500 fr.	5	11.5	2'742 fr. 30	1'583 fr. 65
Novembre 2013	21	5'046 fr. 95	2'500 fr.	-	14.5	3'461 fr. 20	1'585 fr. 75
Décembre 2013	2	480 fr. 65	230 fr. 40	-	1.4	334 fr. 20	146 fr. 45
Janvier 2014	16	3'845 fr. 30	1'843 fr. 20	-	11.2	2'674 fr. 30	1'171 fr.

Le 30 avril 2014, l'assuré s'est opposé aux trois décisions du 1<sup>er</sup> avril 2014, expliquant qu'il n'était qu'un " apporteur d'adresses " pour Q.\_\_\_\_\_ et ne percevait aucune rémunération fixe, les seuls gains qu'il avait faits durant l'année 2013 étant de 4'539 fr. L'assuré relevait qu'il était dès lors évident qu'il n'avait jamais touché le montant de 16'707 fr. 70 estimé par la caisse de chômage.

Sur demande de la caisse de chômage, Q. \_\_\_\_\_ a précisé, le 23 septembre 2014, que l'assuré n'avait pas d'horaire à effectuer, qu'il percevait uniquement des indemnités de vente (commissions) en cas de transmissions d'adresses débouchant sur la conclusion de contrats d'assurances par les employés salariés.

Le 23 octobre 2014, la caisse de chômage a écrit ce qui suit à l'assuré :

" Après un examen sommaire du dossier, la Caisse ne peut pas exclure que sa décision sur opposition modifie la décision du 1<sup>er</sup> avril en votre défaveur. En effet, selon l'examen [de l'aptitude] au placement effectué par le service de l'emploi vous mentionnez avoir débuté votre activité indépendante dès janvier 2013 à raison de 3 à 4 heures par jour. Or, le revenu d'un gain intermédiaire provenant d'une activité indépendante est pris en compte dans la période de contrôle au cours de laquelle la prestation de travail a été fournie (principe de la survenance). La date à laquelle l'assuré réalise sa créance est en revanche sans importance (Circulaire LACI IC du SECO, chiffre marginal C145). De plus, le critère des usages professionnels et locaux vaut également pour le gain intermédiaire provenant d'une activité indépendante. Il s'applique au revenu net, après déduction des charges autorisées (Circulaire LACI IC du SECO, chiffre marginal C146). En effet, au sens 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. Cette règle s'applique tant au gain intermédiaire réalisé par les travailleurs qu'à celui réalisé par les indépendants. De ce fait, un salaire conforme aux usages professionnels et locaux est pris en compte dès le début du gain intermédiaire, même si aucun revenu n'a été réalisé pendant les premiers mois (Circulaire LACI IC du SECO, chiffre marginal C134). Aussi, la caisse devrait-elle prendre en considération comme gain intermédiaire un salaire conforme aux usages professionnels et locaux dès le mois de janvier 2013 et non dès le 1<sup>er</sup> juin 2013.

Si l'assureur envisage de modifier la décision au détriment de l'opposant, il donne à ce dernier l'occasion de retirer son opposition (art. 12 OPGA). Par le présent courrier, nous vous accordons donc un délai jusqu'au 6 novembre 2014 pour retirer votre opposition du 30 avril 2014.

Si vous retirez votre opposition dans le délai imparti, la décision attaquée du 1<sup>er</sup> avril 2014 entrera en force de chose jugée et pourra être exécutée. Nous attirons toutefois votre attention sur le fait que, même en cas de retrait de l'opposition, la Caisse pourrait être amenée à modifier la décision en votre défaveur si les conditions d'une révision ou d'une reconsidération sont remplies (art. 53 al. 1 et 2 LPGa) ".

Par décision sur opposition du 11 décembre 2014, la caisse de chômage a rejeté l'opposition et rendu la décision suivante :

- " 1. La décision de caisse - prise en considération du salaire usuel à titre de gain intermédiaire du 1<sup>er</sup> avril 2014 est nulle et la procédure d'opposition y relative est sans objet.
2. La décision de caisse - indications fausses ou incomplètes du 1<sup>er</sup> avril 2014 est nulle et la procédure d'opposition y relative est sans objet.
3. L'opposition reçue le 5 mai 2014 contre la décision demande de restitution du 1<sup>er</sup> avril 2014 est rejetée.
4. La décision du 1<sup>er</sup> avril est confirmée, l'assuré doit restituer le montant de CHF 21'868.75, relatif aux indemnités perçues à tort de janvier 2013 à janvier 2014.
5. La procédure d'opposition est gratuite et il n'est pas alloué de dépens ".

La caisse a notamment précisé que sa première décision du 1<sup>er</sup> avril 2014 était nulle du fait qu'il s'agissait d'une décision en constatation pouvant être incluse dans la décision formatrice, soit la décision de restitution. Tous les arguments de l'assuré étaient en conséquence examinés dans la décision sur opposition.

Quant à la deuxième décision du 1<sup>er</sup> avril 2014, la sanction était nulle, au motif que son exécution était caduque, la caisse ayant par conséquent corrigé les montants à restituer en juin 2013 et juillet 2013, ceux-ci s'élevant désormais à 2'522 fr. 55 pour le mois de juin 2013 et 2'066 fr. 10 pour le mois de juillet 2013 (cf. décomptes du 9 décembre 2014).

Par ailleurs, la caisse a expliqué que pour déterminer le gain intermédiaire conforme aux usages professionnels et locaux au sens de l'art. 24 al. 3 LACI, elle avait retenu, vu les éléments indiqués par l'assuré au Service de l'emploi, qu'il avait entrepris une activité indépendante depuis le mois de janvier 2013 en qualité de conseiller en assurances à raison de 15 heures par semaine, ce qui aurait dû lui procurer un gain de 3'140 fr., (moyenne suisse), selon le calculateur de salaire de l'USS (Union syndicale suisse). Compte tenu d'une déduction de 20% pour les frais professionnels, le gain intermédiaire à prendre en compte s'élevait à 2'512

fr., arrondis à 2'500 francs. Le montant à restituer s'élevait ainsi, selon la caisse, à 21'868 fr. 75 au total, vu les décomptes complémentaires des mois de janvier 2013 à mai 2013 datés du 9 décembre 2014, produits en annexe, ayant la teneur suivante :

Mois	Jours contrôlés	Montant versé à titre d'indemnités journalières	Gain intermédiaire brut imputé	Jours de suspension	Nombre de jours donnant droit à une indemnité de chômage (après imputation du gain intermédiaire)	Montant des indemnités de chômage dues	Montant de la restitution
Janvier 2013	23	4'752 fr. 85	2'500 fr.	3	13.5	3'185 fr. 80	1'567 fr. 05
Février 2013	20	4'752 fr. 85	2'500 fr.	-	13.5	3'184 fr. 60	1'568 fr. 25
Mars 2013	21	4'990 fr. 50	2'500 fr.	-	14.5	3'422 fr. 20	1'568 fr. 30
Avril 2013	22	5'228 fr. 15	2'500 fr.	-	15.5	3'659 fr. 85	1'568 fr. 30
Mai 2013	23	5'465 fr. 80	2'500 fr.	-	13.7	3'235 fr. 40	2'230 fr. 40

**B.** Par acte du 21 janvier 2015, L. \_\_\_\_\_ a recouru contre la décision sur opposition rendue par la Caisse de chômage V. \_\_\_\_\_ le 11 décembre 2014, concluant en substance à son annulation. Il a expliqué qu'il n'avait jamais perçu le montant de 21'868 fr. 80, mais uniquement un gain de 4'539 fr. durant l'année 2013 dans son activité d'apporteur d'adresse, dans le but de garder le contact avec son métier et pour améliorer son quotidien, sachant qu'une partie de ses indemnités de chômage était saisie par l'ORP.

Dans sa réponse du 24 février 2015, l'intimée a conclu au rejet du recours.

Le 16 novembre 2015, une audience d'instruction a eu lieu lors de laquelle les parties ont été entendues. Le recourant a confirmé qu'il

avait débuté son activité d'apporteur d'adresses au début de l'année 2013, n'ayant signé la convention avec Q. \_\_\_\_\_ qu'en juin 2013 pour clarifier la situation. Il a expliqué que la rémunération consistait seulement en une commission, alors qu'en tant que conseiller en assurances, la rémunération était composée d'une rémunération fixe plus une commission. En tant qu'intermédiaire, le taux de commission était beaucoup plus bas que celui que perçoit un conseiller en assurance, car le travail ne consistait qu'à transmettre une information sans qu'il n'y ait d'activité de conseil. Le recourant a encore expliqué qu'il avait pensé se lancer comme conseiller en assurances indépendant, mais que le projet avait vite avorté, de sorte que cette activité n'avait en réalité jamais débuté. Quant à la caisse, elle a réitéré ses explications quant aux bases de calcul du gain intermédiaire auquel elle a procédé, à savoir qu'elle avait utilisé le calculateur de salaire USS, compte tenu d'une activité exercée entre janvier 2013 et janvier 2014, de 3 heures x 5 jours de travail par semaine, en tenant compte du salaire perçu par un conseiller en assurance indépendant âgé de 32 ans et au bénéfice d'un CFC, en tant que cadre inférieur.

L'intimée s'est déterminée le 25 novembre 2015 sur le procès-verbal de l'audience, communiqué aux parties le 17 novembre 2015.

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

**1. a)** 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 obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité, à moins que la LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0) ne déroge expressément à la LPGA (art. 1 al. 1 LACI). Selon l'art. 56 al. 1 LPGA, les décisions sur opposition ou celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours. Le recours doit être déposé dans les trente jours dès la notification de la décision querellée (art. 60 al. 1 LPGA) devant le 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 art. 128 al. 2 OACI [ordonnance fédérale du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]).

Dans le canton de Vaud, le recours contre une décision sur opposition prise par les autorités administratives chargées de l'application du droit de l'assurance-chômage est porté devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal (art. 2 al. 1 let. c et 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 173.36]).

**b)** Déposé en temps utile devant le tribunal compétent, le recours est recevable à la forme (cf. art. 61 let. b LPGA), de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

En l'occurrence, la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 fr., de sorte que le litige relève de la compétence du juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

**2. a)** En tant qu'autorité de recours contre une décision prise 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, ATF 125 V 413 consid. 2c).

**b)** En l'espèce, la question litigieuse est celle de savoir sur quel montant porte la restitution des indemnités de chômage indûment perçues par l'assuré, le principe même de la restitution n'étant pas contesté par le recourant, celui-ci admettant qu'il aurait dû annoncer à la Caisse de chômage son activité d'apporteur d'adresse. Singulièrement, il

s'agit de déterminer quel est le montant du gain intermédiaire déterminant.

**3. a) aa)** Selon l'art. 24 al. 1 LACI, 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. Le taux d'indemnisation est déterminé selon l'art. 22. Le Conseil fédéral fixe le mode de calcul du gain retiré d'une activité indépendante. Selon 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.

**bb)** 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 et suivants LACI (ATF 121 V 336 consid. 2b et 2). 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 129 V 102 ; 120 V 233 consid. 4b et ATF 120 V 515 consid. 2b). Un salaire fictif, conforme à ces usages, remplace le salaire réellement perçu par l'assuré, pour le calcul de sa perte de gain (arrêt C 258/97 du 27 octobre 1997 consid. 2, in : DTA 1998 n° 33 p. 182 ; cf. THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in : U. Meyer (édit.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 3<sup>ème</sup> éd., 2016, n° 423, pp. 2390-2391 ; BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zürich/Bâle 2014, n° 33 ad art. 24, p. 270). 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 (TFA C 135/98 du 5 juin 2001 consid. 5, in : DTA 2002 p. 110) (cf. TF 8C\_774/2008 du 3 avril 2009 consid. 2).

L'art. 24 al. 3 LACI vise à prévenir le dumping salarial (cf. ATF 120 V 515 consid. 4a). Sans cette disposition, l'employeur et le salarié pourraient être tentés de convenir d'un salaire anormalement bas, dans l'espoir de mettre à charge de l'assurance-chômage le versement complémentaire nécessaire permettant au salarié d'obtenir un revenu suffisant (DTA 1998 p. 179 consid. 2 p. 181) (cf. BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, n° 33 ad art. 24, p. 270).

La caisse examine 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 usuels de 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 (Circulaire IC, ch. marg. C 134, cf. également RUBIN, op. cit., n° 35 ad art. 24 LACI).

Les employés rémunérés à la commission gagnent en général très peu durant les premiers mois de travail. En assurance-chômage, il convient toutefois de fixer fictivement leur gain intermédiaire à 20 fr. de l'heure, cette assurance imposant une forme de salaire minimum acceptable, en rapport avec la prestation de travail et permettant de vivre économiquement, dès le début du travail, même si aucun revenu n'a été réalisé par l'assuré les premiers mois (cf. DTA 1986 p. 88, DTA 1998 p. 179 ; cf. ATF 139 III 214 consid. 5.2 ; cf. RUBIN, op. cit., n° 36 ad art. 24 LACI).

**cc)** Selon l'art. 41a al. 1 OACI, lorsque l'assuré réalise un revenu inférieur à l'indemnité de chômage, il a droit à des indemnités compensatoires pendant le délai-cadre d'indemnisation, lesquelles se montent à 70 ou 80% de la perte de gain, selon le taux d'indemnisation auquel il a droit (cf. art. 24 al. 1 LACI ; cf. RUBIN, op. cit., n° 24 ad art. 24 LACI).

**dd)** Selon la méthode de calcul exposée au ch. C 135 du Bulletin LACI - IC du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) (ci-après:

Circulaire IC), que le TFA, puis le TF ont déclaré conforme à la loi (TFA C 82/03 du 12 octobre 2004 ; TF 8C\_1027/2008 du 8 septembre 2009 consid. 4.3.2 in : DTA 2010 p. 147, p. 151; voir également sur la question RUBIN, op. cit. n° 25 ad art. 24 LACI), la perte de gain indemnisable au sens de l'art. 24 LACI correspond à la différence entre le " gain déterminant " et le gain intermédiaire (lequel doit être conforme aux usages professionnels et locaux), le gain déterminant représentant le gain assuré journalier (= gain assuré divisé par 21,7), multiplié par le nombre de jours contrôlés au cours d'un mois. La perte de gain sera indemnisée en fonction du taux déterminant selon l'art. 22 LACI (art. 24 al. 1 LACI). En d'autres termes, la perte de gain se détermine de la manière suivante:  $[(\text{Gain assuré mensuel} \times \text{jours contrôlés dans le mois}) / 21,7] - \text{Gain intermédiaire mensuel}$ ; l'indemnité compensatoire mensuelle correspond quant à elle à 70% ou 80% (art. 22 LACI) de la perte de gain ainsi déterminée (art. 41a al. 1 OACI).

Le revenu provenant d'un gain intermédiaire est pris en compte dans chaque période de contrôle pendant laquelle la prestation de travail est fournie (principe de survenance). La date à laquelle l'assuré réalise sa créance est sans importance (Circulaire IC, ch. marg. C 133, cf. également RUBIN, op. cit., n° 28 ad art. 24 LACI).

**b)** En vertu de l'art. 25 al. 1 LPGA, les prestations indûment touchées doivent être restituées.

**4.** En l'occurrence, retenant que le revenu réalisé par l'assuré dans son activité indépendante n'était pas conforme aux usages professionnels et locaux au sens de l'art. 24 al. 3 LACI, l'intimée a fixé son gain intermédiaire à 2'500 francs par mois. Elle s'est fondée sur le calculateur salarial de l'Union syndicale suisse, lui-même basé sur l'Enquête suisse sur la structure des salaires de 2010, compte tenu du profil suivant : " formation : apprentissage ; exigence du poste : travailleur indépendant ; position hiérarchique : cadre inférieur ; domaine d'activité : conseils en assurance ". Il en est résulté un revenu médian de 3'140 francs par mois (4 semaines 1/3 à 15 heures de travail). La caisse a appliqué une

déduction de 20% sur ce revenu pour tenir compte des frais professionnels de l'assuré.

Or, le gain intermédiaire ainsi fixé par la caisse de chômage ne correspond pas au travail effectué par l'assuré. En effet, même si l'assuré a dans un premier temps déclaré au Service de l'emploi (cf. réponses au questionnaire du 6 février 2014) qu'il avait commencé le 1<sup>er</sup> janvier 2013 une activité de conseiller en assurance, il apparaît, vu la convention qu'il a conclue le 5 juin 2013 avec Q.\_\_\_\_\_ et ses déclarations lors de l'audience du 16 novembre 2015, qu'il n'a exercé en réalité qu'une activité d'apporteur d'adresse, ayant rapidement abandonné l'idée de se " lancer " comme conseiller en assurance indépendant. Une telle activité d'apporteur d'adresse n'est pas équivalente à celle d'un conseiller en assurance, la tâche du premier consistant seulement à communiquer à l'assurance des noms de clients intéressés à conclure des contrats, sans avoir le droit de conseiller ou de conclure des actes juridiques avec les clients. Les activités se distinguent également par le fait que l'activité d'apporteur d'adresse est moins bien rémunérée que celle d'un conseiller en assurance, ce dernier percevant une rémunération fixe à laquelle s'ajoute une commission, alors que l'apporteur d'adresse ne perçoit qu'une commission, à un taux moins élevé (cf. déclarations du recourant à l'audience du 16 novembre 2015 et convention du 5 juin 2013 entre le recourant et la Q.\_\_\_\_\_). Dès lors, il convient de se fonder, pour fixer le gain intermédiaire du recourant, non pas sur le revenu réalisé par un conseiller en assurances selon les données statistiques appliquées par la caisse de chômage, mais, au vu la jurisprudence et la doctrine précitées (cf. supra consid. 3 a/bb), sur un revenu de 20 francs de l'heure, cette rémunération correspondant à un salaire minimum acceptable vu l'activité d'apporteur d'adresse exercée par le recourant et son mode de rémunération, à la commission.

Au surplus, les autres éléments du calcul du gain intermédiaire pris en considération par l'intimée - à savoir que l'activité indépendante a occupé l'assuré 15 heures par semaine (3 heures x 5 jours) de janvier 2013 à janvier 2014 - correspondent aux déclarations constantes de ce

dernier, de sorte qu'ils doivent être confirmés (cf. réponses au questionnaire du Service de l'emploi du 6 février 2014 et les déclarations du recourant en audience).

En conséquence, la cause doit être renvoyée à la caisse de chômage pour qu'elle procède à un nouveau calcul du gain intermédiaire du recourant pour la période de janvier 2013 à janvier 2014 en tenant compte de ce qui précède. Elle procédera ensuite à un nouveau calcul du montant de la restitution à charge de l'assuré, en prenant en compte ce qui suit (consid. 5).

**5.** Vu les décomptes de la restitution à charge du recourant, produits par l'intimée (en particulier et notamment les décompte des mois de janvier 2013 et mai 2013), il convient de rappeler que selon la méthode confirmée par le Tribunal fédéral (cf. supra consid. 3a/dd), la perte de gain indemnisée au sens de l'art. 24 LACI se calcule de la manière suivante :  $[(\text{gain assuré mensuel} \times \text{jours contrôlés dans le mois}) / 21,7] - \text{gain intermédiaire mensuel}$  ; l'indemnité compensatoire mensuelle due à l'assuré correspond quant à elle à 70% ou 80% (cf. art. 22 LACI) de la perte de gain (art. 41a al. 1 OACI).

**6.** Vu ce qui précède, le recours est admis, la décision sur opposition du 11 décembre 2014 annulée, la cause étant renvoyée à la Caisse de chômage V. \_\_\_\_\_ pour qu'elle procède à un nouveau calcul de la restitution à charge du recourant, au sens des considérants.

La procédure étant gratuite, il n'est pas perçu de frais judiciaires (art. 61 let. a LPGA). Le recourant, qui a procédé sans l'aide d'un mandataire professionnel, n'a pas le droit à des dépens (art. 61 let. g LPGA et 55 al. 1 LPA-VD).

**Par ces motifs,  
la juge unique  
prononce :**

- I. Le recours est admis.
  
- II. La décision sur opposition rendue le 11 décembre 2014 par la Caisse de chômage V.\_\_\_\_\_ est annulée, la cause étant renvoyée à cette caisse pour nouvelle décision au sens des considérants.
  
- III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires ni alloué de dépens.

La juge unique :

La greffière :

**Du**

L'arrêt qui précède est notifié à :

- L.\_\_\_\_\_, à Lausanne,
- Caisse de chômage V.\_\_\_\_\_, 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).

La greffière :