

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 28 août 2017

Composition : Mme DESSAUX, juge unique
Greffière : Mme Chaboudez

Cause pendante entre :

U._____, à [...], recourant,

et

CAISSE W._____, à [...], intimée.

Art. 24 LACI ; 25 LPGA

E n f a i t :

A. U._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant) a travaillé comme conseiller à la clientèle pour la société L._____ Sàrl de septembre 2011 au 28 février 2013, date de son licenciement pour des motifs de restructuration. Le 11 décembre 2013, il s'est inscrit au chômage et a sollicité l'octroi d'indemnités auprès de la Caisse W._____ (ci-après : la Caisse ou l'intimée). Un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur du 11 décembre 2013 au 10 décembre 2015. Dans ses attestations « Indications de la personne assurée (IPA) » des mois de décembre 2013 à juin 2014, il n'a annoncé aucune activité en gain intermédiaire. Sa période de chômage a pris fin le 10 juin 2014.

A la suite d'un contrôle du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) dans le cadre de la loi sur le travail au noir, il est apparu, sur la base de l'extrait de son compte individuel auprès de la Caisse de compensation AVS, que l'assuré avait touché 4'252 fr. de Z._____ SA pendant la période de février à décembre 2013 et 7'682 fr. de janvier à août 2014, ainsi que 4'545 fr. de X._____ SA en 2013 et 7'339 fr. en 2014.

Invitée par la Caisse à fournir des renseignements, Z._____ a indiqué, par courrier du 20 janvier 2016, que l'assuré n'était pas salarié de leur entreprise mais communiquait des adresses de potentiels clients aux collaborateurs du service extérieur et percevait une rémunération en cas de conclusion d'une assurance suite à la communication de l'adresse. Le décompte de provisions annexé détaillait les contrats d'assurances conclus par le biais de l'assuré.

X._____ SA a exposé, dans un courrier du 2 février 2016, que ses partenaires conseillers ou courtiers en assurances avaient tous soit le statut d'indépendant, soit étaient rattachés à un employeur. Dans un courriel du 10 février 2016, cette société a précisé que les conventions de collaboration avaient été signées avec l'assuré le 18 avril 2013 et les

premières commissions versées le 26 juillet 2013. X._____ SA a produit les récapitulatifs des décomptes des commissions de l'assuré de 2013 et 2014.

Dans un courrier électronique du 6 juin 2016, l'assuré a précisé qu'il avait exercé le métier de conseiller en assurances avant sa période de chômage, mais n'avait touché les primes que plusieurs mois plus tard.

Par décision du 29 juin 2016, la Caisse a demandé à l'assuré la restitution de la somme de 10'615 fr. 55, considérant que celle-ci lui avait été versée à tort compte tenu des revenus perçus dans le cadre de son activité de courtier auprès de Z._____ SA et X._____ SA durant sa période d'indemnisation. Constatant que l'assuré était rétribué à la commission, la Caisse a pris comme base de rémunération un salaire horaire de 20 fr. correspondant aux usages professionnels et locaux pour une activité à plein temps dans ce domaine.

L'assuré a formé opposition contre cette décision le 15 juillet 2016. Il a expliqué que suite à son licenciement en mars 2013, il s'était lancé dans une activité indépendante de conseiller en assurance, précisant qu'il avait dû l'interrompre en septembre 2013 durant plusieurs semaines, ayant été immobilisé à cause d'une fracture à la malléole. Il a allégué que l'ensemble des contrats d'assurance pour lesquels il avait touché une commission durant sa période de chômage avaient été conclus avant cette dernière. Il a produit un extrait du registre du commerce relatif à son entreprise individuelle de conseiller en assurance, inscrite le 15 mars 2013, un projet de contrat d'assurance établi le 26 novembre 2013, une lettre d'un agent en assurance à qui il communiquait des adresses ainsi que plusieurs contrats d'assurances conclus par l'intermédiaire de cette personne.

Par courrier du 16 septembre 2016, la Caisse a invité l'assuré à expliquer pourquoi il ressortait des décomptes de provisions produits par

Z._____ que des contrats avaient été conclus alors qu'il était inscrit au chômage.

Le 27 septembre 2016, l'assuré a déclaré ne pas avoir travaillé pour Z._____ SA pendant sa période de chômage. Il a expliqué qu'il avait un compte d'indicateur d'adresses auprès de cette entreprise, qu'il touchait une prime à chaque recommandation et que ce compte était resté activé car il touchait également des primes en cas de renouvellement de contrats.

Au cours d'un appel téléphonique du 21 mars 2017, une collaboratrice de X._____ a mentionné que l'assuré avait conclu au moins un contrat pendant qu'il était au chômage, pour lequel il avait perçu une commission en mai 2014. Elle a précisé que durant sa période de chômage, il avait continué à s'acquitter de la redevance mensuelle de 140 fr. pour faire partie de leurs agents partenaires.

Le contrat d'indicateur d'adresses conclu entre l'assuré et Z._____ ainsi que les conventions de collaboration signées avec X._____ SA ont été transmis à la Caisse.

Par décision sur opposition du 29 mars 2017, la Caisse a rejeté l'opposition de l'assuré et confirmé sa décision de restitution. Elle a retenu que pendant sa période de chômage, l'assuré avait travaillé au service externe de X._____ SA, qu'il avait toujours versé sa participation mensuelle, avait conclu des contrats et touché des commissions durant le premier semestre 2014, de sorte qu'il fallait considérer qu'il avait une relation professionnelle avec cette entreprise en qualité d'agent rémunéré à la commission. Dans la mesure où son horaire de travail n'était pas contrôlable et que la rémunération à la commission ne pouvait pas être considérée comme convenable, la Caisse avait pris en compte un gain intermédiaire à plein temps rémunéré à 20 fr. par heure pendant la période du 11 décembre 2013 au 9 juin 2014, comme prévu par la jurisprudence du Tribunal fédéral. La nature exacte de sa relation professionnelle avec Z._____ SA ainsi que ses rémunérations n'avaient

pas à être examinées étant donné que son activité d'agent auprès de X. _____ SA devait être retenue à plein temps. Ses activités d'agent pour Z. _____ démontraient toutefois qu'il voulait se consacrer à cette activité. Enfin, la Caisse a estimé que la créance en restitution n'était pas prescrite puisque le délai de prescription d'une année n'avait commencé à courir qu'à partir du 5 janvier 2016, date à laquelle le SECO avait informé la Caisse que l'assuré avait bénéficié d'indemnités de chômage et cotisé à la même période.

B. Par acte posté le 3 mai 2017, U. _____ a recouru contre cette décision sur opposition auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant à son annulation. Il a réitéré qu'il n'avait pas travaillé durant sa période de chômage et que les sommes reçues provenaient d'un travail effectué avant son inscription au chômage.

Dans sa réponse du 31 mai 2017, la Caisse a maintenu sa position et proposé le rejet du recours.

Le 6 juin 2017, le recourant a produit des pièces figurant déjà à son dossier.

E n d r o i t :

1. a) Sous réserve de dérogations expresses, 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 (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 sont sujettes à recours (art. 56 al. 1 LPGA) auprès du tribunal du lieu où l'assuré se soumet au contrôle obligatoire, en ce qui concerne l'indemnité de chômage (cf. art. 100 al. 3 LACI, 128 al. 1 et 119 al. 1 let. a OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]). Le

recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA) et doit contenir un exposé succinct des faits et des motifs invoqués, ainsi que des conclusions (art. 61 let. b LPGA).

Dans le canton de Vaud, la LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 173.36) s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD) et prévoit la compétence de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal pour statuer (art. 93 let. a LPA-VD).

b) En l'occurrence, le recours a été interjeté dans le délai imparti par la loi et satisfait en outre aux autres conditions formelles de recevabilité (art. 61 let. b LPGA notamment), de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

2. Le présent litige porte sur la question de savoir si l'intimée était fondée à demander au recourant la restitution d'un montant de 10'615 fr. 55, correspondant aux indemnités de chômage qu'il aurait perçues à tort pour la période du 11 décembre 2013 au 9 juin 2014.

3. a) L'assuré a droit à l'indemnité de chômage notamment s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 8 al. 1 let. a et 10 LACI). Le chômage (ou la perte de travail) ne suffit cependant pas à donner droit à une indemnisation ; encore faut-il que le chômeur subisse une perte de gain d'une certaine importance (art. 8 al. 1 let. b et 11 LACI). Ainsi, à teneur de l'art. 11 LACI, seule peut être prise en considération la perte de travail qui se traduit par un manque à gagner et qui dure au moins deux journées de travail consécutives. La condition de la perte de travail minimale est toutefois mise entre parenthèse lorsqu'un assuré exerce une activité dont la rémunération est inférieure à celle de l'indemnité de chômage (Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n° 4 et 8 ad art. 10 LACI ; TFA C 18/05 du 18

mars 2005 consid. 2). Une telle activité constitue un gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI.

b) 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 sa perte de gain. Le taux d'indemnisation est déterminé selon l'art. 22 (art. 24 al. 1 LACI).

Le gain intermédiaire est calculé sur le total du revenu réalisé pendant la période de contrôle. Il est composé du salaire de base, des indemnités pour jours fériés et autres éléments de salaire auxquels l'assuré a droit, tels que treizième salaire, gratifications, commissions, allocations de résidence, allocations de renchérissement, supplément pour travail de nuit, travail du dimanche, travail en équipes, service de piquet, si l'assuré touche normalement ces suppléments en raison de la nature du travail ou de son horaire (cf. Directives administratives édictées par le SECO, Bulletin LACI IC, juillet 2017, chiffre C125 ; cf. également Rubin, op. cit., n° 27 ad art. 24 LACI).

Les revenus de plusieurs activités exercées à temps partiel sont cumulés pour l'examen de la prétention à la compensation de la perte de gain (ATF 127 V 479). La perte de gain correspond à la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux (art. 24 al. 3, 1^{ère} phrase, LACI ; ATF 129 V 102 ; 120 V 233). La question de la conformité du salaire fixé contractuellement aux usages professionnels et locaux, au sens de l'art. 24 al. 3 LACI, qui ne se confond pas avec celle du caractère convenable d'un emploi (art. 16 LACI), doit être examinée par la caisse à l'occasion du calcul des indemnités de chômage (art. 81 al. 1 let. a LACI). Dans son Bulletin LACI IC (chiffre C134), le SECO précise que si le salaire versé n'est pas conforme au tarif usuel dans la profession et la localité, la caisse l'adapte au salaire en usage pour ce genre de travail. La caisse de chômage devra ainsi déterminer le temps de travail, afin de vérifier que la

rémunération obtenue est conforme aux usages professionnels et locaux, l'assuré étant, quant à lui, soumis à l'obligation de collaborer à l'établissement des faits. Lorsque l'horaire de travail n'est pas contrôlable, faute de renseignements crédibles, la caisse pourra présumer que l'assuré a travaillé à plein temps. Cette présomption ne peut toutefois être appliquée trop facilement. La caisse doit tenter de recueillir d'office les renseignements nécessaires et recouper les informations susceptibles d'être obtenues (Rubin, op. cit., n° 26 ad art. 24 LACI, p. 268 et référence citée).

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 ; 120 V 502 consid. 8e). Un salaire fictif, conforme à ces usages, remplace le salaire réellement perçu par l'assuré, pour le calcul de sa perte de gain (TF C 258/97 du 27 octobre 1997 consid. 2, in DTA 1998 n° 33 p. 182). 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 (TF 8C_774/2008 du 3 avril 2009 consid. 2 ; C 135/98 du 5 juin 2001 consid. 5, in DTA 2002 p. 110). De même, 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 (cf. TF C 316/05 du 12 octobre 2006 consid. 2.2).

En particulier, 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. Les employés rémunérés à la commission gagnent généralement très peu durant les premiers mois de travail (formation, constitution de la clientèle). C'est en quelque sorte l'usage dans les professions rémunérées de cette manière. En assurance-chômage, leur gain intermédiaire est

toutefois fixé fictivement au moins à 20 fr. de l'heure (TF 8C_774/2008 précité consid. 3.1 ; Rubin, op. cit., n° 36 ad art. 27 LACI, p. 36s.).

L'art. 41a al. 1 OACI précise que l'assuré a droit à des indemnités compensatoires pendant le délai-cadre d'indemnisation lorsqu'il réalise un revenu inférieur à son indemnité de chômage. Pour la détermination du gain intermédiaire comme pour le calcul du gain assuré, on applique en règle ordinaire le principe selon lequel 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. C'est pourquoi par exemple, les commissions, gratifications, allocations de renchérissement et primes de fidélité ou de rendement doivent être imputées proportionnellement sur les autres mois de l'année pendant laquelle l'assuré a travaillé, et ce de la même manière qu'un treizième salaire (« principe de survenance » ; ATF 122 V 367 consid. 5b ; TF 8C_472/2010 du 21 octobre 2010 consid. 5.2 ; TFA C 179/06 du 15 novembre 2006 consid. 4 ; Rubin, op. cit., n° 28 ad art. 24 LACI).

4. a) A teneur de l'art. 95 al. 1 LACI, la demande de restitution est régie par l'art. 25 LPGA, à l'exception des cas relevant des art. 55 et 59c^{bis} al. 4 LACI, lesquels ne sont toutefois pas applicables en l'espèce.

Selon l'art. 25 al. 1, 1^{ère} phrase, LPGA, les prestations indûment touchées doivent être restituées. Cette disposition est issue de la réglementation et de la jurisprudence antérieures à l'entrée en vigueur de la LPGA (ATF 130 V 318 consid. 5.2 et les références).

L'obligation de restituer suppose que soient remplies les conditions d'une révision procédurale (cf. art. 53 al. 1 LPGA) ou d'une reconsidération (cf. art. 53 al. 2 LPGA) de la décision - formelle ou non - par laquelle les prestations en cause ont été allouées (cf. ATF 142 V 259 consid. 3.2 ; 138 V 426 consid. 5.2.1 ; 130 V 318 consid. 5.2 et références citées).

b) La reconsidération et la révision sont désormais explicitement réglées à l'art. 53 al. 1 et 2 LPGA. A teneur de cette disposition, les décisions et les décisions sur opposition formellement passées en force sont soumises à révision si l'assuré ou l'assureur découvre subséquemment des faits nouveaux importants ou trouve des nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient être produits auparavant (al. 1). L'assureur peut revenir sur les décisions ou les décisions sur opposition formellement passées en force lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable (al. 2). Cette disposition codifie ainsi la jurisprudence antérieure à son entrée en vigueur ; selon un principe général du droit des assurances sociales, l'administration peut reconsidérer une décision formellement en force de chose jugée sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée quant au fond, à condition qu'elle soit sans nulle doute erronée et que sa rectification revête une importance notable (ATF 126 V 23 consid. 4b). Par le biais de la reconsidération, on corrigera une application initiale erronée du droit, de même qu'une constatation erronée résultant de l'appréciation des faits ; un changement de pratique ou de jurisprudence ne saurait en principe justifier une reconsidération (ATF 135 V 215 consid. 5 ; 127 V 466 consid. 2c). La rectification revêt une importance notable en fonction du montant des prestations en cause. Il a par exemple été jugé qu'une créance en restitution d'un montant de 706 fr. était suffisamment importante (DTA 2000 n° 40 p. 208). En outre, par analogie avec la révision des décisions rendues par les autorités judiciaires, l'administration est tenue de procéder à la révision d'une décision entrée en force formelle, lorsque sont découverts de faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuves susceptibles de conduire à une appréciation juridique différente (ATF 126 V 23 consid. 4b et les références).

c) Le droit de demander la restitution de prestations indûment touchées s'éteint un an après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation (art. 25 al. 2, 1^{ère} phrase, LPGA). Il s'agit là de délais (relatif et absolu) de péremption, qui doivent être examinés d'office (ATF 133 V 579 consid. 4.1 ; 119 V 431 consid. 3a ; TF 8C_968/2012 du 18 novembre 2013

consid. 2.2). Selon la jurisprudence, le délai de péremption relatif d'une année commence à courir dès le moment où l'administration aurait dû connaître les faits fondant l'obligation de restituer, en faisant preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle (ATF 140 V 521 consid. 2.1; 139 V 6 consid. 4.1 ; 124 V 380 consid. 1). L'administration doit disposer de tous les éléments qui sont décisifs dans le cas concret et dont la connaissance fonde – quant à son principe et à son étendue – la créance en restitution à l'encontre de la personne tenue à restitution (ATF 140 V 521 consid. 2.1; 111 V 14 consid. 3). Si l'administration dispose d'indices laissant supposer l'existence d'une créance en restitution, mais que les éléments disponibles ne suffisent pas encore à en établir le bien-fondé, elle doit procéder, dans un délai raisonnable, aux investigations nécessaires. A défaut, le début du délai de péremption doit être fixé au moment où elle aurait été en mesure de rendre une décision de restitution si elle avait fait preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle. Dans tous les cas, le délai de péremption commence à courir immédiatement s'il s'avère que les prestations en question étaient clairement indues (TF 8C_689/2016 du 5 juillet 2017 consid. 5.1 ; 8C_906/2014 du 30 novembre 2015 consid. 5.2 et les références).

Cependant, lorsque la restitution est imputable à une faute de l'administration, on ne saurait considérer comme point de départ du délai d'une année le moment où l'erreur a été commise par l'administration, mais le moment auquel celle-ci aurait dû, dans un deuxième temps (par exemple à l'occasion d'un contrôle) se rendre compte de son erreur en faisant preuve de l'attention requise. En effet, si l'on plaçait le moment de la connaissance du dommage à la date du versement indu, cela rendrait souvent illusoire la possibilité pour l'administration de réclamer le remboursement de prestations allouées à tort en cas de faute de sa part (ATF 124 V 380 consid. 1; TF 8C_689/2016 précité consid. 5.1).

5. a) En l'occurrence, durant la période litigieuse, soit de décembre 2013 à juin 2014, le recourant a été intégralement indemnisé par l'assurance-chômage. A l'occasion d'un contrôle réalisé par le SECO, l'intimée a eu connaissance, en janvier 2016, des revenus dégagés par

l'assuré dans le cadre de son activité de courtier pour Z._____ SA et X._____ SA en 2013 et 2014. Faute d'avoir été renseignée en temps utile sur ces gains, la Caisse était légitimée à considérer que les indemnités journalières de chômage allouées au recourant avaient été calculées sur des bases erronées. Par ailleurs, vu le montant de ces revenus, tels qu'inscrits au CI de l'assuré, à savoir 4'252 fr. en 2013 et 7'682 fr. de janvier à août 2014 de Z._____, ainsi que 4'545 fr. en 2013 et 7'339 fr. en 2014 de X._____ SA, la rectification des décomptes d'indemnités journalières revêtait une importance notable. La connaissance des gains dégagés par le recourant en 2013 et 2014 constituait ainsi incontestablement un motif de réexamen du montant des indemnités journalières, au sens de la jurisprudence citée plus haut.

b) La Caisse a rendu la décision de restitution le 29 juin 2016, soit environ six mois après avoir eu connaissance des gains réalisés par le recourant, de sorte que la péremption relative n'était pas encore atteinte. Il en est de même pour le délai de péremption absolu, puisque cette décision concerne les indemnités versées de décembre 2013 à juin 2014.

c) Dans son recours, l'assuré fait valoir que les sommes touchées provenaient d'un travail effectué avant son inscription au chômage. Il faut constater à cet égard que les pièces au dossier ne permettent pas de déterminer quand l'assuré a fourni la prestation donnant lieu au versement de commissions. Selon le contrat conclu avec Z._____, l'assuré travaillait comme indicateur d'adresses, c'est-à-dire qu'il avait la possibilité de procurer à Z._____ des opportunités de conclure des contrats d'assurance en échange d'une indemnité. L'article 4 de ce contrat prévoit le versement d'une commission pour les adresses communiquées ayant abouti à la conclusion d'un contrat d'assurance. La commission n'est donc versée qu'après signature du contrat par un agent d'assurance et non par l'assuré, lequel ne fait que fournir l'adresse du client potentiel. Il existe dès lors un décalage temporel entre l'activité sujette à rémunération et le versement de la commission relative. Ce décalage existe également pour les commissions versées par X._____, même si son activité pour cette entreprise était différente puisqu'elle

consistait à vendre des produits d'assurance d'institutions partenaires, X._____ servant d'intermédiaire entre les agents et les compagnies d'assurances. Il découle de l'article 6 de la Convention de collaboration « Centrale d'achats » signée entre les parties que si le recourant propose le contrat d'assurance, la commission est en revanche d'abord versée par l'assureur à X._____, qui verse ensuite sa commission à son agent, en l'occurrence le recourant.

Au dossier figure le décompte de provisions de Z._____ pour la période du 1^{er} février 2013 au 31 août 2014. Il mentionne les nouveaux contrats, modifications et suppressions de contrat avec en regard une date. A priori, cette date pourrait correspondre à la date de signature du contrat, de sa modification ou de son annulation. Le corollaire d'une telle hypothèse est qu'il est impossible de déterminer quand le recourant a fourni la prestation de courtage à l'origine de la signature du contrat conduisant au versement de la commission, et plus particulièrement si cette prestation a été fournie pendant la période d'indemnisation par le chômage.

Les décomptes de X._____ pour les années 2013 et 2014 figurent également au dossier. Leur présentation ne permet toutefois pas de déterminer les dates de propositions de contrats d'assurance par le recourant puisqu'ils ne mentionnent que le montant total des commissions versées mensuellement. À cela s'ajoute que le montant de ces commissions va en diminuant dans le courant du premier semestre 2014, ce qui pourrait tendre à corroborer la version des faits de l'assuré. Il ressort également d'une note téléphonique du 21 mars 2017 entre la Caisse et X._____ que beaucoup de contrats ont été signés en 2013 et apparemment un seul pendant la période d'indemnisation.

Les éléments au dossier ne permettent par conséquent pas de déterminer si l'assuré a exercé des activités de courtage pendant sa période de chômage, qui devraient être considérées comme des gains intermédiaires.

d) La Caisse a par ailleurs estimé que le salaire de l'assuré n'était pas conforme aux usages professionnels et locaux, du fait que son horaire de travail n'était pas contrôlable et qu'il était rétribué à la commission. Elle a par conséquent considéré que l'assuré était présumé travailler à plein temps pour un salaire horaire de 20 francs.

S'il est exact que l'horaire de l'assuré n'est pas contrôlable compte tenu du type d'activité, la Caisse ne l'a toutefois pas interpellé afin de connaître les modalités de son activité ainsi que le temps consacré à celle-ci. Or, comme mentionné ci-dessus (cf. consid. 3b), la présomption selon laquelle un assuré dont l'horaire de travail n'est pas contrôlable est présumé travailler à plein temps ne doit pas être appliquée trop facilement, la caisse devant tenter de recueillir d'office les renseignements nécessaires et recouper les informations susceptibles d'être obtenues (cf. TF C 107/05 du 18 juillet 2006 ; Rubin, op. cit., n° 26 ad art. 24 LACI, p. 268).

En outre, si le pourcentage des commissions versées par X._____ est connu, les règlements de commissionnement et tables faisant partie intégrante du contrat avec Z._____ ne figurent pas au dossier. Il appartient à la caisse d'obtenir production des annexes contractuelles auprès de Z._____, cas échéant auprès du recourant, puis de déterminer si les conditions de rémunération du recourant par Z._____ et par X._____ sont conformes aux usages de la branche. Étant rappelé que l'activité du recourant auprès de ces deux sociétés est qualifiée d'auxiliaire par la première et d'accessoire par la seconde, sa situation n'est pas comparable à celle de l'employé d'assurance débutant au bénéfice d'un contrat de travail de durée indéterminée avec une rémunération à la commission, outre un éventuel forfait et le remboursement de ses frais, situation dans laquelle le gain intermédiaire est fixé fictivement à 20 fr. l'heure (cf. Rubin, op. cit., n° 36 ad art. 24 LACI, p. 270s.). Il en va ainsi de l'agent employé d'assurance, qui vend les produits d'une seule compagnie d'assurances et perçoit généralement une commission à la conclusion du contrat et une commission de gestion de portefeuille versée pendant la durée de validité du contrat, cas échéant

une super-commission en fonction du volume de contrats conclus sur l'année. Le recourant, quant à lui, n'a pas de clause de non-concurrence et ne bénéficie pas d'une commission de gestion de portefeuille. Or, dans le cas de l'agent employé, cette commission sera versée pendant toute la durée de validité du contrat, laquelle peut durer plusieurs années, et ceci sur la base d'une prestation unique, ce qui explique qu'un gain intermédiaire fictif soit retenu. Ainsi, sous réserve d'un pourcentage de commissions contraire aux usages de la branche, il conviendra, dans le cas du recourant, de tenir compte du gain effectivement réalisé et non d'un gain fictif.

6. a) Dans le domaine des assurances sociales notamment, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par l'assureur, qui prend les mesures d'instruction nécessaires et recueille les renseignements dont il a besoin (cf. art. 43 al. 1 LPGA).

Le devoir d'instruction s'étend jusqu'à ce que les faits nécessaires à l'examen des prétentions en cause soient suffisamment élucidés (TF 8C_667/2012 du 12 juin 2013 consid. 4.1). Si elle estime que l'état de fait déterminant n'est pas suffisamment établi, ou qu'il existe des doutes sérieux quant à la valeur probante des éléments recueillis, l'administration doit mettre en œuvre les mesures nécessaires au complément de l'instruction (ATF 132 V 93 consid. 6.4).

b) Le juge cantonal qui estime que les faits ne sont pas suffisamment établis a en principe le choix entre deux solutions : soit renvoyer la cause à l'assureur pour complément d'instruction, soit procéder lui-même à une telle instruction complémentaire. Un renvoi à l'administration est en principe possible lorsqu'il s'agit de trancher une question qui n'a jusqu'alors fait l'objet d'aucun éclaircissement, ou lorsqu'il s'agit d'obtenir une clarification, une précision ou un complément quant à l'avis des experts interpellés par l'autorité administrative ; *a contrario*, une expertise judiciaire s'impose lorsque les données recueillies par l'administration en cours d'instruction ne revêtent pas une valeur probante

suffisante sur des points décisifs (ATF 137 V 210 consid. 4.4.1.4 et 4.4.1.5).

c) En l'occurrence, étant donné les lacunes relevées au considérant 5 ci-avant, il s'agit de renvoyer la cause à l'intimée pour compléter l'instruction. Il appartiendra à la Caisse d'interpeller Z. _____ et X. _____ pour connaître les dates auxquelles le recourant a déployé l'activité de courtier à l'origine de la conclusion de contrats et du versement des commissions y relatives. Il pourra s'agir des dates de communication par le recourant des adresses de clients potentiels à Z. _____ et des dates de propositions de contrats avec le preneur d'assurance s'agissant des commissions versées par X. _____. Dans l'hypothèse où il apparaîtrait que le recourant a effectivement déployé une activité de courtier en assurances entre le 11 décembre 2013 et le 9 juin 2014 à l'origine du versement de commissions, et ceci quelle que soit la date dudit versement, il appartiendrait alors à la Caisse, après avoir vérifié que les conditions contractuelles de rémunération offertes par Z. _____ et X. _____ sont conformes aux usages de la branche, de rectifier les décomptes d'indemnités en tenant compte de ces commissions à titre de gain intermédiaire, de surcroît en attribuant le gain intermédiaire au mois correspondant à la communication de l'adresse du client potentiel pour Z. _____, respectivement à la date de conclusion du contrat avec le preneur d'assurance pour X. _____.

7. a) En définitive, le recours doit être admis, ce qui entraîne l'annulation de la décision sur opposition attaquée et le renvoi du dossier de la cause à l'intimée pour complément d'instruction dans le sens des considérants, puis nouvelle décision.

b) La procédure étant gratuite, il n'y a pas lieu de percevoir de frais de justice (art. 61 let. a LPGA). Par ailleurs, ayant obtenu gain de cause sans l'assistance d'un mandataire professionnel, le recourant n'a pas droit à des dépens (art. 55 LPA-VD ; art. 61 let. g LPGA).

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

- I. Le recours est admis.

- II. La décision sur opposition rendue le 29 mars 2017 par la Caisse W. _____ est annulée, la cause étant renvoyée à cette dernière pour complément d’instruction dans le sens des considérants et nouvelle décision.

- III. Il n’est pas perçu de frais de justice, ni alloué de dépens.

La juge unique :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- M. U. _____,
- Caisse W. _____,
- 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 :