

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 12 décembre 2018

Composition : M. MÉTRAL, président
M. Berthoud et Mme Pelletier, assesseurs,
Greffière : Mme Neyroud

Cause pendante entre :

L. _____, à [...],

et

CAISSE DE CHÔMAGE M. _____, à [...], intimée.

Art. 24 al. 1 LACI et art. 41a al. 5 OACI

E n f a i t :

A. L._____ a travaillé du 30 janvier 2006 au 31 octobre 2017 pour la Fondation [...], à [...]. Il s'est annoncé comme demandeur d'emploi le 30 octobre 2017, en indiquant rechercher un emploi à 100 % dès le 1^{er} novembre 2017. Le 13 novembre 2017, il a requis l'inscription au Registre du commerce de la raison individuelle «H._____», dont il est titulaire et dont le but est «concevoir, gérer, évaluer des projets média, consulting et toute activité de services dans le domaine des médias, tant sur le plan national qu'international.» La raison individuelle est toujours inscrite au Registre du commerce à ce jour.

Le 5 décembre 2017, le Service de l'emploi de l'Etat de Vaud a adressé un questionnaire à L._____ en vue d'évaluer son aptitude au placement, au regard notamment de son inscription au Registre du commerce. Au vu des réponses apportées par l'assuré le 20 décembre 2017, le Service de l'emploi a reconnu son aptitude au placement, le 22 décembre 2017.

L._____ s'est notamment rendu au [...] et au [...] du 1^{er} au 15 décembre 2017, pour son activité indépendante. Il ressort de son compte de pertes et profits pour la période du 1^{er} au 31 décembre 2017 que le total des produits était de 30'940 fr. 35, que les charges d'exploitation étaient de 2'616 fr. 25, mais que des charges supplémentaires ont été comptabilisée sous le titre «Prestations de tiers», pour un montant de 18'302 fr. 44, et sous le titre «Autres coûts directs», pour un montant de 32 fr. 10. Le bénéfice net était de 9'989 fr. 56.

L'assuré a communiqué ces informations à la Caisse de chômage M._____.

Le 27 mars 2018, la Caisse de chômage M._____ a refusé le paiement d'une indemnité compensatoire pour le mois de décembre 2017 au motif que le revenu de l'activité indépendante pendant cette période,

fixé à 24'752 fr. 30 (30'940 fr. 35 - 20 %), excédait le montant de l'indemnité journalière de chômage possible pour le mois de décembre 2017.

L'assuré s'est opposé à cette décision, le 25 avril 2018, en précisant qu'il ne contestait pas le refus d'allouer des indemnités compensatoires pour le mois de décembre 2017, mais qu'il contestait en revanche le calcul du gain intermédiaire effectué par la Caisse de chômage. En effet, il convenait de déduire du chiffre d'affaire de 30'940 fr. le montant des coûts directs, soit 18'334 fr. 54, ce qui laissait un gain réel de 12'605 fr. 46, dont il convenait encore de déduire 20 % pour arriver à un revenu net de 10'084 fr. 40 en décembre. Cela excluait certes le paiement d'une indemnité compensatoire pour le mois de décembre, mais il convenait d'en tenir compte à l'avenir, son projet se poursuivant encore quelques mois en 2018. Les coûts directs consistaient notamment en rémunérations d'experts indépendants externes auxquels l'assuré devait faire appel, qui avaient d'autres compétences que les siennes et qu'il devait rémunérer en plus de leurs défraiements.

Du 2 au 30 janvier 2018, l'assuré a effectué une mission au [...], au [...], au [...], au [...] et en [...]. Il l'a annoncé à la Caisse de chômage et a produit un compte de pertes et profits pour le mois de janvier 2018, faisant état de produits de 24'474 fr. 90, de coûts directs des projets de 22'359 fr. 70 (prestations de tiers : 18'352 fr. 70 ; autres coûts directs : 4'007 fr.) et de charges d'exploitation de 780 fr. pour un bénéfice net de 1'335 fr. 20.

En février 2018, l'assuré n'a pas annoncé de mission à l'étranger. Il a néanmoins produit un compte de pertes et profits pour son activité indépendante, faisant état de 51'087 fr. 98 de produits, de coûts directs de 30'461 fr. 90 (prestations de tiers) et de charges d'exploitation de 3'100 fr., pour un bénéfice net de 17'526 fr. 08.

Du 19 au 22 mars 2018 et du 9 au 13 avril 2018, l'assuré a effectué des missions au [...], puis en [...]. Il a produit les comptes de

pertes et profit de son activité indépendante pour les mois de mars et d'avril 2018.

L'assuré a également remis à la caisse de chômage des attestations de gain intermédiaire, faisant état de gains intermédiaires de 10'084 fr. 65 en décembre 2017, 1'692 fr. 15 en janvier 2018, 16'500 fr. 88 en février 2018, 6'959 fr. 28 en mars 2018, et 2'490 fr. 06 en avril 2018.

Le 3 mai 2018, la Caisse de chômage a invité le Service de l'emploi à réexaminer l'aptitude au placement de l'assuré dès le 1^{er} janvier 2018, au vu des nombreux séjours à l'étranger pour son activité indépendante. Le Service de l'emploi a adressé un nouveau questionnaire à l'assuré. Compte tenu des réponses de l'assuré, du 4 mai 2018, le Service de l'emploi a constaté son aptitude au placement pour la période courant dès le 1^{er} janvier 2018 (décision du 23 mai 2018).

Le 25 juin 2018, la Caisse de chômage a demandé à l'assuré des documents complémentaires en vue de statuer sur son opposition à la décision du 27 mars 2018. Elle avait besoin «des preuves des indications avec détails du revenu brut ainsi que [de] la rubrique frais de matériel et de marchandises» comme indiqué sur les formulaires de gain intermédiaire qu'il avait remis. Les comptes de pertes et profits déjà produits par l'assuré étaient insuffisants de ce point de vue.

Le 24 mai 2018 et, par l'intermédiaire de sa fiduciaire [...] SA, le 27 juin 2018, l'assuré a produit des extraits de compte de « H. _____ », faisant état de l'enregistrement dans sa comptabilité de différents montants versés à des tiers ou pour la prise en charge de frais de tiers (hôtels, transports, etc.), en novembre et décembre 2017, ainsi qu'en janvier, février, mars et avril 2018. Il a également produit une «étude de faisabilité du projet d'appui à la radio [...]», détaillant de manière précise les différents frais salariaux et de consultants, ainsi que les différents autres frais tels que les coûts de voyage, d'équipements, fournitures et assurances.

Par décision sur opposition du 4 juillet 2018, la Caisse de chômage M._____ a maintenu sans changement sa décision du 27 mars 2018, en précisant que les frais dont l'assuré demandait la déduction de son revenu d'indépendant, au titre de frais professionnels, ne pouvaient pas être pris en considération au-delà d'une déduction forfaitaire de 20 % dès lors qu'ils n'étaient pas des frais de matériel et de marchandise.

Par décision du 12 juillet 2018, la Caisse de chômage M._____ a refusé le versement d'indemnités compensatoires pour les mois de janvier, février et mars 2018 au motif que le «gain indépendant» réalisé pendant ces périodes d'indemnisation était supérieur à l'indemnité journalière de chômage. Les revenus pris en considération correspondaient au produit annoncé par l'assuré dans le compte de pertes et profits, dont un montant forfaitaire de 20 % était déduit.

B. Par actes des 11 juillet et 27 août 2018, l'assuré a recouru contre la décision sur opposition du 25 avril 2018. En substance, il souhaite que le tribunal constate l'obligation de la caisse intimée de prendre en considération, à titre de gain intermédiaire, les revenus nets allégués pendant la procédure d'opposition.

La caisse s'est déterminée le 5 septembre 2018 en exposant avoir fait application des directives du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), à savoir le chiffre C147 du «Bulletin LACI IC». Elle alléguait par ailleurs que malgré ses demandes, elle n'avait jamais obtenu de l'assuré qu'il produise les «pièces justificatives (quittances, factures) en relation à l'acquisition du revenu dans chaque période de contrôle selon le principe de survenance». Elle s'en remettait, pour le surplus, à dire de justice.

Le recourant a maintenu ses conclusions au terme d'une nouvelle détermination, le 12 septembre 2018. Il a par ailleurs requis, à titre de moyen de preuve, son audition et celle de deux collaborateurs de l'intimée en charge de son dossier.

C. **a)** Entre-temps, le 17 juillet 2018, L._____ s'est opposé à la décision rendue le 12 juillet 2018, relative aux indemnités compensatoires pour la période de janvier à mars 2018.

b) Parallèlement à la procédure de recours et à la procédure d'opposition contre la décision du 12 juillet 2018, la Caisse de chômage M._____ a demandé au Service de l'emploi, le 13 août 2018, pour la troisième fois, d'examiner l'aptitude au placement de L._____. Le Service de l'emploi s'est déterminé le 27 août 2018, après avoir entendu l'assuré, en constatant que l'assuré remplissait les conditions relatives à l'aptitude au placement.

D. Le 13 novembre 2018, le juge en charge de l'instruction de la cause a informé les parties qu'il rejetait les demandes de complément d'instruction et que sauf nouvelle réquisition, un jugement sera rendu dans un délai estimé à deux mois.

E n d r o i t :

1. **a)** La LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) est, sauf dérogation expresse, applicable en matière d'assurance-chômage (art. 1 al. 1 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0]). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte peuvent faire l'objet d'un recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 56 al. 1 LPGA, 100 al. 3 LACI, 128 al. 1 et 119 al. 1 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]), dans les trente jours suivant leur notification (art. 60 al. 1 LPGA).

b) En l'occurrence, le recours a été déposé en temps utile auprès du tribunal compétent, de sorte qu'il est recevable de ce point de vue.

2. a) En procédure juridictionnelle administrative, ne peuvent être examinés et jugés que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée préalablement d'une manière qui la lie, sous la forme d'une décision. La décision détermine ainsi l'objet de la contestation qui peut être déféré en justice par voie de recours. Si aucune décision n'a été rendue, la contestation n'a pas d'objet et un jugement sur le fond ne peut pas être prononcé (ATF 134 V 418 consid. 5.2.1). Dans le même sens, les conclusions qui vont au-delà de l'objet de la contestation, tel que défini par la décision litigieuse, sont en principe irrecevables (ATF 142 I 155 consid. 4.4.2 ; 134 V 418 consid. 5.2.1).

b) Il ressort de l'opposition à la décision du 27 mars 2018, que le recourant ne conteste pas, comme tel, le refus d'une indemnisation pour le mois de décembre 2017. Il ne conteste pas, en effet, qu'il a réalisé pendant cette période de contrôle un gain intermédiaire supérieur à l'indemnité journalière à laquelle il pourrait prétendre, ni qu'un tel gain intermédiaire exclut le droit à une indemnité compensatoire. En revanche, le recourant conteste le mode de calcul du gain intermédiaire. Il entend faire rectifier ce mode de calcul, dans la mesure où l'intimée a continué à l'appliquer pour les périodes de contrôles suivantes, pour lesquelles le recourant prétend effectivement à une indemnisation par l'assurance-chômage. Au vu de cette argumentation, l'intimée aurait probablement dû refuser d'entrer en matière sur l'opposition, faute d'intérêt digne de protection à la contestation du mode de calcul du gain intermédiaire. Rien n'empêchait l'assuré, en effet, de faire trancher cette question à l'occasion des périodes de contrôle suivantes, pour lesquelles une décision formatrice devait être rendue, un litige existant réellement sur le droit aux prestations (sur le caractère subsidiaire d'une décision de constatation : ATF 142 V 2 consid. 1.1). Quoi qu'il en soit, au vu de l'évolution du litige, il convient désormais de reconnaître un intérêt digne de protection du recourant à une décision de constatation relative au mode de calcul du gain intermédiaire, la caisse ayant manifestement l'intention de poursuivre avec le même mode de calcul contre l'avis du recourant (cf.

décision du 12 juillet 2018 et opposition du 17 juillet 2018). Il n'y a désormais plus d'intérêt à attendre, pour trancher la question de principe, qu'un recours soit formé contre la décision sur opposition à rendre par la caisse, à propos des périodes de contrôle de janvier à mars 2018. Cela étant, il convient de préciser que le présent arrêt n'a pas pour objet de statuer sur le droit aux prestations pour ces périodes de contrôle, mais uniquement de fixer le principe du mode de calcul du gain intermédiaire, plus particulièrement le point de savoir si le recourant peut exiger que son revenu net soit établi en prenant en considération l'ensemble des frais effectifs, comme il le demande, ou uniquement les frais effectifs d'achat de matériel et de marchandise, plus une déduction forfaitaire de 20 % pour les autres frais, comme l'admet la caisse intimée.

3. Aux termes de 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 LACI. Le Conseil fédéral fixe le mode de calcul du gain retiré d'une activité indépendante.

Faisant usage de cette délégation de compétence, le Conseil fédéral a édicté l'art. 41a al. 5 OACI. Selon cette disposition, le revenu provenant d'une activité indépendante est toujours pris en compte pendant la période de contrôle au cours de laquelle le travail a été fourni. Les frais attestés de matériel et de marchandise sont déduits du revenu brut. Les autres dépenses professionnelles font ensuite l'objet d'une déduction forfaitaire s'élevant à 20 % du revenu brut restant.

4. En l'espèce, le recourant demande que les frais effectifs correspondant pour l'essentiel à la rémunération et au défraiement de tierces personnes soient pris en considération (experts, traducteurs, etc.) en plus de la déduction forfaitaire de 20 % admise par l'intimée. Il ressort toutefois de l'art. 41a al. 5 OACI que seuls les frais effectifs correspondant à l'achat de matériel ou de marchandise sont déductibles du revenu brut de l'activité indépendante. Pour les autres dépenses professionnelles

(déplacement, téléphones, honoraires d'experts ou de traducteurs, ainsi que prise en charge de leurs frais, par exemple), seule une déduction forfaitaire de 20 % du revenu est admise. La règle est claire et a été appliquée correctement par l'intimée. Pour le surplus, le recourant ne démontre pas que l'art. 41a al. 5 OACI sortirait du cadre législatif posé par l'art. 24 al. 1 LACI. Cette disposition laisse une grande liberté au Conseil fédéral pour fixer le mode de calcul du gain intermédiaire tiré d'une activité indépendante. On peut raisonnablement penser qu'en ne prévoyant pas la déduction des frais professionnels effectifs, hormis l'achat de matériel ou de marchandise, mais uniquement un forfait de 20 %, celui-ci a voulu éviter tout risque d'abus. Si la règle peut paraître rigide, elle reste néanmoins dans le cadre légal et n'apparaît pas disproportionnée, dans le contexte du calcul du droit à une indemnité compensatoire d'une personne exerçant, provisoirement, un gain intermédiaire en vue de limiter le dommage résultant du chômage.

5. Le recourant a requis son audition et celles des collaborateurs de l'intimée en charge de son dossier, à titre de moyen de preuve. Il souhaite établir, par ce moyen, qu'il a fourni toutes les pièces justificatives demandées par l'intimée ainsi qu'à «faire la lumière sur la nature de [ses] activités et de [ses] démarches en vue de retrouver un emploi.» La question de son aptitude au placement – et donc de la nature des activités du recourant ainsi que celle de ses démarche en vue de retrouver un emploi – ne font toutefois pas l'objet de la présente procédure de recours. Celle-ci ne porte pas davantage sur le point de savoir si le recourant a établi ses frais effectifs d'acquisition de matériel et de marchandise et si la caisse intimée a pris en considération ces frais, pour les périodes de contrôle postérieures au 31 décembre 2017. Pour autant qu'elles soient réellement litigieuses, ces questions devront être traitées par la caisse intimée lorsqu'elle statuera sur l'opposition à la décision du 12 juillet 2018 et lorsqu'elle statuera sur le droit aux prestations pour les périodes de contrôle postérieures au 31 mars 2018. En l'état, il convient uniquement de constater que le recourant ne peut pas demander la déduction de ses frais effectifs – hors achat de matériel et de marchandise – pour le calcul de son gain intermédiaire, mais uniquement la déduction de frais

forfaitaires limités à 20 % de son revenu brut. Les moyens de preuve requis sont sans pertinence dans ce contexte.

6. a) Vu ce qui précède, le recours est rejeté.

b) La procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), il n'est pas perçu de frais judiciaires. Vu l'issue du litige, le recourant, qui succombe et qui n'est pas représenté par un avocat, n'a pas droit à des dépens (art. 61 let. g LPGA).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
prononce :**

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision sur opposition rendue le 25 avril 2018 par la Caisse de chômage M. _____ est confirmée.
- III.** Il n'est pas perçu de frais de justice, 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 :

- L. _____;
- Caisse de chômage M. _____;
- 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 :