

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 13 décembre 2019

---

Composition : Mme DI FERRO DEMIERRE, juge unique  
Greffier : M. Klay

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

**B.** \_\_\_\_\_, à [...], recourante, représentée par CAP, Compagnie d'Assurance de Protection Juridique SA, à Etoy,

et

**CAISSE Z.** \_\_\_\_\_, à [...], intimée.

---

**Art. 23 al. 3 et 24 LACI, art. 41a al. 5 OACI**

**E n f a i t :**

**A.** B.\_\_\_\_\_ (ci-après : l'assurée ou la recourante), née en [...], travaillait en qualité d'employée de boulangerie dans un tea-room depuis le 3 octobre 2013. En parallèle, elle exerçait une activité indépendante en tant que masseuse thérapeutique depuis 2016.

Le 25 septembre 2017, elle a été licenciée de son emploi salarié pour le 30 novembre 2017 en raison de la fermeture définitive du tea-room dans lequel elle travaillait.

L'assurée s'est inscrite auprès de l'Office régional de placement de [...] (ci-après : l'ORP) comme demandeuse d'emploi à 80 % dès le 22 novembre 2017.

Dans une demande d'indemnité de chômage du 28 novembre 2017, l'intéressée a demandé l'indemnité journalière à partir du 1<sup>er</sup> décembre 2017. Elle a précisé obtenir encore un revenu de son activité de masseuse thérapeutique.

Par une lettre du 29 novembre 2017, la Caisse Z.\_\_\_\_\_ (ci-après : Z.\_\_\_\_\_) a indiqué à l'ORP que l'assurée souhaitait que son dossier soit ouvert auprès de sa caisse depuis le 1<sup>er</sup> décembre 2017.

A teneur d'un document interne du 6 février 2018, Z.\_\_\_\_\_ a fixé l'indemnité journalière à 99 fr. 45 dès le 1<sup>er</sup> décembre 2017.

Dans un courriel du 22 février 2018 au Secrétariat d'Etat à l'économie et à CAP, Compagnie d'Assurance de Protection Juridique SA, l'intéressée a expliqué ne pas trouver logique de déduire les honoraires de son activité indépendante accessoire, qui n'était pas une activité intermédiaire, du montant de ses indemnités de chômage. En outre, la prise en compte de 20 % des revenus indépendants en tant que charges

n'était pas suffisante pour payer les deux loyers de ses locaux commerciaux à [...] - 480 fr. mensuels - et à [...] - 1'300 fr. mensuels.

Selon un document du 6 mars 2018, l'assurée a perçu de son activité indépendante les revenus de 51 fr. 93 en décembre 2016, de 1'183 fr.70 en janvier 2017, de 641 fr. 62 en février 2017, de 725 fr. 40 en mars 2017, de 243 fr. 11 en avril 2017, de 259 fr. 65 en mai 2017, de 177 fr. 86 en juin 2017, de 103 fr. 86 en juillet 2017, de 257 fr. 40 en août 2017, de 1'806 fr. 21 en septembre 2017, de 2'630 fr. 65 en octobre 2017 et de 2'409 fr. 70 en novembre 2017. Le montant total des revenus de l'activité de masseuse thérapeutique touchés de décembre 2016 à novembre 2017 était ainsi de 10'491 fr. 09, soit mensuellement en moyenne de 874 fr. 2575.

Dans un courriel et une lettre du 28 mars 2018 à Z.\_\_\_\_\_, l'intéressée a répété la teneur de son courriel du 22 février 2018.

Aux termes d'un courriel du 10 avril 2018, Z.\_\_\_\_\_ a répondu que, dans le cadre d'un gain intermédiaire en tant qu'indépendant, les charges de locaux étaient inclus dans les 20 % de déduction forfaitaire.

Par décision du 17 mai 2018, Z.\_\_\_\_\_ a retenu que les charges de « locaux » ne pouvaient être considérées comme frais de matériel/marchandise et que, de ce fait, elles étaient incluses dans la déduction forfaitaire de 20 %, en se fondant sur le chiffre C147 du Bulletin LACI IC.

Le 25 mai 2018, l'assurée s'est opposée à la décision précitée. Elle a fait valoir que le Bulletin LACI IC n'était pas une loi et donc pas contraignante pour une autorité judiciaire. En outre, la déduction forfaitaire de 20 % ne représentait pas la réalité de ses charges fixes.

Le 15 août 2018, l'assurée, représentée par CAP, Compagnie d'Assurance de Protection Juridique SA, a indiqué que son activité de

masseuse thérapeutique correspondait à une activité indépendante durable de faible ampleur ayant d'ores et déjà débuté durant le délai cadre de cotisation. Elle a estimé qu'une telle activité devait être considérée comme durable, ce qui devait induire uniquement, le cas échéant, une réduction de la perte de travail à prendre en considération et donc aussi une diminution du gain assuré. Si l'activité indépendante accessoire pouvait être exercée dans les mêmes proportions qu'avant le début du chômage et pouvait être accomplie totalement hors des horaires habituels de travail, la perte de travail ne subissait aucune réduction. Un assuré pouvait conserver une indemnisation maximale lorsque l'activité indépendante de faible ampleur ne durait pas plus de deux heures par jour. Une augmentation sensible de l'ampleur de l'activité indépendante durant le délai-cadre d'indemnisation qui se traduirait par un dépassement de cette limite de deux heures par jour induirait alors une diminution correspondante de la perte de travail à prendre en considération et donc aussi une diminution du gain assuré, dans les mêmes proportions. Elle a dès lors requis l'octroi de prestations, avec effet rétroactif, en tenant compte des réelles charges de son activité indépendante.

Par décision sur opposition du 22 novembre 2018, Z. \_\_\_\_\_ a rejeté l'opposition. Elle a estimé que les critères relatifs aux activités indépendantes durables n'avaient pas à être examinés, puisqu'une telle qualification de l'activité exercée par l'assurée ne pouvait être retenue dans la présente affaire. En outre, Z. \_\_\_\_\_ avait tenu compte d'un montant de gain intermédiaire uniquement pour les mois de décembre 2017 (738 fr. 95) et avril 2018 (60 fr. 90), aucun montant au titre de gain intermédiaire n'ayant été retenu pour les autres mois. Le ch. C147 LACI IC trouvait dès lors bien application pour ces deux montants.

**B.** Par acte du 8 janvier 2019, B. \_\_\_\_\_, représentée par CAP, Compagnie d'Assurance de Protection Juridique SA, a recouru auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal à l'encontre de la décision sur opposition susmentionnée, en concluant principalement à son annulation et au renvoi du dossier à l'intimée pour nouvelle instruction notamment sur la qualification du gain perçu à titre d'indépendante, le

montant du gain assuré, l'application forfaitaire de 20 % s'agissant des charges ainsi que les montants à restituer à titre de gain intermédiaire, subsidiairement à son annulation en ce sens qu'elle est en droit de percevoir l'intégralité de son gain assuré à hauteur de 80 %, sans déduction en lien avec son activité indépendante, sous réserve des cotisations sociales. En substance, elle a constaté que chacune des parties ne semblait pas cibler le même objet du litige. Par ailleurs, son activité de masseuse thérapeutique avait débuté avant la perte d'emploi intervenue le 30 novembre 2017 et devait être qualifiée d'activité indépendante accessoire de faible ampleur. Elle n'avait pas augmenté le taux de 20 % de cette activité ensuite de sa perte d'emploi et recherchait ainsi toujours un emploi salarié à 80 % correspondant au taux de celui qu'elle avait perdu. Il n'y avait dès lors pas lieu de tenir compte des revenus de son activité indépendante dans le calcul de son gain assuré.

Le 11 février 2019, l'intimée a répondu et conclu au rejet du recours. Elle a estimé que l'objet du litige devait être limité à la décision initiale du 17 mai 2018, à savoir si les charges de locaux pouvaient être considérées ou non comme frais de matériel/marchandise et, de ce fait, devaient être incluses ou non dans la déduction forfaitaire de 20 %. Elle a ensuite expliqué avoir considéré l'activité indépendante de la recourante en gain accessoire et fait la moyenne des revenus sur les 12 mois précédant son inscription. Le montant qui dépassait cette moyenne était alors pris en compte en tant que gain intermédiaire. Elle a pour le surplus renvoyé à la teneur de sa décision sur opposition, tout en relevant néanmoins que l'intéressée n'avait pas contesté, dans un premier temps, la qualification de son activité indépendante en tant que telle, mais l'avait critiquée dans un second temps par l'intermédiaire de CAP, Compagnie d'Assurance de Protection Juridique SA.

Dans une réplique du 8 avril 2019, la recourante a confirmé ses conclusions.

**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, déposé en temps utile - compte tenu des fêtes de fin d'année (art. 38 al. 4 let. c LPGA, applicable par renvoi de l'art. 60al. 2 LPGA) - auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

**c)** Vu la valeur litigieuse inférieure à 30'000 fr., la cause est de la compétence du juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

**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).

Conformément à l'art. 61 let. c et d LPGA, le juge des assurances sociales établit les faits et le droit d'office, et statue sans être lié par les griefs et conclusions des parties. Son devoir d'examen d'office est toutefois limité par celui des parties de collaborer à l'instruction de la cause, d'alléguer les faits déterminants et de motiver leurs conclusions. Le juge n'est pas tenu, en particulier, de soulever d'office toutes les questions de fait ou de droit qui pourraient théoriquement se poser en rapport avec l'objet du litige. Il peut se limiter à traiter les griefs soulevés, hormis lorsqu'une lacune de la décision litigieuse ressort clairement du dossier et que sa rectification aurait une influence notable sur l'issue du procès (ATF 119 V 347 consid. 1).

La décision ou la décision sur opposition porte en principe sur un ou plusieurs rapport(s) juridique(s). Le dispositif de la décision règle le rapport juridique comme tel. La motivation de la décision se rapporte à l'ensemble des éléments de fait et de droit qui conduisent à ce dispositif. Chacun de ces éléments constitue l'un des aspects de la motivation, dont dépend finalement le dispositif de la décision (ATF 125 V 413 consid. 2a et 2b).

**b)** En l'occurrence, les parties sont en désaccord quant à l'objet du litige. L'intimée estime en effet que celui-ci devrait être limité au point de savoir si les charges de locaux peuvent être considérées comme des frais de matériel/marchandise et, de ce fait, doivent être incluses dans la déduction forfaitaire de 20 %, ajoutant que la recourante n'avait pas contesté, dans un premier temps, la qualification du revenu de son activité indépendante. L'intéressée, quant à elle, entend faire porter le débat également sur la qualification de ce revenu.

Force est de constater que la position de l'intimée ne saurait être suivie. Il est en effet constant que la déduction forfaitaire de 20 % pour dépenses professionnelles s'applique à un gain intermédiaire, et non à un gain accessoire. Partant, la qualification de l'activité indépendante de masseuse thérapeutique de la recourante en tant que gain intermédiaire,

du moins pour une partie, est un préalable juridique nécessaire à l'application de la déduction forfaitaire de 20 % retenue dans la décision du 17 mai 2018. Ces éléments ne sauraient être séparés. En outre, et contrairement à ce que soutient l'intimée, l'intéressée avait déjà contesté la déduction des revenus de son activité indépendante - en la qualifiant d'accessoire - du montant de ses indemnités de chômage d'abord par un courriel du 22 février 2018, puis à nouveau par courriel et lettre du 28 mars 2018 adressés à l'intimée. La recourante a maintenu cette position tant dans la procédure d'opposition que dans celle de recours. Enfin, Il est relevé que, de manière surprenante, ne figure au dossier aucun décompte d'indemnités journalières versées à l'intéressée. Le premier document au dossier adressé à la recourante et qui porte, implicitement, sur la question de la qualification de son revenu d'activité d'indépendante est le courriel du 10 avril 2018. Ainsi, l'intéressée ayant formulé des objections à cet égard auparavant, il ne saurait non plus être considéré que la question de ladite qualification aurait été tranchée définitivement par l'intimée faute de contestation dans les temps utiles. Au surplus, cela paraît d'autant moins vraisemblable au vu des dates des contestations susmentionnées et du fait que l'intimée avait fixé le revenu mensuel moyen de l'activité indépendante perçu de décembre 2016 à novembre 2017 par document du 6 mars 2018.

Partant, il convient de considérer que l'objet du litige porte sur la déduction des loyers, invoqués par la recourante, des revenus de son activité indépendante en sus de la déduction forfaitaire de 20 %, comprenant préalablement la question de la qualification desdits revenus.

**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 art. 10 LACI). Selon l'art. 24 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 (al. 1 [première et deuxième phrases]). 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 ; les gains accessoires ne sont pas pris en considération (al. 3).

Est réputé accessoire tout gain que l'assuré retire d'une activité dépendante exercée en dehors de la durée normale de son travail ou d'une activité qui sort du cadre ordinaire d'une activité lucrative indépendante (art. 23 al. 3, seconde phrase, LACI). La notion d'accessoire du gain doit être comprise par rapport à celui provenant d'une activité principale. Comme tel et parce qu'il n'est pas soumis à cotisation et qu'il n'entre pas dans le calcul des indemnités de chômage, ce gain ne peut demeurer que dans un rapport de proportion faible avec le revenu de l'activité principale. A défaut de quoi, si ce gain venait régulièrement à se rapprocher ou dépasser le gain principal, l'activité ne pourrait plus être accessoire et le gain ne le serait pas davantage. C'est pourquoi une augmentation sensible du gain accessoire doit être considérée comme un gain intermédiaire et être prise en compte dans cette mesure dans le calcul de l'indemnité de chômage (ATF 123 V 230 consid. 3c ; TF 8C\_600/2015 du 11 mai 2016 consid. 2.2 et réf. cit.).

**b)** Dans le cadre de la prise en considération du gain intermédiaire, le Conseil fédéral fixe le mode de calcul du gain retiré d'une activité indépendante (art. 24 al. 1 *in fine* LACI). L'art. 41a al. 5 OACI prévoit que 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. a)** Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs

importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 139 V 176 consid. 5.3 et réf. cit.).

En droit des assurances sociales, il n'existe par conséquent pas de principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 135 V 39 consid. 6.1 et réf. cit.).

Par ailleurs, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge, respectivement l'administration. Ce principe n'est toutefois pas absolu ; sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire (ATF 122 V 157 consid. 1a), lequel comprend en particulier l'obligation pour les parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 193 consid. 2 et réf. cit. ; TF 8C\_115/2012 du 14 janvier 2013 consid. 4.1).

**5.** En l'espèce, il est admis que l'activité indépendante de masseuse thérapeutique exercée par la recourante depuis 2016 était accessoire à son activité principale d'employée de boulangerie dans un tea-room. L'intimée a arrêté le montant mensuel moyen que l'intéressée avait perçu de son activité indépendante durant la période de cotisation à 874 fr. 25. Elle a estimé que les revenus tirés de cette activité durant la période d'indemnisation devaient être qualifiés de gain accessoire au sens de l'art. 23 al. 3 LACI tant qu'ils ne dépassaient pas le montant de cette moyenne. Au-delà, ils devenaient des gains intermédiaires au sens de l'art. 24 LACI, ce qu'elle a retenu pour les revenus des mois de décembre 2017 et avril 2018.

Ce faisant, elle a procédé à une application schématique et arbitraire de la jurisprudence en la matière (cf. consid. 3a *supra*). En effet, s'il est constant que les revenus de l'activité indépendante doivent être qualifiés de gain accessoire en ce qu'ils correspondent à ceux perçu

durant la période de cotisation et que la part des revenus les dépassant constitue un gain intermédiaire, on ne saurait comparer, ainsi que l'a fait l'intimée, un revenu mensuel moyen à un revenu mensuel unique. Il y a lieu au contraire de déterminer le revenu mensuel moyen perçu par la recourante de son activité de masseuse thérapeutique durant la période d'indemnisation et de comparer ce revenu moyen avec celui perçu durant la période de cotisation, ce qui permettra de constater si le gain originellement accessoire a augmenté et doit, pour une partie, être considéré comme intermédiaire (méthode appliquée par le Tribunal fédéral par exemple dans TF 8C\_600/2015 du 11 mai 2016 consid. 4.2). Avec la méthode appliquée par l'intimée, on ne tient pas compte du fait que les revenus de l'activité indépendante ne sont pas constants et linéaires et ainsi du fait que, certains mois, ils peuvent être grandement inférieurs à la moyenne retenue. Il est d'ailleurs relevé que si l'on appliquait le revenu mensuel moyen de 874 fr. 25 perçu durant la période de cotisation aux revenus de cette même période pris individuellement, on arriverait à la conclusion contradictoire qu'une partie des revenus perçus au mois de janvier 2017, août, septembre et octobre 2017 devrait être considérée comme un gain intermédiaire.

Partant, il y a lieu de comparer le revenu mensuel moyen perçu durant la période de cotisation avec le revenu mensuel moyen perçu durant la période d'indemnisation, revenu qu'il convient ainsi de déterminer. Ni la recourante, ni l'intimée ne se sont exprimées sur les revenus mensuels et sur le revenu mensuel moyen de l'activité indépendante durant la période d'indemnisation. Il convient par conséquent de renvoyer la cause à l'intimée pour qu'elle statue à cet égard, afin de respecter la garantie de double instance, en procédant, cas échéant, à un complément d'instruction. Elle comparera ensuite ce revenu mensuel moyen avec celui perçu durant la période de cotisation arrêté à 874 fr. 25 afin de déterminer si le gain accessoire a sensiblement augmenté, auquel cas la part dépassant 874 fr. 25 par mois devra être considérée comme un gain intermédiaire. Dans cette hypothèse, les loyers invoqués par l'intéressée ne devront pas être portés en déduction de la part du revenu brut de l'activité indépendante retenue en tant que gain

intermédiaire, dans la mesure où ils font partie de la déduction forfaitaire de 20 % prévue à l'art. 41a al. 5 OACI. La teneur de cette disposition est en effet claire.

**6. a)** En définitive, le recours doit être admis et la décision sur opposition attaquée annulée, la cause étant renvoyée à l'intimée pour déterminer le revenu mensuel moyen tiré de l'activité de masseuse thérapeutique et si une partie doit être qualifiée de gain intermédiaire, en procédant à un complément d'instruction cas échéant, puis en rendant une nouvelle décision.

**b)** Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA).

Obtenant gain de cause avec l'assistance d'un mandataire qualifié, la recourante a droit à une indemnité de dépens à titre de participation aux honoraires de son conseil (art. 61 let. g LPGA), qu'il convient d'arrêter à 1'500 fr., débours et TVA compris (art. 10 et 11 TFJDA [tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative ; BLV 173.36.5.1]), et de mettre à la charge de l'intimée qui succombe.

**Par ces motifs,  
la juge unique  
p r o n o n c e :**

- I.** Le recours est admis.
- II.** La décision sur opposition rendue le 22 novembre 2018 par la Caisse Z.\_\_\_\_\_ est annulée, la cause lui étant renvoyée pour procéder dans le sens des considérants puis nouvelle décision.
- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

**IV.** La Caisse Z. \_\_\_\_\_ versera à B. \_\_\_\_\_ la somme de 1'500 fr.  
(mille cinq cents francs) à titre de dépens.

La juge unique :

Le greffier :

**Du**

L'arrêt qui précède est notifié à :

- CAP, Compagnie d'Assurance de Protection Juridique SA (pour la  
recourante),
- Caisse Z. \_\_\_\_\_,
- 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).

Le greffier :