

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 24 septembre 2020

---

Composition : M. NEU, président  
Mmes Dormond Béguelin et Pelletier, assesseuses  
Greffière : Mme Chaboudez

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

**X.**\_\_\_\_\_, à [...], recourant, représenté par Me Pauline Elsig, avocate à Sierre,

et

**CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, DIVISION JURIDIQUE**, à Lausanne, intimée.

---

**Art. 23 et 24 al. 1 LACI**

**E n f a i t :**

**A. a)** X. \_\_\_\_\_ (ci-après : l'assuré ou le recourant) s'est inscrit au chômage le 14 mars 2017 en raison de la fin de son emploi dans les centres de formation gérés par M. \_\_\_\_\_ SA (ci-après : M. \_\_\_\_\_ SA). Dans son formulaire de demande d'indemnités de chômage, adressé à la Caisse cantonale de chômage, agence du [...], l'assuré a indiqué qu'il travaillait également comme indépendant durant des jours isolés, pour son entreprise [...] -X. \_\_\_\_\_.

Il ressort de l'attestation d'employeur remplie le 5 mai 2017 que le contrat de travail de l'assuré a été résilié le 6 mars 2017 avec effet au 31 mai 2017.

Par décision du 12 mai 2017, la Caisse a décidé de reporter l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation au 1<sup>er</sup> juin 2017 dans la mesure où l'assuré était sous contrat rémunéré jusqu'au 31 mai 2017. L'opposition formée par ce dernier contre cette décision a été rejetée par décision sur opposition du 14 juillet 2017.

**b)** Selon les décomptes de salaire que l'assuré a transmis à la Caisse le 31 mars 2017 et les récapitulatifs annuels produits par M. \_\_\_\_\_ SA, l'assuré a touché les revenus suivants :

Date de la prestation	Date du décompte	Salaire brut	Frais de déplacement
<b>Mars 2017</b>	Mai 2017	775 fr.	
<b>Février 2017</b>	Mars 2017	3'780 fr.	300 fr.
<b>Janvier 2017</b>	Février 2017	2'025 fr.	200 fr.
<b>Décembre 2016</b>	Janvier 2017	1'405 fr.	50 fr.
<b>Novembre 2016</b>	Décembre 2016	8'645 fr.	300 fr.
<b>Octobre 2016</b>	Novembre 2016	2'835 fr.	300 fr.
<b>Septembre 2016</b>	Octobre 2016	600 fr.	50 fr.
<b>Août 2016</b>	Septembre 2016	4'537.50 fr.	350 fr.

<b>Mai 2016</b>	Juin 2016	4'645 fr.	250 fr.
<b>Avril 2016</b>	Mai 2016	942 fr.	50 fr.

Par courriel du 4 avril 2017, l'assuré a précisé qu'il n'avait pas eu de salaire aux mois de juillet et août 2016.

Une procédure initiée par l'assuré contre son employeur auprès du Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de [...] a abouti par une conciliation le 13 juin 2017, aux termes de laquelle :

- « I. M. \_\_\_\_\_ SA reconnaît que M. X. \_\_\_\_\_ a droit à une rémunération à titre de Directeur de cours déterminée de la façon suivante :
- Bachelor I, [...], du 6 novembre 2015 au 27 juin 2016 à concurrence de CHF 6'000.- (six mille) brut ;
  - Bachelor II, [...], du 3 octobre 2016 au 27 juin 2017 à concurrence de 8'000 (huit mille) brut ;
  - Soit au total CHF 14'000.- brut.
- Dans la mesure où les parties ne sont pas d'accord sur les montants déjà versés relatifs à ces deux modules M. \_\_\_\_\_ SA s'engage à régler dans les trente jours le solde encore dû après avoir établi et communiqué à M. X. \_\_\_\_\_ la date et la quotité des paiements déjà intervenus.
- II. M. \_\_\_\_\_ SA s'engage à rembourser à M. X. \_\_\_\_\_ ses frais de déplacements à concurrence de CHF 417.- (quatre cents dix-sept) dans les trente jours.
  - III. Les parties conviennent de mettre un terme à leur relation de travail concernant le poste de chargé de cours de M. X. \_\_\_\_\_ au 31 mai 2017. M. \_\_\_\_\_ SA versera dans les trente jours en lien avec cette relation contractuelle, la somme de CHF 1'800.- (mille huit cents) brut pour solde de tout compte.
  - IV. M. \_\_\_\_\_ SA s'engage à adresser dans les dix jours un courrier à la caisse de chômage concernée expliquant la situation des rapports de travail de M. X. \_\_\_\_\_.
  - V. Moyennant versement des différents montants indiqués ci-dessus les parties déclarent ne plus avoir de prétentions à faire valoir l'une envers l'autre de quelque chef que ce soit. »

Le 22 juin 2017, l'employeur a fait parvenir à la Caisse une nouvelle attestation d'employeur, dont il ressortait que l'assuré avait été engagé comme directeur de cours bachelor du 3 octobre 2016 au 27 juin 2017 dans le cadre d'un contrat de durée déterminée pour lequel la rémunération avait été fixée globalement à 8'000 francs.

Selon les décomptes de salaire produits par l'assuré, M. \_\_\_\_\_ SA lui a versé 7'111 fr. en juin 2017 et, en juillet 2017, un montant de 4'800 fr. - dont 1'800 fr. pour solde de tout compte - et 417 fr. de frais de déplacement en sus.

Par lettre du 24 août 2017, adressée en copie à la Caisse, M. \_\_\_\_\_ SA a fait savoir à l'assuré qu'un montant de 6'668 fr. 45 lui avait été versé par erreur si bien qu'elle lui en demandait le remboursement.

Le certificat de salaire de l'assuré pour l'année 2017, réceptionné par la Caisse le 2 avril 2018, indique un salaire brut de 20'863 fr. touché de la part de M. \_\_\_\_\_ SA.

**c)** Selon un récapitulatif réceptionné par la Caisse le 10 avril 2017, l'activité indépendante de l'assuré avait généré des revenus bruts à hauteur de 69'649 fr. 86 sur la période du 1<sup>er</sup> janvier 2016 au 28 février 2017.

Compte tenu de son activité indépendante, l'aptitude au placement de l'assuré a été examinée par le Service de l'emploi (ci-après : le SDE). Dans ses réponses au SDE, l'assuré a notamment indiqué qu'il travaillait le mardi soir de 18h à 21h pour son activité indépendante, qu'il avait de temps à autre une journée de formation qu'il organisait le week-end et qu'il désirait trouver un emploi à plein temps et n'avoir son activité indépendante que comme activité accessoire. Le SDE a considéré, le 31 mars 2017, que les mandats de l'assuré en qualité d'indépendant n'avaient pas un caractère durable et qu'il était prêt à y renoncer pour prendre une activité salariée à 100 % de sorte que son aptitude au placement ne posait pas problème. Le SDE a précisé que les revenus obtenus à titre d'indépendant devraient être annoncés comme gains intermédiaires.

L'assuré a régulièrement communiqué, dans les attestations de gain intermédiaire des mois concernés, les revenus perçus par le biais

de son activité indépendante dans le domaine du consulting, du coaching et de la formation.

**d)** La Caisse a versé à l'assuré des indemnités de chômage à partir du 1<sup>er</sup> juin 2017 sur la base d'un gain annuel de 3'590 fr., correspondant à une indemnité journalière de 132 fr. 35.

Par courriels des 6 et 12 septembre 2017, l'assuré a fait valoir que son gain assuré était plus élevé selon ses calculs.

Par décision du 4 mai 2018, la Caisse a décidé que l'indemnité journalière de l'assuré s'élevait à 132 fr. 35 dès le 1<sup>er</sup> juin 2017. Son gain assuré, calculé sur le salaire moyen des douze derniers mois, était de 3'590 fr. alors que celui relatif au six derniers mois ne se montait qu'à 2'677 fr. 55. La Caisse a précisé que les montants perçus par M. \_\_\_\_\_ SA devaient être répartis selon le moment où l'activité avait été effectuée et non en fonction de leur versement. Le pourcentage de l'activité n'étant aucunement quantifiable en heures précises, il avait été considéré que l'activité de l'assuré était de 100 %.

L'assuré s'est opposé à cette décision le 21 mai 2018, faisant valoir que son gain assuré était de 3'960 fr. 56, puisqu'il avait touché 47'526 fr. 70 de la part de M. \_\_\_\_\_ SA pour l'activité exercée d'avril 2016 à mai 2017. Il a communiqué le récapitulatif des heures travaillées, estimant que son taux d'occupation était aux alentours de 25 %. Il a en outre invoqué que, selon les informations qu'il avait reçues, une moyenne des revenus de son activité indépendante parallèle à son emploi pour M. \_\_\_\_\_ SA ne serait pas considérée comme gain intermédiaire, ce qui n'était visiblement pas le cas.

Par courrier du 3 août 2018, la Caisse a informé l'assuré que son gain assuré pourrait s'avérer moins élevé que celui fixé dans la décision litigieuse et lui a accordé la possibilité de retirer son opposition. Celui-ci a fait savoir qu'il maintenait ses « recours » en date du 2 septembre 2018.

A la demande de la Caisse, l'extrait du compte individuel AVS a été transmis par la Caisse de compensation AVS le 23 janvier 2019. Il en ressort que durant l'année 2016, l'assuré a touché un revenu de 33'366 fr. de la part de M. \_\_\_\_\_ SA et de 9'333 fr. dans le cadre de son activité indépendante, et qu'en 2017, le revenu obtenu par son activité pour M. \_\_\_\_\_ SA a été de 20'863 fr. et celui issu de son activité indépendante de 9'333 francs.

Par décision sur opposition du 16 avril 2019, la Caisse a rejeté l'opposition de l'assuré et réformé la décision du 4 mai 2018 en ce sens que le gain assuré s'élève à 3'540 fr. dès le 1<sup>er</sup> juin 2017. Elle a expliqué que la différence faisait suite à la prise en compte, par erreur, de frais lors du premier calcul. Elle a indiqué que le calcul du gain assuré se basait sur les fiches de salaire ainsi que sur les montants arrêtés lors de l'audience de conciliation, qui lui avaient d'ailleurs été confirmés par M. \_\_\_\_\_ SA. Si l'employeur avait finalement versé un montant plus important, elle ne pouvait tenir compte de la différence, faute de preuve allant dans ce sens. La détermination du taux de travail de l'assuré n'avait en outre aucun impact sur le calcul de son gain assuré, ni sur son indemnisation puisqu'il avait annoncé qu'il recherchait un emploi à 100 %. Finalement, la Caisse a confirmé qu'il était conforme à la loi de tenir compte des gains intermédiaires d'indépendant réalisés par l'assuré, se référant au courrier du 31 mars 2017 du SDE qui n'avait, à sa connaissance, pas été contesté.

Par décision du 17 avril 2019, la Caisse a demandé à l'assuré la restitution de la somme de 368 fr. 30, correspondant aux indemnités qui lui avaient été versées à tort compte tenu du nouveau gain assuré retenu.

**e)** Dans l'attestation de gain intermédiaire relative au mois de janvier 2018, l'assuré a indiqué avoir travaillé 9 heures comme indépendant le 20 janvier 2018 pour un revenu brut de 2'959 francs. Il a annoncé des frais de matériel et de marchandise à hauteur de 2'685 fr. 35, qu'il a détaillés dans un document intitulé « Décompte Marche sur le feu 20 janvier 2018 » et pour lesquels il a produits des pièces

justificatives. Il y a ajouté une déduction forfaitaire de 20 %, si bien que selon ses calculs, le gain intermédiaire à prendre en considération se montait à 218 fr. 90.

Dans le décompte du 7 février 2018, puis par décision du 5 juin 2018, la Caisse a décidé de prendre en compte au titre de gain intermédiaire la somme de 2'367 fr. 20 pour le mois de janvier 2018, calculée en appliquant la déduction forfaitaire de 20 % au revenu brut de 2'959 fr. perçu par l'assuré. L'indemnité de chômage nette se montait dès lors à 1'024 fr. 70.

L'assuré s'est opposé à cette décision le 5 juillet 2018. Il a fait valoir que selon les explications qu'il avait reçues, il n'était pas soumis à un gain intermédiaire tant que son revenu d'indépendant ne dépassait pas celui des années pendant lesquelles il était salarié. Il a par ailleurs allégué que tous les frais de matériel qu'il avait déduits du revenu d'indépendant annoncé étaient nécessaires à l'obtention de ce dernier.

Par décision sur opposition du 16 avril 2019, la Caisse a partiellement admis l'opposition de l'assuré et réformé la décision litigieuse en ce sens que le gain intermédiaire pour le mois de janvier 2018 s'élevait à 2'203 fr. 40. Elle a considéré que les frais relatifs à la location d'une salle et les frais de repas constituaient des frais immatériels et ne pouvaient faire l'objet d'aucune déduction. S'agissant des frais d'impression, des frais d'encaissement, des frais de vignettes, de timbres, de courrier, de téléphonie et de connexion internet ainsi que des frais de matériel divers, ils ne faisaient pas partie des frais de matériel et de marchandise, mais entraient dans les autres dépenses professionnelles faisant l'objet d'une déduction forfaitaire de 20 %. La Caisse a en revanche déduit les frais relatifs au gazon de protection (95 fr.), au charbon et au matériel divers (109 fr. 75) qui constituaient des produits de marchandise engagés en relation avec l'acquisition du revenu.

**f)** Par décision du 25 mai 2018, le SDE, Instance juridique chômage, a confirmé l'aptitude au placement de l'assuré à compter du

1<sup>er</sup> septembre 2017 malgré son activité indépendante. Le SDE a considéré que quand bien même les gains intermédiaires étaient devenus réguliers depuis le mois de septembre 2017, l'activité indépendante exercée gardait un caractère temporaire. Dans les réponses que l'assuré a données au SDE, il a précisé que dans le cadre de son activité d'accompagnement, il organisait parfois une marche sur des braises ardentes (marche sur le feu), qui nécessitait du matériel pour protéger le sol (gazon), de quoi préparer les braises (bois, charbon) et les transporter (pelle, râteau, brouette). Il a par ailleurs mentionné avoir retrouvé une activité salariée à 65 % à compter du 15 avril 2018 et avoir demandé la fermeture de son dossier à l'ORP à cette même date.

**B.** Par acte du 21 mai 2019, X. \_\_\_\_\_ a recouru contre les deux décisions sur opposition du 16 avril 2019, concluant implicitement à leur annulation, à ce que son gain assuré soit fixé à 5'598 fr. 83 et à l'absence de prise en compte de son activité indépendante à titre de gain intermédiaire, subsidiairement à ce que les déductions relatives à la salle et aux repas soient admises. Il a fait valoir que la Caisse n'avait pas tenu compte de la totalité des montants de rémunération obtenus, ayant notamment omis les revenus qu'il avait perçus à titre de directeur de cours convenus lors de la conciliation. Il a allégué avoir touché de M. \_\_\_\_\_ SA 47'526 fr. 70 durant les douze derniers mois, correspondant à un salaire moyen de 3'960 fr. 56, respectivement 33'593 fr. durant les six derniers mois, soit un salaire moyen de 5'598 fr. 83. Dans la mesure où son employeur n'avait pas établi des décomptes justes dans les délais, il a estimé que les pièces fournies par celui-ci devaient être sujettes à caution. Il a indiqué que son taux d'occupation dans le cadre de cet emploi était aux alentours de 25 %. Il a par ailleurs invoqué que son activité indépendante, qui avait commencé de nombreuses années avant son chômage en parallèle à son activité salariée, devait être considérée comme un gain accessoire et non comme un gain intermédiaire. Il a en outre exposé que les frais de salle et de repas étaient variables en fonction du revenu brut, plus précisément du nombre de participants, lequel déterminait la taille de la salle et le nombre de bénévoles à qui le repas était offert.

Dans un complément au recours qu'il a déposé le 28 mai 2019 par le biais de sa mandataire, le recourant a précisé qu'il exerçait deux fonctions auprès de M. \_\_\_\_\_ SA, rémunérées différemment, l'une comme directeur de cours et l'autre comme chargé de cours à temps partiel. Il a relevé qu'il n'était pas cohérent que les tableaux de calcul de la Caisse comportent des revenus différents sur la même période pour le même emploi. Il a conclu, s'agissant de la décision sur opposition relative à son gain assuré, à l'annulation de cette dernière, au renvoi du dossier à l'instance précédente pour complément d'instruction, subsidiairement à ce que son gain assuré soit fixé à 5'598 fr. 85 dès le 1<sup>er</sup> juin 2017, plus subsidiairement à ce qu'il soit fixé à 3'960 fr. 55 dès le 1<sup>er</sup> juin 2017. Il a par ailleurs estimé que les frais de support, à hauteur de 385 fr., devaient également être déduits de son gain intermédiaire de janvier 2018. Il a dès lors conclu à l'annulation de la décision relative au gain intermédiaire de janvier 2018 et à ce que ce gain intermédiaire soit fixé à 598 fr. 60.

Dans sa réponse du 14 juin 2019, la Caisse a proposé le rejet du recours.

Le recourant a maintenu ses conclusions en date du 8 juillet 2019.

### **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 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.

**2.** Le litige porte sur le montant du gain assuré du recourant ainsi que sur le montant du gain intermédiaire à prendre en considération pour le mois de janvier 2018.

**3. a)** L'art. 8 al. 1 LACI énumère les conditions, cumulatives, dont dépend le droit à l'indemnité de chômage. Ainsi, pour avoir droit à dite indemnité, l'assuré doit notamment être sans emploi ou partiellement sans emploi au sens de l'art. 10 LACI (art. 8 al. 1 let. a LACI) et subir une perte de travail à prendre en considération, selon l'art. 11 LACI (art. 8 al. 1 let b LACI).

**b)** L'indemnité journalière pleine et entière s'élève à 80 % du gain assuré (art. 22 al. 1 LACI) ou à 70 % (art. 22 al. 2 LACI) pour les assurés qui n'ont pas d'obligation d'entretien envers des enfants de moins de 25 ans (let. a), qui bénéficient d'une indemnité journalière entière dont le montant dépasse 140 francs (let. b) et qui ne touchent pas une rente d'invalidité correspondant à un taux d'invalidité d'au moins 40 % (let. c).

**c)** Aux termes de l'art. 23 al. 1 première phrase LACI, est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence, y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement, dans la mesure où elles ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail.

Le salaire pris en considération comme gain assuré se rapproche de la notion de salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.10), mais ne se recouvre pas exactement avec celui-ci, comme cela ressort du terme « normalement » utilisé à l'art. 23 al. 1 LACI. Certains montants perçus par le salarié, certes soumis à cotisation, n'entrent pas dans la fixation du gain assuré. Il en va ainsi notamment de la rémunération des heures supplémentaires (ATF 129 V 105), de l'indemnité de vacances (à certaines conditions : ATF 130 V 492 consid. 4.2.4 ; 125 V 42), des gains accessoires (art. 23 al. 3 LACI ; ATF 126 V 207) ou des indemnités pour inconvénients liés au travail ou en raison de frais occasionnés par le travail (art. 23 al. 1, première phrase, LACI) (TF 8C\_226/2019 du 15 novembre 2019 consid. 3.2.2). Les indemnités accordées régulièrement pour le déplacement du domicile au lieu de travail habituel et pour les repas courants pris au domicile ou au lieu de travail habituel au sens de l'art. 9 al. 2 RAVS (règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.101) doivent en principe être prises en compte dans le calcul du gain assuré par l'assurance-chômage, conformément à la règle générale de l'art. 23 al. 1, première phrase, LACI (TF 8C\_226/2019 précité consid. 5.3).

Le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (art. 37 al. 1 OACI) ou sur la base du salaire moyen des douze derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation si ce salaire est plus élevé que le salaire moyen visé à l'art. 37 al. 1 OACI (art. 37 al. 2 OACI).

**d)** 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<sup>os</sup> 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.

**e)** 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). 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, première phrase, LACI ; ATF 129 V 102 ; 120 V 233).

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 (« 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).

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 (art. 41a al. 5 OACI).

**f)** Un gain accessoire n'est pas assuré. 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 LACI). Le

caractère accessoire du gain doit être compris 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 (ATF 123 V 230 consid. 3c ; TF 8C\_75/2015 du 14 janvier 2016 consid. 2.2 et les références citées). Le fait qu'une activité soit de faible ampleur durant le délai-cadre de cotisation ne suffit pas à en faire une activité accessoire. Il faut encore qu'il y ait en parallèle une activité principale exercée dans le cadre d'un contrat de travail (TF C 252/06 du 28 novembre 2007 consid. 3.3.1 et 3.3.2 ; Rubin, op. cit., n° 9 ad art. 23 LACI).

En matière de gain intermédiaire, l'art. 24 al. 3, seconde phrase, LACI précise que les gains accessoires ne sont pas pris en considération. Toutefois, 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\_75/2015 du 14 janvier 2016 consid. 2.2 et les références citées).

**g)** En cas d'activité indépendante de faible ampleur durant le délai-cadre de cotisation et qui se poursuit durant le délai-cadre d'indemnisation après la perte de l'activité principale, il ne peut jamais être question d'un gain intermédiaire. Une telle activité indépendante doit être considérée comme durable, ce qui induit 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 » peut être exercée dans les mêmes proportions qu'avant le début du chômage et peut être accomplie totalement hors des horaires habituels de travail, la perte de travail ne subit aucune réduction. Le Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : SECO) estime qu'un assuré peut conserver une indemnisation maximale lorsque l'activité indépendante de

faible ampleur ne dure 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 (Rubin, op. cit., n° 39 ad art. 24 LACI ; Bulletin LACI IC du SECO, B243 ; voir également TF 8C\_619/2009 du 23 juin 2010 consid. 3.1 et 3.3.2).

**4. a)** Le recourant s'est inscrit au chômage en raison de la fin de ses rapports de travail avec M. \_\_\_\_\_ SA. Dans sa décision du 4 mai 2018 et ses tableaux de calculs du 31 août 2017, la Caisse a relevé qu'il était impossible de calculer un pourcentage d'occupation pour cet emploi et qu'elle avait donc retenu un 100 % puisque le recourant cherchait une activité à 100 %. Comme elle l'a relevé dans sa décision sur opposition, le taux d'occupation retenu est en l'occurrence sans influence sur le gain assuré du recourant, puisque celui-ci s'est inscrit au chômage à 100 % et cherche à remplacer totalement l'activité qu'il exerçait auparavant pour M. \_\_\_\_\_ SA. Dans la décision sur opposition du 16 avril 2019, la Caisse a finalement considéré que l'assuré avait exercé deux activités distinctes pour le compte de M. \_\_\_\_\_ SA. C'est précisément ce qu'il explique dans son complément au recours, exposant avoir travaillé d'une part comme chargé de cours et, d'autre part, comme directeur de cours et qu'il s'agissait d'activités rémunérées différemment. A nouveau, les pourcentages retenus dans les tableaux de calcul, à savoir deux postes à 50 %, n'influencent pas le gain assuré compte tenu de la recherche d'une activité à plein temps. La Caisse a retenu que le poste de chargé de cours a été exercé en contrat de durée indéterminée et rémunéré selon les fiches de salaire et récapitulatifs produits, auxquels s'ajoutaient les montants de 1'800 fr. pour solde de tout compte et de 417 fr. de frais de déplacement arrêtés lors de la conciliation (Rapport de travail RT01). Concernant l'activité de directeur de cours, la Caisse a retenu qu'elle avait été exercée dans le cadre d'un contrat de durée déterminée et rémunérée selon les montants fixés à l'occasion de l'audience, qu'elle a répartis sur les périodes auxquelles ils se rapportaient, telles qu'arrêtées lors de la

conciliation. Ainsi, contrairement à ce que soutient le recourant, la Caisse a tenu compte de la rémunération que celui-ci a touchée comme directeur de cours. Elle n'a, à juste titre, pas pris en compte dans son calcul le versement intégral des indemnités convenues lors de l'audience de conciliation, mais les a réparties sur les périodes qu'elles concernaient. C'est en effet la date de la prestation de travail qui est déterminante et non celle où le salaire est versé (consid. 3e). Il n'est ainsi pas possible, comme le recourant le propose, de prendre en compte l'ensemble des revenus qu'il a reçus durant les six, respectivement les douze derniers mois avant son chômage. Il convient au contraire de tenir compte uniquement des revenus qui se rapportent à des prestations de travail fournies durant les six, respectivement les douze derniers mois.

Le recourant critique par ailleurs les montants pris en considération par la Caisse. Il faut toutefois constater qu'elle s'est basée sur les décomptes de salaire que le recourant a lui-même produits, ainsi que sur le récapitulatif annuel transmis par son employeur, qui reprenait les mêmes chiffres. La Caisse s'est également référée à la somme de 1'800 fr. pour solde de tout compte et aux 417 fr. de frais de déplacement fixés lors de l'audience de conciliation. De même, en ce qui concerne la rémunération comme directeur de cours, la Caisse s'est fondée sur les montants arrêtés lors de l'audience de conciliation. Les montants pris en compte par la Caisse pour le calcul du gain assuré doivent ainsi être confirmés.

Dans son complément au recours, le recourant s'étonne du fait que les revenus pris en considération pour la même période et le même emploi diffèrent dans le tableau de calcul figurant dans la décision sur opposition. Il faut en effet constater que ce tableau prête à confusion et manque de clarté. Dans celui-ci la Caisse a lissé les revenus obtenus par le recourant en prenant les totaux calculés par le biais des tableaux « Rapport de travail RT01 » et « Rapport de travail RT02 » et en les répartissant de manière équitable sur six mois, respectivement douze mois, au prorata des périodes travaillées. Dans la mesure où les totaux

repris sont corrects, cette manière de faire n'a toutefois pas d'influence sur le montant du gain assuré calculé.

Finalement, la Caisse a constaté que le gain assuré du recourant calculé sur les douze derniers mois, soit du 1<sup>er</sup> avril 2016 au 31 mai 2017, de 3'540 fr. était plus favorable que celui basé sur les six derniers mois.

Au vu de ce qui précède, il n'y a pas lieu de s'écarter du gain assuré retenu par la Caisse. La décision sur opposition du 16 avril 2019, rejetant l'opposition du recourant et fixant son gain assuré à 3'540 fr. dès le 1<sup>er</sup> juin 2017 doit par conséquent être confirmée.

**b)** A côté de son activité pour le compte de M. \_\_\_\_\_ SA, le recourant a également exercé une activité indépendante comme coach, activité qu'il a poursuivie durant sa période de chômage. Il ressort des informations données par le recourant dans le cadre de l'examen de son aptitude au placement qu'il travaille pour son activité indépendante le mardi soir de 18 heures à 21 heures et qu'il organise de temps en temps une journée de formation durant le week-end. Dans son formulaire de demande d'indemnités de chômage, il a également indiqué que son activité indépendante ne s'exerçait que sur des jours isolés. Il faut constater que son activité indépendante se déploie en dehors de l'horaire de travail normal. Le SDE a d'ailleurs reconnu, à deux reprises (courrier du 31 mars 2017 et décision du 25 mai 2018), que cette activité indépendante n'entravait pas l'aptitude au placement du recourant. C'est cependant de manière erronée que le SDE a indiqué dans son courrier du 31 mars 2017 que les revenus de cette activité devaient être pris en compte comme gains intermédiaires. Cette activité doit en effet être qualifiée d'accessoire, respectivement correspond à une activité indépendante de faible ampleur. Or une telle activité ne constitue pas un gain intermédiaire (consid. 3g supra). C'est donc à tort que la Caisse l'a considérée comme telle et qu'elle a imputé les revenus que le recourant a réalisés comme indépendant sur le montant des indemnités journalières auxquelles il a droit. Dans sa décision sur opposition, elle justifie cette

manière de procéder en se référant au Bulletin LACI B34a. Le passage cité concerne toutefois une activité temporaire prise pendant le chômage alors qu'en l'occurrence, l'on est en présence d'une activité qui existait déjà avant l'arrivée au chômage, en parallèle d'une activité salariée, et qui continue ensuite. La Caisse se prévaut en outre de la position du SDE, figurant dans son courrier du 31 mars 2017, relevant que le recourant ne l'a pas contestée ni n'a sollicité de décision formelle à ce sujet. L'objet de ce courrier concernait cependant avant tout l'aptitude au placement du recourant et il faut rappeler qu'il appartient à la Caisse de déterminer le droit aux prestations en tant que cette tâche n'est pas expressément réservée à un autre organe (art. 81 al. 1 let. a LACI). Quoi qu'il en soit, dans la mesure où aucune décision n'est entrée en force sur cette question, le recourant était en droit de contester le décompte de janvier 2018, que ce soit sur le principe de la prise en compte d'un gain intermédiaire ou sur l'ampleur des frais à déduire.

A toutes fins utiles, l'on peut relever que même en cas d'augmentation sensible de l'activité indépendante au cours de la période de chômage, il n'y a pas lieu d'en tenir compte comme gain intermédiaire, mais de modifier la perte de travail à prendre en considération. Il n'apparaît toutefois pas que le recourant ait sensiblement augmenté le temps consacré à son activité indépendante lorsqu'il est arrivé au chômage. Il ressort au contraire des attestations de gain intermédiaire qu'il a remplies que cette activité a continué de se déployer sur des jours isolés uniquement et en dehors de l'horaire habituel de travail.

Dans la mesure où l'activité indépendante accessoire exercée par le recourant ne constitue pas un gain intermédiaire, la question de l'ampleur des frais déductibles pour le mois de janvier 2018 est sans objet. La décision sur opposition du 16 avril 2019, admettant partiellement l'opposition du recourant et fixant le gain intermédiaire du mois de janvier 2018 à 2'203 fr. 40 doit être annulée et réformée en ce sens qu'aucun montant ne doit être pris à titre de gain intermédiaire pour le mois de janvier 2018. C'est par ailleurs également de manière erronée que la

Caisse a pris en compte l'activité indépendante du recourant comme un gain intermédiaire durant les autres périodes de contrôle.

**5. a)** Le recours doit dès lors être partiellement admis.

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

Le recourant, qui obtient partiellement gain de cause avec l'assistance d'un mandataire qualifié, a droit à des dépens réduits, qu'il convient de fixer à 1'000 fr., débours et TVA compris (art. 61 let. g LPGA, 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.

**Par ces motifs,  
la Cour des assurances sociales  
p r o n o n c e :**

- I.** Le recours est partiellement admis.
- II.** La décision sur opposition rendue le 16 avril 2019 par la Caisse cantonale de chômage fixant le gain assuré 3'540 fr. dès le 1<sup>er</sup> juin 2017 est confirmée. La décision sur opposition rendue le 16 avril 2019 par la Caisse cantonale de chômage au sujet du gain intermédiaire à retenir pour la période de janvier 2018 est réformée en ce sens qu'aucun gain intermédiaire ne doit être pris en compte.
- III.** Il n'est pas perçu de frais de procédure.
- IV.** La Caisse cantonale de chômage versera à X. \_\_\_\_\_ une indemnité de 1'000 fr. à titre de dépens.

Le président :

La greffière :

**Du**

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

- Me Pauline Elsig (pour X. \_\_\_\_\_),
- Caisse cantonale de chômage, Division juridique,
- Secrétariat d'Etat à l'économie,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :