

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 24 mai 2017

---

Composition :       Mme     PASCHE, juge unique  
Greffière         :       Mme     Berseth Béboux

\* \* \* \* \*

Cause pendante entre :

**B.** \_\_\_\_\_, à [...], recourante, représentée par Me Gautier Lang, avocat à Neuchâtel,

et

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

---

**Art. 10, 24 al. 1 et 3 LACI ; art. 320 al. 2 CO**

**E n f a i t :**

**A.** B. \_\_\_\_\_ (ci-après : l'assurée ou la recourante), née en [...], a été engagée le 1<sup>er</sup> septembre 2014 par la société A. \_\_\_\_\_ en qualité de commerciale au service extérieur à 100%. Licenciée pour la fin juin 2015, elle s'est inscrite à l'Office régional de placement I. \_\_\_\_\_ (ci-après : l'ORP) comme demandeuse d'emploi à 100%. La Caisse cantonale de chômage (ci-après : la Caisse ou l'intimée) l'a mise au bénéfice d'un délai-cadre d'indemnisation couvrant la période du 1<sup>er</sup> juillet 2015 au 30 juin 2017, le gain assuré étant fixé à 5'912 francs.

L'assurée a travaillé du 1<sup>er</sup> septembre 2015 au 30 avril 2016 pour E. \_\_\_\_\_, en qualité de responsable commerciale. En incapacité de travail depuis le 22 février 2016, elle a donné son congé pour le 30 avril 2016.

Elle s'est réinscrite au chômage et a sollicité les indemnités de chômage dès le 1<sup>er</sup> mai 2016. Dans la mesure où elle avait réalisé durant au moins six mois un salaire supérieur au gain assuré fixé à l'ouverture de son délai-cadre d'indemnisation en juillet 2015, la Caisse a calculé un nouveau gain assuré, de 7'164 fr., qu'elle a réduit à 3'582 fr., compte tenu de l'inscription de l'assurée à 50%.

A l'issue de l'entretien de conseil du 23 mai 2016, la conseillère ORP de l'assurée a dressé le procès-verbal suivant :

« (...) L'assurée explique s'inscrire à 50% car son ami a créé une société (H. \_\_\_\_\_) de commercialisation de produits dans le domaine de [...] et dès qu'elle retrouve une capacité de travail elle va travailler à 50% pour lui pour la partie commerciale, démarchage, prospection, mais bénévolement le temps qu'il ait suffisamment pour lui payer un salaire. L'objectif est qu'elle soit salariée.

Compte tenu de son incapacité totale de durée indéterminée et de cette future activité bénévole, annonçons son dossier pour un examen de son aptitude au placement.

Informons l'assurée sur les généralités du versement des IC [indemnités de chômage] pendant l'arrêt maladie, et sur l'APGM [assurance perte de gain maladie]. Lui remettons la fiche info sur cette dernière.

(...) »

Par courrier du 24 mai 2016, la Division juridique des ORP a initié un examen de l'aptitude au placement de l'assurée, afin de déterminer dans quelle mesure l'incapacité de travail de durée indéterminée dont elle était affectée restreignait ses possibilités de reprendre une activité professionnelle. L'assurée était invitée à répondre à plusieurs questions en lien avec son état de santé et à fournir un certificat médical.

Le 30 mai 2016, l'assurée a répondu à la Division juridique des ORP, en indiquant que, dès le 1<sup>er</sup> juin 2016, son état de santé lui permettait de travailler à 100%, et qu'elle entendait répartir son temps de travail à « 50% pour le compte de l'entreprise H.\_\_\_\_\_ (activité bénévole car nouvelle société pas en mesure de verser un salaire pour une durée indéterminée) [et à] 50% pour le compte d'un autre employeur d'où [sa] demande de prestations à l'assurance-chômage ». Elle a joint à son courrier un certificat médical du 27 mai 2016 du Dr [...], médecin traitant, attestant une pleine capacité de travail dès le 1<sup>er</sup> juin 2016.

Le 30 mai 2016, l'assurée a fait savoir à l'ORP qu'elle débuterait son activité pour la société H.\_\_\_\_\_ au 1<sup>er</sup> juin 2016.

Le 31 mai 2016, la Division juridique des ORP a adressé à l'assurée un second examen d'aptitude au placement, en raison de sa prise d'activité bénévole auprès de la société H.\_\_\_\_\_ au 1<sup>er</sup> juin 2016. Elle a demandé à l'assurée de renseigner sur ses dispositions et disponibilités à exercer une activité salariée, sur ses objectifs professionnels, ainsi que sur la nature de l'activité réalisée pour le compte de cette société.

Le 5 juin 2016, l'assurée a répondu au courrier de la Division juridique des ORP du 31 mai 2016. Elle a notamment indiqué que dès le 1<sup>er</sup> juin 2016, elle était disponible pour une activité salariée à 50% auprès d'un employeur. S'agissant de son activité pour le compte de H.\_\_\_\_\_,

elle occupait le poste de responsable commerciale et était chargée de l'acquisition et du suivi des clients, des commandes et de la livraison du matériel, ainsi que des formations en [...]. Elle consacrait à cette activité les mardis et jeudis toute la journée, ainsi que les vendredi après-midi. Elle était donc disponible pour un emploi salarié les lundis, mercredis, et vendredis matin. Elle a ajouté qu'elle n'était pas disposée à renoncer à son activité auprès de H.\_\_\_\_\_, sauf éventuellement pour une formation de courte durée.

En réponse à une instruction complémentaire de la Division juridique des ORP du 7 juin 2016, l'assurée a indiqué que, dans le cadre de son activité pour le compte de H.\_\_\_\_\_, elle se chargeait des tâches utiles dans le domaine administratif et commercial. Parfois, elle dispensait également des formations de [...]. Elle a précisé que la société ne générait aucun bénéfice et qu'elle fournissait son aide gratuitement. La société appartenait à son compagnon, raison pour laquelle son siège social se trouvait à son adresse, qui était leur domicile commun.

Par courrier du 5 juillet 2016, la Division juridique des ORP a fait savoir à l'assurée que son activité de responsable commerciale auprès de H.\_\_\_\_\_ ne pouvait pas être considérée comme une activité bénévole au sens de la loi, mais s'apparentait au contraire à une activité lucrative. L'autorité invitait l'assurée à contacter la caisse de chômage dans les plus brefs délais afin de clarifier sa situation, et notamment le point de savoir s'il convenait d'imputer à cette activité exercée gratuitement une rémunération fictive.

Par courrier du même jour dont copie a été adressée à l'assurée, la Division juridique des ORP a indiqué à la Caisse qu'elle avait renoncé à rendre une décision administrative, l'assurée remplissant les conditions relatives à l'aptitude au placement. Elle a précisé que l'intéressée était déclarée « apte au placement à 50% à compter du 1<sup>er</sup> mai 2016 ». L'autorité a encore rendu la caisse attentive au fait que l'assurée avait déclaré qu'elle exerçait une activité bénévole à 50%, précisant : « A ce sujet, nous vous laissons le soin d'examiner si ladite

activité devrait faire l'objet d'une rémunération fictive et, le cas échéant, de déduire le montant estimé de son gain assuré ».

A teneur du procès-verbal de l'entretien de conseil du 13 juillet 2016, la conseillère ORP a relevé les éléments suivants :

« Examen AP : réglé, apte à 50%.

Définissons jour disponible pour emploi à 50% : lundi mercredi et vendredi matin, mais l'assurée confirme être flexible et adapter ces jours pour la reprise d'un emploi.

Cch : M. S. \_\_\_\_\_ (chef d'agence) lui a dit qu'aucun gain fictif ne serait calculé, mais lui demande de produire chaque mois avec l'IPA [formulaire « Indications de la personne assurée »] un planning des jours travaillés pour son activité bénévole auprès de H. \_\_\_\_\_.

(...) »

Dans un courriel du 13 juillet 2016, l'assurée s'est adressée à M. S. \_\_\_\_\_ en ces termes :

« (...)

Je me réfère à notre conversation téléphonique d'hier.

Comme convenu et afin de répondre à votre demande, je vous prie de trouver ci-joint mes jours de présence chez H. \_\_\_\_\_ pour le mois de juin.

(...) »

Par décision du 25 juillet 2016, la Caisse a fait savoir à l'assurée qu'elle prenait en compte au titre de gain intermédiaire un salaire de « CHF 1'985.- dès le 1<sup>er</sup> juin 2016, correspondant aux usages professionnels et locaux pour l'activité exercée en tant que bénévole » pour le compte de H. \_\_\_\_\_ à 50%. La Caisse a précisé que dite activité ne répondait pas aux exigences formulées par le Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : SECO) s'agissant de la notion de bénévolat, dès lors qu'elle était exercée pour le compte d'une entreprise à but lucratif.

Le 27 septembre 2016, représentée par Me Gautier Lang, l'assurée s'est opposée à la décision précitée, concluant à son annulation. Elle a en substance fait valoir que dès lors qu'elle ne souhaitait plus travailler qu'à 50%, elle subissait une perte de travail à prendre en considération limitée à 50%, correspondant au taux pour lequel elle s'était inscrite auprès de l'ORP. Son gain assuré ayant de ce fait été réduit de 50%, il était erroné de déduire en plus un gain intermédiaire.

Par décision sur opposition du 20 octobre 2016, la Caisse a rejeté l'opposition et confirmé la décision du 25 juillet 2016.

Dans un courriel du 30 octobre 2016, l'assurée a demandé à l'ORP de porter son taux d'inscription à 100%. Elle s'est ensuite rétractée le 21 novembre 2016, précisant vouloir finalement conserver son inscription à 50%.

A teneur du procès-verbal de l'entretien de conseil du 30 novembre 2016, l'assurée a fait savoir à sa conseillère ORP qu'elle avait recouru auprès du Tribunal cantonal à l'encontre de la décision de la Caisse. Elle a également confirmé son courriel du 21 novembre 2016, aux termes duquel elle maintenait son inscription à 50%, dès lors qu'elle souhaitait retrouver un emploi à « ce taux maximum ».

Par contrat du 6 décembre 2016, l'assurée a été engagée par [...] comme collaboratrice de vente/administration/service après-vente dès le 1<sup>er</sup> janvier 2017. De ce fait, le 12 décembre 2016, elle a informé sa conseillère ORP qu'elle souhaitait se désinscrire du chômage au 1<sup>er</sup> janvier 2017. Le 22 décembre 2016, l'ORP lui a confirmé l'annulation de son dossier.

**B.** Par acte du 21 novembre 2016, par l'entremise de Me Gautier Lang, B. \_\_\_\_\_ a recouru contre la décision sur opposition de la Caisse du 20 octobre 2016 auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, en concluant principalement à sa réforme en ce sens qu'elle a droit à l'octroi d'indemnités de chômage à 50% sans déduction d'un gain intermédiaire, et subsidiairement à son annulation. Elle fait en substance valoir que l'intimée n'était pas fondée à retenir un gain intermédiaire à son détriment. Tout au plus aurait-elle dû, si elle entendait la sanctionner du fait de sa disponibilité partielle, envisager de prononcer une suspension du droit à l'indemnité dans le cadre d'un refus concret de débiter une activité à 100% proposée par hypothèse par l'ORP. La recourante s'est encore référée à un arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 8 juin 2001 (TFA C 436/00 ; DTA 2002 p. 57 consid. 2a) et à un arrêt du Tribunal cantonal fribourgeois du 11 juillet 2016 (arrêt 605 2015 178, consid. 5).

Le 22 décembre 2016, l'intimée a conclu au rejet du recours.

La recourante a maintenu sa position par écriture du 23 janvier 2017.

**C.** Le dossier ORP de l'assurée a été produit.

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

**1.**           **a)** Les dispositions de la LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) s'appliquent à l'assurance-chômage (art. 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 des assurances compétent, (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).

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.

**b)** La LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RS 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). De valeur litigieuse inférieure 30'000 fr., la cause doit être tranchée par un membre de la Cour statuant en tant que juge unique (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD).

**2. a)** En tant qu'autorité de recours contre les décisions prises par des assureurs sociaux, le juge des assurances sociales ne peut, en principe, entrer en matière – et le recourant présenter ses griefs – que sur les points tranchés par cette décision. De surcroît, dans le cadre de l'objet du litige, le juge ne vérifie pas la validité de la décision attaquée dans son ensemble, mais se borne à examiner les aspects de cette décision que le recourant a critiqués, exception faite lorsque les points non critiqués ont des liens étroits avec la question litigieuse (ATF 131 V 164 ; 125 V 413 consid. 2c ; 110 V 48 consid. 4a).

**b)** En l'espèce, le litige porte sur le droit de l'intimée à imputer un gain fictif de 1'985 fr. à l'activité déployée à 50% par la recourante pour le compte de la société H.\_\_\_\_\_.

**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), subir une perte de travail à prendre en considération, selon l'art. 11 LACI (art. 8 al. 1 let b LACI) et être apte au placement au sens de l'art. 15 LACI (art. 8 al. 1 let. f LACI). Est notamment réputé partiellement sans emploi celui qui occupe un emploi à temps partiel et cherche à le remplacer par une activité à plein temps ou à le compléter par une autre activité à temps partiel (art. 10 al. 2 let. b LACI). Les assurés qui ne recherchent qu'un complément d'occupation remplissent certes la condition du chômage au sens de l'art. 10 al. 2 let. b LACI. Mais soumis à l'obligation de diminuer le dommage à l'assurance, ils ne pourraient pas refuser un emploi dont le taux d'occupation correspond à leur disponibilité totale (cf. Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Schulthess 2014, p. 96 n° 14 ad. art. 10).

L'indemnité journalière pleine et entière s'élève à 80% du gain assuré (art. 22 al. 1 LACI). Son montant dépend de l'étendue de la perte de gain entrant en considération, du gain assuré et du taux d'indemnisation (cf. Boris Rubin, op. cit., p. 237 n° 1 ad art. 22).

**b)** 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, compte tenu du taux d'indemnisation fixé par l'art. 22 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, 1<sup>ère</sup> phrase, LACI). Les gains accessoires ne sont pas pris en considération (art. 24 al. 3, 2<sup>ème</sup> phrase, LACI).

Le champ d'application des règles sur le gain intermédiaire est assez large. Il comprend les activités dépendantes et indépendantes, ainsi que les activités non forcément rémunérées. Ce n'est donc pas véritablement le gain qui délimite le champ d'application de l'art. 24 LACI, mais l'exercice d'une activité (cf. Boris Rubin, op. cit., p. 265 n° 18 ad art. 24).

**aa)** Le Tribunal fédéral a posé les critères permettant de déterminer quand une activité exercée bénévolement ou à titre de pure complaisance doit être assimilée à un rapport de travail au sens de l'art. 10 LACI. Tel est le cas s'il y a un contrat impliquant des droits et obligations réciproques des parties ou si, conformément à la présomption posée à l'art. 320 al. 2 CO (loi fédérale complétant le Code civil suisse, livre cinquième : Droit des obligations ; RS 220), un salaire ou une rémunération sont normalement dus pour le travail fourni au regard de l'ensemble des circonstances ou des usages professionnels et locaux. Ce n'est qu'en l'absence de ces deux conditions que le travail ou les services rendus seront considérés comme résultant d'actes de pure complaisance et que celui qui les accomplit n'entrera pas dans un rapport de travail. Le Tribunal fédéral a précisé que les principes posés par le législateur en matière d'assurance-chômage ont pour but d'éviter que les travaux représentant une certaine valeur économique et financière puissent être entrepris ou exécutés aux frais de l'assurance sociale alors qu'ils devraient être normalement rémunérés. La nature des relations entre les parties ne change rien à la prise en considération de la présomption de l'art. 320 al.

2 CO. Si une activité non rémunérée doit être prise en considération à titre de gain intermédiaire, la caisse de chômage doit fixer un gain fictif, à hauteur du gain que l'assuré aurait pu réclamer pour le travail effectué (DTA 2000 n° 32 p. 72 [TFA C 217/99 du 11 janvier 2000 consid. 1c], TFA C 107/05 du 18 juillet 2006 consid. 4.1).

Le travail à titre gratuit ne peut être admis qu'exceptionnellement, dans le cadre par exemple de brefs pré-stages destinés à permettre aux parties de se connaître, en quelques heures, de la compatibilité du poste avec la personne du travailleur. Il en va de même d'une activité bénévole de peu d'importance, pouvant être exercée en dehors des horaires habituels de travail et à titre de pur hobby ou pour rendre service. Un service rendu gratuitement à un ami, par pure complaisance et à titre d'échange de bons procédés à long terme, n'entre pas dans le cadre contractuel. Il en est de même d'une activité dans le domaine associatif prenant peu de temps et n'étant habituellement pas rémunérée. L'exercice des activités précitées n'entraîne pas la prise en compte d'un gain fictif au sens de l'art. 24 al. 3 LACI. Pour décider si l'on est en présence d'un contrat ou d'un acte de pure complaisance, il faut examiner toutes les circonstances du cas particulier, notamment le genre de prestation, son fondement, son but, sa signification juridique et économique, la manière dont elle a été exécutée et les intérêts de chacune des parties (cf. Boris Rubin, op. cit., p. 266 n° 19 ad art. 24).

**bb)** Un assuré ne perd pas son droit du seul fait qu'un salaire annoncé comme gain intermédiaire est inférieur aux usages professionnels et locaux. Dans cette hypothèse, il aura droit à une compensation de la différence entre le gain assuré et un salaire fictif correspondant aux usages professionnels et locaux. Pour le calcul de la perte de gain, le salaire fictif remplacera le salaire réellement perçu (cf. Boris Rubin, op. cit., p. 269 n° 33 ad art. 24).

Pour déterminer si le salaire est conforme aux usages, il convient de prendre en considération les conditions fixées par les conventions collectives de travail, les contrats-types de travail, s'il en

existe dans la branche concernée, la législation sur le travail et sur le contrat de travail. En l'absence de convention collective de travail ou de contrat-type de travail, il y a lieu de constater l'usage (la pratique) et de déterminer si le salaire proposé à un assuré se situe dans la fourchette qui correspond à ce qui se pratique dans la plupart des cas ou au contraire s'il s'écarte de cet usage. L'usage est un fait qui se constate. Par ailleurs, c'est en fonction de la nature du poste et non de la formation de l'assuré qu'il convient de déterminer si le salaire offert correspond à l'usage. Les salaires prévus dans les conventions collectives de travail et les contrats-types de travail servent de référence même lorsque ces instruments ne sont pas de force obligatoire (cf. Boris Rubin, op. cit. p. 270 n° 35 ad art. 24 et p. 186 n° 21 ad art. 16 al. 2 let. a ; cf. ATF 127 V 479 consid. 4).

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 et les références, notamment ATF 129 V 102, 120 V 233 consid. 4b et 120 V 515 consid. 2b).

**cc)** Les gains accessoires visés par l'art. 24 al. 3, 2<sup>ème</sup> phrase, LACI, sont ceux qui se rapportent à l'activité accessoire qui perdure après la perte de l'activité principale marquant la survenance du chômage et l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation. Un gain accessoire au sens de l'art. 24 al. 3 LACI ne peut être considéré comme tel que si une source principale de revenu existait en parallèle, durant le délai-cadre de cotisation, et que l'activité « accessoire » perdure après l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation consécutive à la perte de l'activité principale. Si une activité de faible ampleur ne débute qu'après l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation, il ne peut être question d'une activité procurant un gain accessoire au sens de l'art. 24 al. 3 LACI et il faut en tenir compte à titre de gain intermédiaire (cf. Boris Rubin, p. 271, n° 39 ad art. 24, et les références).

**dd)** En principe, le revenu tiré d'une activité indépendante exercée durant une période de contrôle est également réputé gain

intermédiaire. Toutefois seule une activité indépendante exercée provisoirement et nécessitant peu d'investissement peut être prise en compte à ce titre. Par contre, en cas d'activité indépendante durable, la perte de travail à prendre en considération doit être réduite dans une mesure correspondant au temps consacré à l'activité indépendante. Les revenus tirés de cette activité indépendante durable ne tombent pas dans le champ d'application de l'art. 24 LACI. Ils ne constituent pas des gains intermédiaires (cf. Boris Rubin, op. cit., p. 267 n° 22 et 23 ad art. 24).

**4.** Dans le cas d'espèce, il convient tout d'abord de déterminer si l'activité exercée par la recourante pour le compte de H. \_\_\_\_\_ constitue un gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI.

Le champ d'application de l'art. 24 LACI est large, dès lors qu'il couvre à la fois les activités salariées et les activités indépendantes, mais également les activités non-rémunérées. Sauf exception, toute activité exercée durant une période de contrôle, indépendamment de son statut et de sa rémunération, constitue un gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI.

Si certains types d'activité font certes exception, et sortent du champ d'application de l'art. 24 LACI, elles ne sont pas réalisées dans le cas d'espèce. L'activité déployée par l'assurée pour le compte de H. \_\_\_\_\_ ne peut en effet pas être considérée comme une activité accessoire. Hormis le fait qu'elle est exercée à un taux relativement important (50%), durant les heures habituelles de travail, elle ne préexistait pas à la perte de travail qui a conduit l'assurée à s'inscrire (ou se réinscrire) au chômage. L'intéressée n'a entrepris cette activité que le 1<sup>er</sup> juin 2016, soit après l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation, et après sa réinscription au chômage le 1<sup>er</sup> mai 2016. Il ne s'agit donc pas d'une activité accessoire qui échapperait au champ d'application de l'art. 24 LACI (cf. consid. 3b/cc supra). L'assurée n'œuvre pas non plus en qualité d'indépendante, dans le cadre d'une activité durable (cf. consid. 3b/dd supra). Enfin, bien qu'elle ne soit pas rémunérée, l'activité litigieuse ne peut pas non plus être qualifiée d'activité bénévole ou d'activité de

pure complaisance au sens de la jurisprudence fédérale (cf. consid. 3b/aa supra). En effet, l'assurée s'acquitte des tâches administratives et commerciales nécessaires au bon fonctionnement de la société. Elle est chargée de l'acquisition et du suivi des clients, des commandes du matériel et des livraisons. Elle dispense également des formations en [...]. Ces tâches, relativement conséquentes, sont effectuées régulièrement, à raison de 2,5 jours par semaines, chaque mois depuis juin 2016. Selon le Tribunal fédéral, il suffit que l'activité en question, soit implique des obligations réciproques entre les parties, soit justifie un salaire au regard de l'ensemble des circonstances, pour que la présomption de l'art. 320 al. 2 CO s'impose et que l'on doive conclure à l'existence d'un contrat de travail au sens de l'art. 10 LACI. Or, tel est bien le cas en l'espèce : compte tenu de sa nature, de sa durée et de sa régularité, le travail effectué par l'assurée devrait normalement être fourni contre un salaire. Il ne fait aucun doute que l'activité exercée par la recourante justifiait une rémunération. Cette appréciation est d'ailleurs corroborée par le fait que, comme l'intéressée le dit elle-même, le but est qu'à terme, son activité soit salariée, aussitôt que les finances de la jeune entreprise le permettront.

Il convient ainsi d'admettre que l'activité déployée par la recourante au service de H.\_\_\_\_\_ ne résulte pas d'actes de pure complaisance ou de bénévolat. Elle doit au contraire être assimilée à un contrat de travail au sens de l'art. 10 LACI, selon la présomption l'art. 320 al. 2 CO. Comme relevé par le Tribunal fédéral, la nature des relations unissant la recourante à l'employeur ne change rien à cette présomption, qui vaut également en cas de travail fourni dans le cadre d'un rapport de concubinage (cf. consid.3b/aa supra).

Dans ces circonstances, l'activité de la recourante pour le compte de H.\_\_\_\_\_ doit être considérée comme une activité intermédiaire dépendante au sens de l'art. 24 LACI. C'est à bon droit que l'intimée a conclu dans ce sens. Le fait que l'activité ne soit pas rétribuée ne s'oppose pas à sa prise en compte comme gain intermédiaire. Cela impose cependant de lui imputer fictivement un gain conforme aux usages

professionnels et locaux pour le travail effectué (cf. DTA 2000 n° 32 p. 72, cf. également consid. 3b/bb supra).

**5. a)** L'usage se définit sur la base des salaires constatés habituellement pour des postes identiques à celui concerné.

Dans la pratique, on se réfère en premier lieu aux conventions collectives de travail ou aux contrats-type de travail, s'il en existe dans la branche. En l'absence de tels instruments, comme c'est le cas dans le domaine du secrétariat, il convient de se baser sur tout autre élément susceptible de définir quelle est la pratique salariale en matière d'emplois similaires, quel est le salaire usuellement versé pour l'activité considérée, selon sa nature particulière. Dans le cas d'espèce, la caisse a recouru aux salaires d'usage fournis par le calculateur du Service cantonal vaudois de recherche et d'informations statistiques (SCRIS). Sur le principe, le recours à un tel outil n'est pas critiquable, dans la mesure où il se fonde sur les salaires ressortant de l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS) de l'Office fédéral de la statistique (OFS). On peut donc admettre qu'il reflète valablement la pratique salariale dans un domaine d'activité précis. On relèvera au surplus que l'intimée a pris en compte un salaire favorable à l'assurée, puisqu'elle a retenu le revenu le plus bas de la fourchette de revenus considérés comme étant l'usage. En outre, au moment où la Caisse a effectué son calcul, le calculateur se basait encore sur les valeurs salariales prévalant pour 2010, alors que le gain intermédiaire auquel il convient d'attribuer un gain fictif a débuté en 2016 et qu'il aurait justifié un salaire plus élevé.

Procédant à une évaluation directement sur la base du calculateur individuel de salaires « Salarium 2014 » de l'OFS, intégrant des critères plus précis, la Cour de céans parvient à un salaire déterminant légèrement supérieur à celui retenu par l'intimée, soit moins favorable à la recourante. La Caisse bénéficiant d'un certain pouvoir d'appréciation dans l'évaluation du caractère conforme aux usages d'un salaire, pouvoir dont elle n'a en l'espèce pas abusé, il n'y a toutefois pas lieu de s'éloigner du

montant de 1'985 fr. qu'elle a retenu (3'970 fr. : 2), de surcroît favorable à l'assurée.

En définitive, le revenu fictif de 1'985 fr. pris en compte à titre de gain intermédiaire par l'intimée ne prête pas flanc à la critique, de sorte qu'il peut être confirmé.

**b)** Les arrêts cités par la recourante à l'appui de sa contestation ne permettent pas une appréciation différente de sa situation. L'arrêt du Tribunal fédéral des assurances (DTA 2002 p. 57 consid. 2a) traite exclusivement de la suspension du droit à l'indemnité pour refus d'un emploi réputé convenable. Certes, la Haute Cour ne dit rien sur le gain assuré ni sur le montant pris en qualité de gain intermédiaire. Toutefois, contrairement à ce que soutient la recourante, on ne peut pour autant en déduire que « à aucun moment toutefois, le Tribunal fédéral n'a estimé qu'il devait être retenu à l'assurée un gain intermédiaire équivalent au montant de l'activité exercée parallèlement par l'assurée ». Ce n'était là pas l'objet du litige, la Haute Cour se cantonnant à examiner le bienfondé de la décision attaquée, à savoir une décision de suspension. Quant à l'arrêt fribourgeois, outre le fait qu'il ne lie par la Cour de céans, il n'est pas topique dans le cadre de la présente affaire, dans la mesure où il s'agit d'un assuré en cours de formation, cas dans lequel s'appliquent des règles spécifiques (cf. TF C 308/02 du 27. Juillet 2005). Or, la recourante ne se trouve pas en formation.

**6.** Bien que cette question n'entre pas dans l'objet du litige, limité au point tranché dans la décision litigieuse (cf. consid. 2a supra), on peut s'interroger sur le taux d'inscription au chômage de la recourante et, partant, sur le gain assuré retenu par l'intimée.

En principe, le gain assuré fixé en début de délai-cadre d'indemnisation ne varie pas durant celui-ci. Il existe cependant deux exceptions, énumérée à l'art. 37 al. 4 OACI, qui permettent une redéfinition du gain assuré à partir de la période de contrôle suivante. Il s'agit notamment du cas où le taux d'aptitude au placement a subi un

changement, selon l'art. 37 al. 4 let. b OACI, c'est-à-dire lorsque le taux de disponibilité de l'assuré a diminué par rapport à celui qui a été pris en considération pour calculer le gain assuré au début du délai-cadre d'indemnisation. L'art. 37 al. 4 let. b OACI évoque la notion d' « aptitude au placement » (art. 15 LACI) alors qu'il est en réalité question de la « perte de travail à prendre en considération » (art. 11 LACI), dans le sens d'une comparaison entre la disponibilité durant la période de référence pour le calcul du gain assuré et la disponibilité de l'assuré une fois le délai-cadre d'indemnisation ouvert (cf. Boris Rubin, op. cit., p. 254ss, n° 24 et 26 ad art. 23). Ainsi, lorsqu'un chômeur a cotisé sur la base d'une activité à un taux donné et qu'une fois au chômage, il ne recherche, globalement, qu'une activité à un taux inférieur, la perte de travail à prendre en considération et le gain assuré devront être réduits proportionnellement. L'aptitude au placement n'est quant à elle pas sujette à fractionnement. C'est donc uniquement sous l'angle de la perte de travail à prendre en considération, exprimée en pour cent, qu'il convient, le cas échéant, de tenir compte du fait qu'un chômeur ne peut ou ne veut travailler selon une disponibilité comparable à celle qui prévalait durant le rapport de travail qui a été pris en compte pour le calcul de la période de cotisation (cf. Boris Rubin, op. cit., p. 106 n° 9 ad art. 11).

Si, avant de se trouver au chômage, un assuré ayant plusieurs emplois à temps partiel (par exemple deux postes à 50%) en perd un, l'ORP doit l'enregistrer en tant que personne pleinement apte au placement (soit à 100%). L'assuré doit s'efforcer de trouver un emploi à temps complet. Il doit par conséquent être prêt à renoncer à son gain intermédiaire au profit d'une place de travail dont le salaire est jugé convenable. Si, conscient des conséquences juridiques, l'assuré insiste pour limiter sa disponibilité sur le marché du travail, le gain assuré diminue en proportion tandis que le gain intermédiaire demeure pleinement imputable. Cependant, au début de sa période de chômage, l'assuré effectuant un gain intermédiaire est autorisé à concentrer ses recherches sur des places de travail offrant le même taux d'occupation que celui dont il bénéficiait à son ancien poste. Toutefois, après quelques mois, il devrait augmenter ses efforts et viser un taux d'occupation

couvrant celui de ses deux postes à temps partiel additionnés, sous risque de sanctions. Au moment où l'assuré dépose sa demande d'indemnisation auprès de l'ORP, celui-ci l'informe en détail des conséquences qu'il encourt si un tel cas de figure se présente (cf. SECO, Bulletin LACI IC, C C124, et Audit Letter TCIN édition 2014/2 p. 4 et 5).

Ces règles s'appliquent par analogie au cas de la recourante, qui exerce également une activité en gain intermédiaire, au taux de 50%, et souhaite travailler en tout et pour tout à 100%.

Lorsqu'elle s'est réinscrite au chômage après avoir perdu son emploi auprès d'E.\_\_\_\_\_, l'assurée s'est inscrite à 50%, alors que son délai-cadre d'indemnisation avait été ouvert sur la base d'une activité salariée à plein temps. Ce faisant, elle a agi comme si elle réduisait sa disponibilité à l'exercice d'une activité lucrative à 50%. Or, tel n'était pas le cas en réalité, puisque globalement, elle souhaitait toujours travailler à 100%, comme elle l'avait fait jusqu'alors. Le 30 mai 2016, elle a ainsi indiqué qu'elle entendait travailler à 100%, répartis « à 50% pour le compte de l'entreprise H.\_\_\_\_\_ (...) [et à] 50% pour le compte d'un autre employeur ». Le taux d'inscription devant refléter le taux d'occupation total souhaité par le demandeur d'emploi, l'ORP aurait dû porter son taux d'inscription à 100%, ou tout au moins le lui proposer, et lui expliquer de manière circonstanciée les incidences en cas de refus de sa part. Il ne ressort toutefois pas des pièces en mains du Tribunal si tel a été le cas. On ignore en effet si l'assurée a été pleinement renseignée sur les différentes solutions qui s'offraient à elle compte tenu de sa situation particulière, ainsi que sur les conséquences de l'option choisie sur son indemnisation. Il est clair que si le gain intermédiaire avait été appliqué à un gain assuré entier, de 7'164 fr., au lieu de 3'582 fr., l'indemnisation de l'assurée aurait été bien supérieure.

Cette question n'entrant pas dans le cadre de l'objet du présent litige, la Cour de céans ne peut pas l'examiner plus avant. La recourante a toutefois le loisir de s'adresser à l'ORP afin de solliciter une modification rétroactive de son taux d'inscription au chômage. Si

nécessaire, l'autorité compétente rendra une décision formelle. Dans ce contexte, bien que ces entités ne soient pas parties à la procédure, une copie du présent arrêt sera également communiquée pour information à l'ORP I. \_\_\_\_\_ et à la Division juridique des ORP.

**7. a)** En définitive, le recours, mal fondé, doit être rejeté, et la décision sur opposition du 20 octobre 2016 confirmée.

**b)** La procédure étant gratuite, le présent arrêt est rendu sans frais (cf. art. 61 let. a LPGA)

**c)** La recourante n'obtenant pas gain de cause, il n'est pas alloué de dépens (cf. art. 61 let. g LPGA).

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

- I. Le recours est rejeté.
- II. La décision sur opposition rendue le 20 octobre 2016 par la Caisse cantonale de chômage est confirmée.
- III. Il n'est pas perçu de frais ni alloué de dépens.

La juge unique :

La greffière :

**Du**

L'arrêt qui précède est notifié à :

- Me Gautier Lang (pour la recourante),
- Caisse cantonale de chômage,
- Secrétariat d'Etat à l'économie,

par l'envoi de photocopies.

L'arrêt est communiqué pour information à :

- Office régional de placement [...],
- Division juridique des ORP, Instance juridique chômage,

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: