

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 28 juillet 2016

Composition : Mme BERBERAT, présidente
Mmes Thalmann et Röthenbacher, juges
Greffière : Mme Berseth Béboux

Cause pendante entre :

C. _____, à [...], recourant, représenté par Me David Métille, avocat à Lausanne,

et

CAISSE CANTONALE DE CHOMAGE, Division juridique, à Lausanne, intimée.

Art. 24 LACI

E n f a i t :

A. C._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], a travaillé du 1^{er} avril 2006 au 3 juillet 2012 en qualité de « CA Private Clients Individuels » auprès de [...] à [...]. A teneur de l'attestation de l'employeur du 23 juillet 2012, il a perçu un salaire de 118'039 fr. 80 durant l'année 2011, et de 80'500 fr. 75 pour la période du 1^{er} janvier au 3 juillet 2012.

L'assuré s'est inscrit à l'Office régional de placement de [...] (ci-après : l'ORP) le 5 juillet 2012 comme demandeur d'emploi à 100%. Il a sollicité l'octroi d'indemnités de chômage dès le même jour auprès de l'agence de [...] de la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la caisse ou l'intimée), qui lui a ouvert un délai-cadre d'indemnisation du 5 juillet 2012 au 4 juillet 2014.

L'assuré a été engagé dès le 1^{er} octobre 2012 en qualité de courtier en immobilier auprès de Z._____ (ci-après : l'employeur), à [...]. Selon le contrat de travail du 21 septembre 2012, la durée hebdomadaire de travail s'élevait à 45 heures et l'employé était rémunéré exclusivement sur la base de commissions, représentant un pourcentage des commissions encaissées par l'employeur. L'article 3.7 du contrat prévoyait ce qui suit : « Lorsque, à la fin d'un mois, le montant des commissions acquises par l'employé est inférieur à CHF 3'500.- brut, l'employeur lui verse la différence à titre d'avance sur salaire ceci seulement sur un mois, s'il n'y a pas d'affaire en cours. Parties admettent que le montant versé correspond alors à une dette de l'employé à l'égard de l'employeur, qui sera compensée sur la ou les commission(s) due(s) le mois suivant. L'éventuel montant avancé devient quoi qu'il en soit entièrement exigible à la fin des rapports de travail ».

C._____ a perçu une avance sur commissions de 3'500 fr. pour les mois d'octobre à décembre 2012. Selon un avenant au contrat de travail du 4 janvier 2013, il a reçu 2'000 fr. pour les mois de janvier et

février 2013 et de 1'500 fr. de mars à juin 2013. L'employeur lui a ensuite à nouveau versé 3500 fr. dès juillet 2013.

D'octobre 2012 à janvier 2013, la caisse lui a alloué des indemnités compensatoires en tenant compte d'un gain intermédiaire de 3'500 fr. (cf. décomptes d'indemnités des 6 novembre 2012, 5 décembre 2012, 14 décembre 2012 et 31 janvier 2013).

Dans son décompte d'indemnités du 28 février 2013, la caisse a pris en compte un gain intermédiaire de 6'500 fr., en lieu et place de celui de 2'000 fr. annoncé par l'employeur. Par décision du même jour, elle a exigé de l'assuré la restitution d'un montant de 8'408 fr. 40, selon les motifs suivants :

« (...)

Les prestations versées à tort doivent être restituées pour le motif suivant :

Lors du versement de vos indemnités des mois d'octobre 2012 à janvier 2013, nous avons tenu compte de vos gains intermédiaires chez Z. _____ à hauteur de CHF 3'500.00 brut par mois.

Toutefois, nous constatons que votre salaire n'est pas conforme aux usages professionnels et locaux de la branche.

La rémunération conforme pour ce genre d'activité exercée à plein temps, correspond au montant de CHF 6'500.00 brut par mois.

Nous sommes donc dans l'obligation de calculer l'indemnité de chômage à laquelle vous avez droit, en tenant compte d'un salaire conforme de CHF 6'500.- brut par mois.

Au vu des informations précitées et après corrections des paiements des mois d'octobre 2012 à janvier 2013, il subsiste un solde en notre faveur de CHF 8'408.40 après déduction des cotisations légales.

(...) ».

Le 26 mars 2013, l'assuré, par l'intermédiaire de son mandataire l'avocat David Métille, a formé opposition contre la décision précitée. Il a fait valoir qu'en l'absence de convention collective de travail ou de contrat-type de travail, il n'existait pas de salaire minimum à caractère contraignant dans le domaine du courtage immobilier. Ainsi, si le salaire fixé par le Syndicat Unia (sic), pris en référence par la caisse, constituait bien un salaire d'usage dans la branche, il n'était qu'indicatif et ne revêtait aucun caractère contraignant. Se référant aux règles

applicables aux voyageurs de commerce, il a conclu à la prise en considération d'un revenu de 3'500 fr. au titre de gain intermédiaire.

Par décision sur opposition du 15 avril 2013, la Division juridique de la caisse a rejeté l'opposition de l'assuré et a renvoyé la cause à son agence de [...] pour nouveau calcul du montant à restituer. Elle a estimé que le salaire de 3'500 fr. était anormalement bas pour une activité de courtier en immobilier, si bien qu'il se justifiait de calculer le droit à l'indemnité de l'intéressé sur la base d'un salaire fictif, conforme aux usages. Toutefois, les salaires d'usage pris en compte par le calculateur de salaires de l'Union Syndicale Suisse (ci-après : USS) avaient entretemps été adaptés aux statistiques 2010, le salaire moyen d'un courtier immobilier ayant été ramené à 5'850 francs.

Dans une décision rectificative du 22 avril 2013, se fondant sur la décision sur opposition du 15 avril 2013, l'agence de [...] a fixé le montant à restituer à 6'539 fr. 10.

Statuant sur recours dans un arrêt du 11 décembre 2014 (ACH 70/13 - 187/2014), la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal a annulé la décision sur opposition du 15 avril 2013. Le tribunal a retenu que la caisse avait été mise au courant des conditions d'engagement de l'assuré dès, voire même avant, le début de l'activité litigieuse, l'intéressé lui ayant remis son contrat de travail. En prêtant à l'affaire toute l'attention que l'on était en droit d'exiger d'elle, la caisse aurait d'emblée dû rendre l'assuré attentif à la réglementation applicable en cas de gain intermédiaire non conforme aux usages professionnels et locaux. Or, en ne l'informant qu'après cinq mois de travail que le salaire de 3'500 fr. retenu jusqu'alors au titre de gain intermédiaire n'était pas conforme à ces usages et devait être fictivement majoré, la caisse avait failli à son obligation de renseigner (cf. art. 27 LPGa). De ce fait, elle n'était pas autorisée à revoir rétroactivement le montant du gain intermédiaire des mois d'octobre 2012 à février 2013, ni à remettre en cause le bien-fondé des prestations allouées durant ces mois, sur la base d'un gain intermédiaire de 3'500 francs. L'assuré n'était ainsi soumis à aucune

obligation de restituer pour la période d'octobre 2012 à février 2013, sans qu'il ait été nécessaire de se prononcer sur le montant à retenir en tant que salaire conforme aux usages professionnels et locaux d'un courtier immobilier. Non contesté, cet arrêt est entré en force.

B. Par décision du 20 mars 2015, la caisse a fixé à 5'850 fr. le montant à prendre en compte dès le 1^{er} mars 2013 au titre de gain intermédiaire, le revenu de 1'500 fr. effectivement versé en mars 2013 par Z. _____ n'étant pas conforme aux usages professionnels et locaux.

Par acte du 1^{er} avril 2015, complété par une écriture du 27 mai 2015, l'assuré s'est opposé à cette décision. Il a en substance fait valoir qu'il n'existait pas de convention collective de travail ni de contrat-type de travail dans le domaine du courtage immobilier, preuve en était que les statuts et les règles d'éthique de l'USPI-Vaud (Union Suisse des professionnels de l'immobilier) ne prévoyaient rien en terme de salaires minimaux. Même si le Syndicat Unia (sic) avait fixé des salaires d'usage dans la branche, ceux-ci n'étaient qu'indicatifs et ne revêtaient aucun caractère contraignant à l'égard des parties, pas plus qu'à l'égard d'un tribunal. Il en a déduit qu'en l'absence de salaires minimaux à caractère obligatoire prévus par les partenaires sociaux, on ne saurait « prendre en considération des salaires d'usage qui ne sont pas visés par les salaires résultant d'une convention collective de travail ou d'un contrat-type de travail, à l'instar de qui figure à l'art. 16 al. 2 let. a LACI qui renvoie expressément à des salaires négociés et convenus entre partenaires sociaux ». Une action intentée à l'encontre de son employeur tendant au paiement d'un salaire de 5'850 fr. serait manifestement vouée à l'échec, ce salaire n'étant nullement contraignant. Admettant que le salaire de 1'500 fr. versé depuis mars 2013 était trop faible pour être pris en compte, le recourant a conclu que son droit à l'indemnité dès le 1^{er} mars 2013 devait continuer à être calculé en fonction d'un gain intermédiaire fictif de 3'500 fr., cette solution allant selon lui dans le même sens que celle retenue par le Tribunal fédéral dans l'arrêt rendu le 3 avril 2009 (8C_774/2008).

Le 23 juin 2015, Z._____ a licencié l'assuré pour le 31 juillet 2015.

Statuant le 22 octobre 2015, la caisse a rejeté l'opposition formée par l'assuré et a confirmé sa décision du 20 mars 2015. Elle a en substance fait valoir que le montant de 5'850 fr. retenu au titre de gain intermédiaire fictif avait été défini au moyen du calculateur de salaires de l'USS, compte tenu du diplôme acquis par l'assuré, ainsi que de ses années d'expérience et de son âge. Ce calculateur étant fondé sur des données statistiques permettant de fixer un salaire médian pour une activité concernée dans une région déterminée. En l'absence de convention collective ou de contrat-type de travail, il était déterminant pour définir un salaire conforme aux usages professionnels et locaux au sens de la loi sur l'assurance-chômage.

C. Par acte du 20 novembre 2015, toujours par l'entremise de Me Métille, C._____ a recouru auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal contre la décision sur opposition du 22 octobre 2015, dont il conclut, sous suite de frais et dépens, à l'annulation (recte : la réforme), en ce sens qu'il a droit à la poursuite du versement d'indemnités de chômage sur la base d'un gain intermédiaire fictif de 3'500 fr. pour la période courant du 1^{er} mars 2013 au 7 (recte : 4) juillet 2014. Le recourant conclut également à ce qu'il soit dit et déclaré, d'une part, que le revenu perçu de Z._____ revêt un caractère convenable et, d'autre part, qu'il n'est pas tenu de restituer des prestations prétendument allouées à tort par la caisse de chômage. Le recourant a défini les points litigieux en ces termes :

« Le litige porte uniquement sur la question de savoir si c'est à bon droit que la Caisse de chômage a confirmé le fait que l'activité exercée par le recourant auprès de la société Z._____ ne serait pas convenable et qu'il y aurait lieu dans ce cas de prendre en considération un revenu fictif désormais fixé à CHF 5'850.00 correspondant au salaire moyen qui serait prétendument usuel dans la branche, à partir du 1^{er} mars 2013.

Cela revient tout d'abord à déterminer si les conditions de travail fixées par Z._____ répondent ou non à la définition d'une activité convenable au sens de l'art. 16 LACI, au regard des dispositions légales applicables aux « voyageurs de commerce », selon les art. 347ss CO.

Il conviendra en outre de se demander s'il existe une CCT [convention collective de travail], respectivement un CTT [contrat-type de travail], prévoyant un salaire minimum ou moyen à caractère contraignant pour un employeur actif dans le domaine du courtage immobilier dans le canton de Vaud. »

Le recourant réitère les mêmes arguments qu'en opposition, à savoir qu'en l'absence de convention collective ou de contrat-type de travail prévoyant des rémunérations minimales ou standards à caractère obligatoire, et l'USPI-VD n'ayant pas non plus fixé de minimum en matière de salaires, la rémunération d'un courtier peut être fixée librement. Ainsi, même si l'USS a fixé des salaires d'usage dans la branche, ceux-ci ne revêtent aucun caractère impératif. Simple outil indicatif, ils n'ont aucune valeur contraignante devant les tribunaux. L'assuré estime qu'en l'absence de salaires minimaux à caractère obligatoire prévus par les partenaires sociaux, il n'y a pas lieu de prendre en considération des salaires d'usage, lesquels ne sont pas visés par les salaires résultant d'une convention collective de travail ou d'un contrat-type de travail, à l'instar de ce qui figure à l'art. 16 al. 2 let a LACI, qui renvoie expressément à des salaires négociés et convenus entre partenaires sociaux, respectivement à l'art. 24 al. 3 LACI. Il ajoute qu'en décrétant que le salaire moyen d'un courtier en immobilier devait correspondre à celui retenu par l'USS, sans tenir compte de la position de l'USPI-VD, l'intimée a manifestement outrepassé son pouvoir d'appréciation, violant la définition voulue par le législateur en ce qui concerne la notion de salaire convenable au sens des art. 16 al. 2 a et 24 al. 3 LACI. Le recourant soutient à ce propos que la notion de « conformité aux usages professionnels et locaux » ressortant de l'art. 24 al. 3 LACI doit être lue en corrélation avec l'art. 16 al. 2 let a LACI, « à savoir que de tels salaires doivent satisfaire aux exigences prévues par une CCT ou un CTT ». S'il admet que le montant de 1'500 fr. versé par Z._____ dès le mois de mars 2013 est insuffisant pour être pris comme gain intermédiaire, il estime que le montant de 3'500 fr. est conforme aux usages professionnels et locaux, et doit être pris en compte pour le calcul du droit à l'indemnité, cette solution correspondant à celle retenue par le Tribunal fédéral dans la cause 8C_774/2008.

Dans une réponse du 8 janvier 2016, l'intimée a conclu au rejet du recours et au maintien de sa décision sur opposition du 22 octobre 2015, à laquelle elle se réfère.

Par réplique du 1^{er} février 2016 et duplique du 26 février 2016, les parties ont maintenu leurs conclusions.

Le 13 juin 2016, sur requête de la juge en charge de l'instruction de la cause, l'intimée a produit les décomptes d'indemnités et les attestations de gain intermédiaire couvrant la période du 1^{er} mars 2013 au 31 juillet 2014. Ces pièces ont été soumises au recourant, qui n'a pas procédé plus avant.

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 al. 1 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage 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, à savoir celui du lieu où l'assuré se soumet au contrôle obligatoire lorsque la cause concerne l'indemnité de chômage (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'espèce, le recours, interjeté en temps utile et respectant les autres conditions de forme prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), est recevable.

b) La LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 173.36) s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD). La Cour des assurances sociales est compétente pour statuer (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD).

2. a) En tant qu'autorité de recours contre des 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 (cf. ATF 131 V 164, 125 V 413 consid. 2c ; ATF 110 V 48 consid. 4a ; RCC 1985 p. 53).

b) En l'espèce, le litige porte sur le droit du recourant à des indemnités compensatoires au sens de l'art. 24 LACI, durant la période courant du 1^{er} mars 2013 au 4 juillet 2014, date d'échéance de son délai-cadre d'indemnisation. Il s'agit plus particulièrement de déterminer si l'intimée était fondée à calculer le droit à dite indemnité sur la base d'un gain intermédiaire fictif de 5'850 francs.

Il sied de relever que l'intimée n'a pas statué sur le caractère convenable de l'emploi occupé par le recourant auprès de Z._____. Cette question, réglée par l'art. 16 LACI, ne relève d'ailleurs pas de sa compétence, mais de celle de l'autorité cantonale, qui peut la déléguer aux offices régionaux de placement (cf. art. 85 al. 1 let. c et 85b al. 1 LACI). Ainsi, le recourant se méprend lorsqu'il affirme que la question litigieuse consiste à déterminer si les conditions de travail fixées par Z._____ répondent à la définition d'une activité convenable au sens de l'art. 16 LACI (cf. TFA C 266/00 du 21 décembre 2000). Certes, l'art. 16 al. 2 let. a LACI définit le caractère convenable d'un emploi notamment en fonction des conditions salariales, en précisant que n'est pas réputé convenable tout travail qui n'est pas conforme aux usages

professionnels et locaux et, en particulier, ne satisfait pas aux conditions des conventions collectives ou des contrats-type de travail. Un emploi dont la rémunération est conforme aux usages professionnels et locaux n'en est toutefois pas forcément convenable, l'art. 16 al. 2 LACI soumettant le caractère convenable d'un emploi à plusieurs autres conditions (cf. art. 16 al. 2 let. b à i LACI). Ainsi, même si l'art. 16 al. 2 let a LACI fait référence, tout comme l'art. 24 al. 3 LACI, aux usages professionnels et locaux, l'intimée a statué sur la question du montant du gain intermédiaire à prendre en considération au sens de l'art. 24 al. 3 LACI. La conclusion du recourant tendant au constat du caractère convenable de ses conditions de travail auprès de Z._____, au sens de l'art. 16 LACI, sort donc de l'objet du litige, dans le sens où elle excède la problématique tranchée par la décision entreprise. Elle est donc irrecevable.

Tel est également le cas de la conclusion du recourant tendant à ce qu'il soit déclaré qu'il n'est pas tenu de restituer des prestations prétendument allouées à tort. Tout d'abord, tel que cela ressort des décomptes d'indemnités relatifs à la période litigieuse (mars 2013 à juillet 2014) et du courrier du 13 juin 2016 de l'intimée, l'assuré a été d'emblée indemnisé sur la base d'un gain intermédiaire fictif de 5'850 francs. La décision entreprise ne constitue ainsi ni une révision ni une reconsidération au sens de l'art. 53 LPGa, de sorte qu'on ne voit pas que l'assuré soit exposé à une demande de restitution d'indemnités relative à cette période. Ensuite et surtout, la décision attaquée traitant uniquement du montant du gain intermédiaire fictif au sens de l'art. 24 al. 3 LACI, la conclusion du recourant relative à la restitution de prestations sort de l'objet du litige ; elle est donc irrecevable.

3. a) 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^{ère} phrase, LACI).

En tant qu'il ne prévoit une compensation de la perte de gain que sur la base d'un gain intermédiaire conforme aux usages, l'art. 24 al 3 LACI vise à prévenir le dumping salarial (ATF 120 V 515 consid. 4a). Sans l'art. 24 al. 3 LACI, l'employeur et le salarié pourraient être tentés de convenir d'un salaire anormalement bas, dans l'espoir de mettre à charge de l'assurance-chômage le versement complémentaire nécessaire permettant au salarié d'obtenir un revenu suffisant (DTA 1998 p. 179 consid. 2). 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, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Schulthess 2014, p. 269 n° 33 ad art. 24).

b) 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. Les recommandations professionnelles ne reflètent pas forcément l'usage. Il ne s'agit donc que d'éléments d'appréciation. 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 employés rémunérés à la commission gagnent généralement très peu durant les premiers mois de travail (formation, constitution de clientèle). C'est en quelque sorte l'usage dans les professions rémunérées de cette manière. En assurance-chômage, leur gain intermédiaire est toutefois fixé fictivement au moins à 20 fr. de l'heure. Le revenu fictif pris en compte doit en réalité être fixé de manière à ce qu'il soit en rapport avec la prestation et assure ainsi en principe au moins un revenu minimal permettant de vivre économiquement (cf. Boris Rubin op. cit p. 270 n° 36 ad art. 24 et les références, notamment ATF 139 III 214 consid. 5.2).

La réglementation sur la compensation de la différence entre le gain assuré et un gain intermédiaire (art. 24 LACI) est une norme de calcul des indemnités de chômage au sens des art. 8ss LACI (ATF 121 V 339 consid. 2b et 2c). La question de la conformité du salaire fixé contractuellement aux usages professionnels et locaux, au sens de l'art. 24 al. 3 LACI, qui ne se confond pas avec celle du caractère convenable d'un emploi (art. 16 LACI), doit être examinée par la caisse à l'occasion du calcul des indemnités de chômage (art. 81 al. 1 let. a LACI et TF C 266/00 du 21 décembre 2000 consid 4b/aa).

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).

La caisse examine si le salaire est conforme aux usages professionnels et locaux en se fondant sur les prescriptions légales, la statistique des salaires, l'échelle des salaires usuels de l'entreprise ou de la branche, les contrats types ou les conventions collectives de travail. Elle peut le cas échéant se procurer les directives émises par les associations

professionnelles. Une rétribution à la commission ne représente pas un salaire conforme aux usages professionnels et locaux si le revenu de l'assuré n'est pas en rapport avec sa prestation de travail (cf. Bulletin LACI-IC du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), janvier 2013, C134).

4. a) En l'espèce, le recourant a été mis au bénéfice d'un délai-cadre d'indemnisation de deux ans dès le 5 juillet 2012, sur la base d'un gain assuré de 10'325 fr. et d'un taux d'indemnisation de 80%. Inférieure au montant de l'indemnisation à laquelle l'assuré aurait droit, la rémunération mensuelle de 1'500 fr. versée par Z. _____ dès mars 2013, puis de 3'500 fr. dès juillet 2013, constitue un gain intermédiaire au sens de l'art. 24 al. 1 LACI. L'alinéa 3 de cette disposition ne prévoyant une compensation de la perte de gain que sur la base d'un gain intermédiaire conforme aux usages professionnels et locaux, c'est à juste titre que l'intimée a procédé au contrôle du revenu alloué par l'employeur sous cet angle.

b) Par la décision litigieuse, l'intimée a estimé que le montant de 1'500 fr. versé par Z. _____ en mars 2013 était anormalement bas pour l'activité de courtier en immobilier et ne correspondait pas aux usages professionnels et locaux de la branche. Elle a dès lors fixé un gain intermédiaire fictif de 5'850 fr., sur la base duquel elle a calculé le droit à l'indemnité de l'assuré dès le mois de mars 2013.

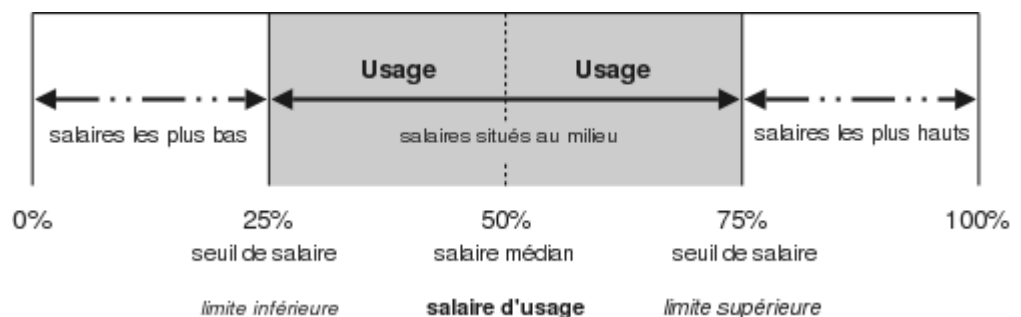
De son côté, le recourant conteste le montant retenu par la caisse au titre de gain intermédiaire. Admettant que son revenu effectif de 1'500 fr. puisse être « problématique », il estime qu'en l'absence de convention collective ou de contrat-type, son droit à l'indemnité doit être calculé sur la base d'un gain intermédiaire de 3'500 fr., ce montant étant selon lui conforme aux usages.

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 courtage immobilier, 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. Pour ce faire, la caisse a recouru aux salaires d'usage fournis par le calculateur de l'Union syndicale suisse, qui définit le salaire d'usage de la manière suivante :

« Sont considérés comme salaires en usage, les salaires qui se situent entre le seuil de 25% et de 75% qui représentent les salaires de 50% des employé(e)s. Cette fourchette exclue donc les 25% des salaires les plus bas ainsi que les 25% des salaires les plus hauts

Mesure utilisée du salaire d'usage (% des salarié(e)s employés dans une branche)



(www.lohn-sgb.ch/schwellen.F.html) »

Sur le principe, le recours au calculateur de l'USS n'est pas critiquable, dans la mesure où cet outil 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. Le recourant l'admet lui-même, puisque dans ses oppositions des 26 mars 2013 et 1^{er} avril 2015, ainsi que dans son acte de recours du 20 novembre 2015, il a indiqué que les salaires fixés par l'USS correspondaient à l'usage dans la branche, son seul grief étant qu'ils n'avaient pas de force impérative. Contrairement à ce qu'il soutient, peu importe que ces salaires n'aient

aucun caractère contraignant, susceptible par exemple de fonder une action en justice contre l'employeur. En application de l'art. 24 al. 3 LACI, il s'agit ici bien de déterminer de quelle manière sont usuellement rémunérés les courtiers immobiliers dans la pratique, cette question étant sans aucun lien avec le caractère impératif d'une telle rétribution. Preuve en est que les salaires fixés par les conventions collectives et les contrats-cadre servent de référence s'agissant de l'usage, même lorsque ces instruments n'ont pas de force obligatoire (par exemple en cas de convention collective de travail non-étendue, cf. consid. 3b supra).

On ne peut suivre le recourant lorsqu'il soutient qu' « il n'y a pas lieu de prendre en considération des salaires d'usage qui ne sont pas visés par les salaires résultant d'une convention collective de travail ou d'un contrat-type de travail, à l'instar de ce qui figure à l'art. 16 al. 2 let. a LACI, qui renvoie expressément à des salaires négociés et convenus entre partenaires sociaux, respectivement à l'art. 24 al. 3 LACI ». C'est en particulier à tort que le recourant affirme que la notion de conformité aux usages professionnels et locaux doit être lue dans le sens que les salaires doivent satisfaire aux exigences prévues par une convention collective ou un contrat-type de travail. Cette interprétation, trop restrictive, conduirait à soustraire du champ d'application des articles 24 al. 3 et 16 al. 2 let. a LACI toutes les activités non-soumises à de tels instruments. Ces deux dispositions légales impliquent au contraire de déterminer dans tous les cas le salaire d'usage pour un certain travail. Si l'art. 16 al. 2 let. a LACI fait effectivement référence aux conventions collectives et aux contrats-type de travail, c'est à titre exemplatif, en tant que moyen, parmi d'autres, de déterminer l'usage (« N'est pas réputé convenable [...] tout travail qui n'est pas conforme aux usages professionnels et locaux et, en particulier, ne satisfait pas aux conditions des conventions collectives ou des contrats-type de travail »). En l'absence de tels outils, l'art. 16 al. 2 let. a LACI ne permet pas pour autant de renoncer à l'exigence d'un salaire conforme aux usages professionnels et locaux ; il impose au contraire, tout comme l'art. 24 al. 3 LACI directement applicable en l'espèce, de déterminer lesdits usages, par tout autre moyen utile, ce que la caisse a fait de manière convaincante.

Le fait que les statuts et les règles d'éthique de l'USPI-VD ne prévoient rien en termes de salaires minimaux ne change rien à ce constat, cette problématique n'étant d'ailleurs nullement l'objet de ces deux documents. Quant à la référence faite par le recourant aux dispositions régissant la rémunération des voyageurs de commerce, elle ne conduit pas à une appréciation différente.

b) S'agissant du montant pris en considération, dans sa décision du 28 janvier 2013, la caisse avait arrêté à 6'500 fr. le salaire usuel d'un courtier immobilier conforme aux usages sur la base du calculateur de l'USS, en prenant en considération les critères suivants :

Branche :	Activités immobilières
Formation :	Apprentissage
Exigence du poste :	Connaissances prof. Spécialisées
Position hiérarchique :	Sans formation de cadre
Domaine d'activité :	Vente
Age :	[...] ans
Ancienneté :	0 année(s)
Horaire :	4,33 semaines à 45 h
Région :	Arc lémanique

Dans sa décision sur opposition du 15 avril 2013, l'intimée avait indiqué qu'en procédant à une nouvelle évaluation en fonction des mêmes critères au moyen du calculateur mis à jour sur la base des statistiques 2010, le salaire usuel d'un courtier immobilier s'élevait dorénavant à 5'850 fr., montant que la caisse a conservé dans la décision entreprise.

Procédant à une évaluation sur la base du calculateur de l'USS, toujours fondé sur les salaires statistiques 2010, la Cour de céans parvient à un salaire d'usage minimum dépassant 6'500 fr. (seuil de salaire 25%, selon schéma supra). Même à supposer que le recourant ne soit pas titulaire d'un CFC, point sur lequel le dossier en mains du tribunal ne renseigne pas, on n'obtiendrait pas un salaire usuel minimal inférieur à

6'000 francs. Une évaluation sur la base du calculateur individuel de salaires « Salarium 2014 » de l'OFS, intégrant des critères plus précis, ne parvient pas à des résultats différents. Enfin, le « salaire mensuel brut (valeur centrale) selon les branches économiques, le niveau de compétence et le sexe » ressortant de l'ESS 2012 s'élève à 6'280 fr. pour un homme, de niveau de compétence 2 (tâches pratiques telles que la vente, les soins, le traitement de données et les tâches administratives, etc..) actif dans le domaine immobilier, compte tenu d'un horaire hebdomadaire de 40 heures, étant rappelé que le recourant travaillait 45 heures. Bien que l'on ne s'explique pas comment l'intimée a obtenu le salaire de référence de 5'850 fr. au moyen du calculateur de l'USS, il n'y a pas lieu de s'en écarter. La caisse bénéficie d'un certain pouvoir d'appréciation dans l'évaluation du caractère conforme aux usages d'un salaire, pouvoir dont l'intimée n'a en l'espèce pas abusé, le salaire retenu étant de surcroît plus favorable au recourant que ceux obtenus par la Cour de céans.

c) C'est en vain que le recourant se fonde sur l'arrêt rendu le 3 avril 2009 par le Tribunal fédéral dans la cause 8C_774/2008. D'une part, ce jugement traite principalement de la question de la violation du devoir de renseigner, la Haute Cour ne se penchant pas sur la question du montant du gain fictif. D'autre part et surtout, le gain fictif retenu par la caisse de chômage, d'environ 3'000 fr. par mois, ne peut être simplement transposé au cas de C._____. L'affaire tranchée par le Tribunal fédéral concernait une femme engagée en 2006 à plein temps comme « wine broker », rémunérée à la commission. La considérant comme une employée occupée au service externe d'une société, la caisse lui avait appliqué un salaire horaire fictif de 20 fr., conformément à un arrêt rendu le 27 octobre 1997 par le Tribunal fédéral (DTA 1998 n° 33 p. 179ss), qui avait fixé le salaire usuel des employés d'un service externe à 20 fr. minimum. Ce salaire horaire de 20 fr. a été fixé il y a 20 ans, sur la base des statistiques établies à l'époque par l'ancien OFIAMT (Office fédéral de l'industrie, des arts et des métiers et du travail) sur la rémunération du service externe. La question pourrait donc se poser de savoir si ce tarif s'impose toujours aujourd'hui. Ce point peut toutefois rester en suspens

dans la mesure où l'évaluation des usages professionnels et locaux doit notamment se faire en fonction de l'activité précise concernée (cf. consid. 3b supra), étant rappelé qu'en 1997 déjà, le salaire-horaire de 20 fr. représentait un minimum. Or, comme le relève à juste titre l'intimée, la rémunération d'un représentant d'objets de consommation courante n'est certainement pas comparable à celle d'un courtier en immobilier, la nature et la valeur marchande des biens commercialisés étant très différente. Cet arrêt du Tribunal fédéral ne permet pas de s'écarter des salaires usuels tels que définis au moyen des valeurs statistiques examinées ci-dessus (cf. consid. 5b supra) et ne saurait fonder la prise en considération d'un gain intermédiaire de 3'500 fr. pour un courtier en immobilier de 46 ans oeuvrant dans la région lémanique, même dénué d'expérience dans le domaine.

d) Il n'existe en définitive aucun motif justifiant de revenir sur le montant de 5'850 fr. retenu par l'intimée au titre de gain intermédiaire pour la période courant du 1^{er} mars 2013 au 4 juillet 2014, celui-ci étant conforme aux usages professionnels et locaux pour l'activité de courtier immobilier. Finalement, la prise en considération d'un gain intermédiaire fictif lorsque le gain intermédiaire effectivement réalisé par l'assuré n'est pas conforme aux usages a pour but d'éviter que l'assurance-chômage ne finance, indirectement, une entreprise qui engagerait un travailleur pour une rémunération non conforme à l'usage.

6. En conclusion, le recours doit être rejeté, en tant qu'il est recevable, et la décision sur opposition entreprise confirmée.

Il n'y a pas lieu de percevoir des frais de justice, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer de dépens, dès lors que le recourant n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA).

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

- I. Le recours est rejeté en tant qu'il est recevable.

- II. La décision sur opposition rendue le 22 octobre 2015 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est confirmée.

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

La présidente :

La greffière :

Du

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

- Me David Métille (pour le recourant), à Lausanne,
- Caisse cantonale de chômage, Division juridique, à Lausanne,
- Secrétariat d'Etat à l'économie, à Berne,

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 :