

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 8 juin 2009

---

Présidence de     Mme     DI FERRO DEMIERRE  
Juges     :     MM. Jomini et Abrecht  
Greffier   :     M.    Addor

\* \* \* \* \*

Cause pendante entre :

**B.** \_\_\_\_\_, à Chailly-Montreux, recourante, représentée par Me Daniel Dumusc, à Territet,

et

**CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE**, Division technique et juridique (ci-après : la caisse), à Lausanne, intimée.

---

**Art. 24 al. 1 LACI et 12 al. 2 OPGA**

**E n f a i t :**

**A.** B.\_\_\_\_\_, a travaillé sur appel en qualité de chauffeur de taxi pour l'entreprise R.\_\_\_\_\_, à [...] du 1<sup>er</sup> octobre 1996 au 28 février 2005. Elle a également travaillé comme employée de maison auprès de la Fondation K.\_\_\_\_\_ du 11 mars 2004 à fin octobre 2005, à un taux d'activité de 15 % en moyenne. En plus de ces deux activités, elle a exercé, à temps partiel, celle de chauffeur de taxi indépendant sous la raison individuelle «Taxi Chailly [...]».

**B.** B.\_\_\_\_\_ a obtenu d'être mise au bénéfice des prestations de l'assurance-chômage dès le 1<sup>er</sup> mars 2005. Elle s'est déclarée en mesure d'accepter un emploi à raison de 80 % d'une activité à plein temps, le solde restant consacré à son emploi à la Fondation K.\_\_\_\_\_ et à son activité indépendante.

**C.** En date du 28 juin 2005, B.\_\_\_\_\_ a contesté les décomptes de la caisse. Elle estime que son activité d'indépendante ne devrait pas être prise en compte comme gain intermédiaire et conteste également le gain assuré. Elle précise avoir déposé une requête au Tribunal des Prud'hommes de l'arrondissement de l'Est vaudois, revendiquant le paiement de son salaire durant un mois, dès le 12 octobre 2004, en raison d'un empêchement de travailler suite à une maladie. Il ressort du jugement du Tribunal des Prud'hommes de l'arrondissement de l'Est vaudois du 16 septembre 2005 que l'assurée, ayant revendiqué des vacances du 8 au 24 octobre 2004, a en réalité subi une intervention chirurgicale. Le Tribunal a donc calculé le montant du salaire dû de septembre à décembre 2004 sur la base d'un salaire mensuel moyen.

Par décision du 3 avril 2006, la caisse a arrêté son gain assuré à 2'567 francs. Par une seconde décision rendue le même jour, la caisse a décidé de prendre en compte, en tant que gain intermédiaire, tout montant dépassant 1'475 fr., ceci uniquement sur l'activité indépendante de l'assurée, en application de l'art. 24 al. 1 LACI et en référence à la

circulaire relative aux indemnités de chômage du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO, circulaire IC, chiffres marginaux C93 à 95 et C7 à 9).

Par décision rectificative datée du 11 mai 2006, la caisse a annulé la décision du 3 avril 2006 relative au gain assuré et a déclaré que ce dernier s'élevait à 2'975 fr., en tenant compte du salaire supplémentaire versé par l'entreprise R.\_\_\_\_\_, en application du jugement du Tribunal des Prud'hommes de l'arrondissement de l'Est vaudois.

Par acte du 19 mai 2006, l'assurée, par le biais de son mandataire, a contesté les deux décisions de la caisse. En substance, elle conteste la prise en compte mensuelle, en gain intermédiaire, de tout revenu d'indépendant supérieur à 1'475 fr., en raison du fait que ce montant est tout d'abord une moyenne variant en réalité chaque mois, et, qu'en outre, le revenu d'indépendante s'est élevé en 2005 à 16'331 fr. 20, soit un montant légèrement inférieur à celui pris en compte par la caisse. Finalement, elle estime que les indemnités de vacances perçues dans le cadre de son activité à la Fondation K.\_\_\_\_\_ doivent être prises en compte dans le calcul de son gain assuré, ce qui a pour effet de l'augmenter.

**D.** Par décision sur opposition du 1<sup>er</sup> novembre 2006, la caisse a estimé qu'il n'y avait pas lieu de prendre en compte l'extension de l'activité indépendante comme un gain intermédiaire, mais que celle-ci avait pour effet de réduire la perte de travail à prendre en considération à 56,35 % en raison de son caractère durable notamment. L'autorité d'opposition a également constaté que les indemnités de vacances perçues pour son activité à la Fondation K.\_\_\_\_\_ devaient être prises en compte dans le calcul du gain assuré, qui s'élevait de ce fait à 3'033 fr. 20 au lieu de 2'975 fr. Les décisions litigieuses ont ainsi été annulées et l'opposition partiellement admise.

Par acte du 5 décembre 2006, l'assurée a recouru devant le Tribunal administratif (TA, dès le 1<sup>er</sup> janvier 2008 : la cour de droit

administratif et public du Tribunal cantonal) contre la décision sur opposition du 1<sup>er</sup> novembre 2006. Elle a conclu à sa réforme, en ce sens que la somme de 12'320 fr. 55, déduite à tort du montant de ses indemnités au titre de gain intermédiaire, devait lui être remboursée, subsidiairement à son annulation en ce qui concerne le gain intermédiaire. La caisse a conclu au rejet du pourvoi par réponse du 4 janvier 2007.

**E.** Dans son arrêt du 9 août 2007 (PS.2006.0264) entré en force, le TA a jugé que l'autorité d'opposition avait "omis d'avertir préalablement la recourante de son intention de réformer les décisions des 3 avril et 11 mai 2006 à son détriment et ne lui a pas non plus offert la possibilité de retirer son opposition, en violation de l'art. 12 OPGA", ceci concernant la modification de la perte de travail uniquement. De ce fait, la décision litigieuse a été annulée et la cause renvoyée à l'autorité intimée afin qu'elle procède de manière conforme au droit d'être entendu. Le TA retient en substance ce qui suit :

- la caisse ayant fait droit aux revendications de la recourante, s'agissant de l'augmentation du gain assuré et du refus de considérer les revenus de l'activité indépendante de chauffeur de taxi comme un gain intermédiaire, la recourante se borne désormais à contester la modification de la perte de travail à prendre en considération au 1<sup>er</sup> mars 2005, initialement fixée à 80 % d'une activité à plein temps et réduite à 56,35 % pour tenir compte du temps qu'elle aurait effectivement consacré à une activité indépendante permanente, en l'occurrence estimée à 43,65 %.

- en substance, le TA reproche à la caisse d'avoir adopté, en modifiant le taux de la perte de travail à prendre en considération, une autre méthode de calcul de l'indemnité de chômage que celle retenue par l'autorité de décision, fondée sur le gain intermédiaire, sans lui avoir donné l'occasion de se déterminer à ce sujet, ce qui constitue une violation du droit d'être entendu.

Par courrier du 30 novembre 2007, la caisse a demandé à l'assurée de confirmer si elle désirait maintenir ou retirer son opposition à

l'encontre des décisions des 3 avril et 11 mai 2006. Il ressort du courrier notamment ce qui suit :

«Ainsi que nous vous l'avons déjà exposé dans notre décision sur opposition du 1<sup>er</sup> novembre 2006, l'activité indépendante de Mme B. \_\_\_\_\_ étant permanente, il n'y a pas lieu de prendre en compte son éventuelle extension comme un gain intermédiaire. Cette prise de position est conforme à votre demande, telle qu'elle ressort de l'opposition du 19 mai 2006 et du recours déposé devant le TA. Toutefois, la prise en compte d'une activité indépendante permanente a pour effet de réduire la perte de travail à prendre en considération en proportion du temps nécessaire pour s'occuper de son affaire, si l'assurée modifie le temps affecté à son activité indépendante permanente de façon durable, ceci en application des Directives du Secrétariat d'Etat à l'économie et d'un arrêt du TFA du 13 juin 2000. En l'occurrence, il appert que Mme B. \_\_\_\_\_ a effectivement étendu son activité indépendante, puisque dès le mois de mars 2005, elle déclare à l'assurance-chômage avoir effectué 92.5 heures au total pour ce mois correspondant à un taux d'activité de 43.65 %, alors qu'elle exerçait cette même activité indépendante à 20 % avant d'être au chômage. En outre, cette extension a revêtu un caractère durable puisque Mme B. \_\_\_\_\_ a continué à exercer cette activité à un taux supérieur à 20 % durant les mois suivants. De ce fait, il y a lieu de réduire la perte de travail à prendre en considération en proportion du temps consacré à son activité indépendante. Néanmoins, afin de rétablir le droit de Mme B. \_\_\_\_\_ à être informée et à retirer son opposition, nous vous laissons maintenant la possibilité de retirer son opposition du 19 mai 2006, ce qui aura pour effet de rendre les décisions du 3 avril et du 11 mai définitives et exécutoires».

Par courrier du 6 mai 2008, le conseil de la recourante a notamment relevé ce qui suit :

«La décision de la Caisse cantonale de chômage du 3 avril 2006 a considéré comme gain intermédiaire tout revenu de l'activité indépendante de Mme B. \_\_\_\_\_ durant la période d'indemnisation supérieur au revenu de Fr. 17'707.- réalisé en 2004 grâce à cette activité. L'opposition du 19 mai 2006 a accepté cette décision, de telle sorte que l'autorité d'opposition de première instance n'avait pas et n'a toujours pas à modifier sa décision sur ce point (...))», raison pour laquelle la recourante confirme que la caisse lui doit le remboursement de 12'320.50 fr. à titre de gain intermédiaire.

Le 15 mai 2008, la caisse a répondu ce qui suit :

«Il ressort de cette correspondance que vous ne contestez ni le montant du gain assuré de CHF 3'033.20 ni le fait que la caisse renonce à toute déduction au titre de gain intermédiaire, conformément à notre décision sur opposition du 1<sup>er</sup> novembre 2006. L'objet du litige demeure en revanche la prise en compte de

l'augmentation du taux consacré à l'activité indépendante, entraînant une diminution de la perte de travail prise en compte. Cette contestation rejoint le contenu de notre courrier du 30 novembre 2007, lequel, en application de l'arrêt du Tribunal administratif du 9 août 2007 qui avait constaté une violation du droit d'être entendu au sens de l'art. 12 OPGA, vous invitait à nous indiquer si vous désiriez maintenir ou retirer votre opposition du 19 mai 2006, aux conditions décrites dans ledit courrier».

Le 19 mai 2008, le conseil de la recourante a précisé ce qui suit :

«La demande à la caisse de chômage de renoncer à toute déduction au titre de gain intermédiaire, en pages 4 et 6 de mon courrier du 6 ct, doit être comprise comme une demande de renoncer à toute déduction au titre de gain intermédiaire sur les indemnités journalières du 1<sup>er</sup> mars 2005 au 31 mai 2006, comme exprimé en page 7 du même courrier, en raison du fait que le gain intermédiaire obtenu pendant la période de chômage par la poursuite de l'activité indépendante a été inférieur à celui obtenu par cette même activité dans l'année ayant précédé la période de chômage.

Ainsi ma cliente s'oppose à ce que l'on substitue après coup au raisonnement fondé sur l'évolution du gain intermédiaire un raisonnement fondé sur l'augmentation du temps consacré à l'activité indépendante poursuivie pendant la période de chômage, qui n'a pas procuré de gain supplémentaire en raison de l'impossibilité d'utiliser les places de stationnement pour taxis du domaine public pour un titulaire d'une autorisation de type B. C'est pourquoi ma cliente demande le remboursement des retenues effectuées sur les indemnités journalières. [...]

Il y aura, en outre, lieu de verser à Mme B. \_\_\_\_\_ le supplément résultant de la prise en compte d'un revenu mensuel de Fr. 3'033,20 en lieu et place du revenu mensuel de Fr. 2'975.- pris en considération dans les décomptes établis à partir du 17 mai 2006 pour toute la période de chômage».

**F.** Par décision sur opposition du 28 mai 2008, la caisse a admis partiellement l'opposition de la recourante, en ce sens que le gain assuré est de 3'033 fr. 20 et que l'activité indépendante n'est pas prise en compte comme un gain intermédiaire. Elle a toutefois tenu compte d'une réduction de la perte de travail suite à l'extension de l'activité indépendante. Elle a en outre constaté qu'il y avait lieu de modifier à l'avantage de l'assurée la perte de gain subie par celle-ci, qui était à partir de mars 2005 de 62,06 % et non de 56,35 %. Les décisions litigieuses ont ainsi été annulées.

**G.** Le 24 juin 2008, la recourante, par l'intermédiaire de son conseil, a recouru contre la décision précitée en concluant, en substance, à sa réforme, en ce sens que la méthode fondée sur l'augmentation du temps consacré à l'activité indépendante pendant la période de chômage n'est pas appliquée, qu'aucune déduction n'est effectuée au titre de gain intermédiaire dans les décomptes mensuels de mars 2005 à mai 2006, de telle sorte que la caisse de chômage doit à la recourante, au titre d'indemnités journalières de chômage, pour la période du 1<sup>er</sup> mars 2005 au 31 mai 2006, en complément aux indemnités déjà versées, le montant brut de 12'320 fr. 50, ainsi que la revalorisation non contestée consécutive à la fixation du gain mensuel assuré à 3'033 fr. 20, avec intérêt à 5 % sur la totalité de la somme, à partir de la date moyenne du 15 octobre 2005. Subsidiairement, la décision prise sur opposition par la caisse, le 28 mai 2008, est annulée, sauf s'agissant du gain mensuel assuré, qui reste de 3'033 fr. 20.

Dans sa réponse du 26 août 2008, la caisse a rappelé que, conformément au jugement du TA du 9 août 2007, elle avait donné la possibilité à la recourante, par courrier du 30 novembre 2007, de se prononcer sur son intention de réformer à son détriment, les décisions des 3 avril et 11 mai 2005 (*recte* : 2006). La caisse relève en substance ce qui suit :

«Madame B. \_\_\_\_\_, par le biais de son conseil, nous ayant informé en date du 19 mai 2008 qu'elle maintenait son opposition, nous avons rendu une nouvelle décision sur opposition en date du 28 mai 2008 admettant la contestation de Madame B. \_\_\_\_\_ concernant le calcul du gain assuré et la prise en compte de son activité indépendante, mais tenant compte d'une réduction de la perte de travail suite à l'extension de l'activité indépendante».

Par réplique du 18 septembre 2008, la recourante a indiqué que le TA avait annulé la décision litigieuse pour violation du droit d'être entendu et n'avait donc pas traité ses critiques contre la nouvelle méthode appliquée par la caisse de chômage. Elle soutient que, dans sa nouvelle décision, la caisse n'a pas traité ses critiques pour se borner à réaffirmer l'application des directives litigieuses. En ne les traitant pas, ne serait-ce que succinctement, elle a commis une nouvelle violation du droit

d'être entendu, consistant en une absence de motivation. Ces critiques étaient notamment formulées dans les courriers des 6 et 19 mai 2008.

Par duplique du 3 octobre 2008, la caisse a renvoyé aux motivations contenues dans sa décision sur opposition du 28 mai 2008 les jugeant suffisantes au regard du droit d'être entendu, invoqué par le conseil de l'assurée dans sa réplique.

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

**1.** Le recours a été déposé en temps utile (art. 60 al. 1 LPGA [loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1] et art. 77 LPA-VD [loi cantonale du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36]) et selon les formes prescrites par la loi (cf. art. 61 let. b LPGA et 79 LPA-VD). La juridiction de céans est compétente pour traiter cette affaire, en vertu des dispositions transitoires de la LPA-VD (cf. notamment art. 117 al. 1 LPA-VD).

**2.** L'élément de la décision litigieuse consistant à porter le gain mensuel assuré à 3'033 fr. 20 est admis. La décision du 3 avril 2006 a considéré comme gain intermédiaire tout revenu de l'activité indépendante de la recourante durant la période d'indemnisation supérieur au revenu de 17'707 fr. réalisé en 2004 grâce à cette activité. La recourante soutient qu'elle n'a jamais contesté que tout revenu d'indépendante, réalisé pendant la période de chômage, supérieur au revenu moyen que son travail indépendant lui procurait avant d'être au chômage, devait être considéré comme un gain intermédiaire. Elle en avait accepté le principe, affirmant seulement que, son revenu annuel d'indépendante étant de 17'707 fr., il fallait arrondir à 1'476 fr. et non à 1'475 fr. le revenu mensuel moyen de 1'475 fr. 58, tout en demandant une "calculation" sur l'année et non sur le revenu mensuel fictif. En définitive, elle demandait à la caisse de renoncer à toute déduction au titre de gain intermédiaire sur les indemnités journalières du 1<sup>er</sup> mars 2005 au 31 mai 2006. Dans un second moyen, la recourante soutient que la nouvelle

méthode de calcul préconisée par la caisse est contraire à la loi, en tout cas dans son cas, puisque le but du législateur est le versement d'une part de 80 % du revenu perdu en raison du chômage. Un raisonnement à partir de l'évolution du temps consacré à l'activité indépendante, présenté dans un deuxième temps pour pouvoir rejeter l'opposition, doit être écarté chaque fois que son résultat est contraire à la loi, comme c'est le cas en l'espèce, puisque le salaire perdu n'a été indemnisé qu'à 33 %, alors que le revenu d'indépendante a légèrement baissé. En conclusion, la recourante fait valoir que la caisse doit rendre une nouvelle décision tenant compte d'un salaire assuré de 3'033 fr. 20 par mois, conformément à la décision du 1<sup>er</sup> novembre 2006, renonçant à toute déduction au titre de gain intermédiaire, ainsi qu'à tout raisonnement fondé sur l'augmentation du temps consacré à l'activité indépendante.

**3.** Lorsque l'assureur envisage de modifier une décision au détriment d'une partie, elle doit l'en informer préalablement, lui indiquer les raisons qui peuvent justifier une aggravation et lui impartir un délai pour s'exprimer (art. 12 OPGA [ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.11]). Cet avertissement doit permettre à l'assuré de retirer son opposition. Si une autorité constate un fondement irrégulier de l'une de ses décisions, elle peut y substituer une autre base valable; il s'agit d'un cas de substitution de motifs. Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101), comprend notamment le droit pour les parties de participer à la procédure et d'influer sur le processus conduisant à la prise de décision. Il a pour corollaire que l'autorité, avant de rendre une décision touchant la situation juridique d'une partie, doit en informer cette dernière et lui donner l'occasion de s'exprimer préalablement sur le sujet (ATF 126 V 130 consid. 2b p. 132). Le Tribunal fédéral a précisé que le droit d'être entendu doit notamment être reconnu et respecté lorsque l'administration ou le juge envisagent de fonder leur décision sur une norme ou un motif juridique non évoqué dans la procédure antérieure et dont aucune des parties en présence ne s'est prévaluée et ne pouvait supputer la pertinence

dans le cas particulier (ATF 128 V 272 consid. 5b/bb p. 278 et les références).

Dans son arrêt du 9 août 2007, le TA a constaté que la caisse avait fait droit dans sa décision sur opposition du 1<sup>er</sup> novembre 2006 aux revendications de la recourante s'agissant de l'augmentation du gain assuré et du refus de considérer les revenus de l'activité indépendante de chauffeur de taxi comme un gain intermédiaire. La caisse n'est jamais revenue sur ces questions dans la suite de la procédure, qui ne sont par ailleurs pas litigieuses. Ainsi, la caisse ne saurait être condamnée au versement d'intérêts sur ces prestations. En effet, des intérêts moratoires sont dus pour toute créance de prestations d'assurances sociales à l'échéance d'un délai de 24 mois à compter de la naissance du droit (en l'espèce : mars 2005), mais au plus tôt douze mois à partir du moment où l'assuré fait valoir ce droit, pour autant qu'il se soit entièrement conformé à l'obligation de collaborer qui lui incombe (art. 26 al. 2 LPGA). Or, en l'espèce, la recourante n'a réclamé des intérêts pour la première fois que dans son recours du mois de juin 2008.

Le TA a jugé que la modification de la perte de travail à prendre en considération au 1<sup>er</sup> mars 2005, initialement fixée à 80 % d'une activité à plein temps et réduite à 56,35 % pour tenir compte du temps qu'elle aurait effectivement consacré à une activité indépendante permanente, en l'occurrence estimé à 43,65 %, constituait une reformatio in pejus. Le tribunal relevait que l'autorité intimée avait omis d'avertir préalablement la recourante de son intention de réformer les décisions des 3 avril et 11 mai 2006 à son détriment et ne lui avait pas offert la possibilité de retirer son opposition.

Dans le présent recours, la recourante se plaint toujours d'une violation de son droit d'être entendue, en ce sens que l'autorité administrative ne lui aurait pas donné l'occasion de se prononcer sur la substitution de motifs à laquelle elle envisageait de procéder. En effet, elle reproche à l'autorité intimée d'avoir adopté, en modifiant le taux de la perte de travail à prendre en considération, une autre méthode de calcul

de l'indemnité de chômage que celle retenue par l'autorité de décision, fondée sur le gain intermédiaire, sans lui avoir donné l'occasion de se déterminer à ce sujet. La recourante soutient que, dans son opposition du 19 mai 2006, elle a accepté la décision du 3 avril 2006, qui considérait comme gain intermédiaire tout revenu de l'activité indépendante durant la période d'indemnisation supérieur au revenu de 17'707 fr., de telle sorte que l'autorité d'opposition n'avait pas et n'a toujours pas à modifier sa décision sur ce point. Il faut toutefois constater que la recourante a contesté la décision du 3 avril 2006, dès lors qu'elle a reproché à la caisse d'avoir fait un calcul mensuel du gain intermédiaire et conclut à ce qu'aucune déduction ne soit effectuée à titre de gain intermédiaire. La caisse a dans sa décision sur opposition du 1<sup>er</sup> novembre 2006 accepté de ne prendre en compte aucun revenu à titre de gain intermédiaire et a substitué un raisonnement fondé sur l'augmentation du temps consacré à l'activité indépendante à une motivation fondée sur le gain intermédiaire. Cette nouvelle motivation s'est faite au détriment de la recourante et sans que celle-ci ait été interpellée ou ait pu se déterminer sur cette substitution de motifs, de sorte que son droit d'être entendue a été violé et la cause renvoyée à l'administration par le TA. Par écrit du 30 novembre 2007, la caisse a exposé à nouveau son mode de calcul basé sur la réduction de la perte de travail suite à l'extension de l'activité indépendante et a donné à la recourante la possibilité de retirer son opposition au vu de son intention de réformer à son détriment les décisions des 3 avril et 11 mai 2006. Ainsi, force est de constater que la caisse a permis à la recourante de se déterminer sur ces questions et de faire valoir ses arguments. Elle lui a également donné la possibilité de retirer son opposition, de sorte qu'il n'existe pas de violation du droit d'être entendu de la recourante.

Il reste à examiner si la méthode utilisée par la caisse est correcte.

**4. a)** Est réputé gain intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle (art. 24 al. 1 LACI première phrase, [loi fédérale du 25 juin 1982

sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.0]). Lorsque l'assuré réalise un revenu inférieur à son indemnité de chômage, il a droit à des indemnités compensatoires (art. 41a al. 1 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.02]). Le taux d'indemnisation de la perte de gain est déterminé selon l'art. 22 LACI (art. 24 al. 1 LACI, troisième phrase). Les critères d'appréciation de l'aptitude au placement diffèrent suivant qu'une personne au chômage réalise un gain intermédiaire par le biais d'une activité dépendante ou indépendante. Lorsque l'activité indépendante est durable, les revenus réalisés dans ce cadre échappent au champ d'application de l'art. 24 LACI et ne sont dès lors pas comptés comme gain intermédiaire (Rubin, Assurance-chômage, 2<sup>e</sup> éd., Zurich-Bâle-Genève 2006, p. 217).

Selon la circulaire du SECO (édition 2003, C86), l'activité à temps partiel que l'assuré, partiellement au chômage, continue d'exercer est également réputée gain intermédiaire. En conséquence, le gain assuré est calculé sur la totalité du revenu que l'assuré réalisait avant de tomber partiellement au chômage. Par contre, pour l'assuré qui exerce une activité indépendante et perd l'activité salariée à temps partiel qu'il exerçait en parallèle, le gain assuré n'est basé que sur le gain retiré de l'activité salariée perdue. Pendant le chômage, seul le gain supplémentaire résultant de l'extension de l'activité indépendante doit être pris en compte en gain intermédiaire. Le SECO a toutefois précisé que seules les activités indépendantes à caractère transitoire, temporaires et ne nécessitant que peu d'investissement entrent en ligne de compte comme gain intermédiaire (IC 2003, B 168 ss). A contrario, une activité indépendante à caractère permanent ne peut être reconnue comme gain intermédiaire pendant le chômage. En effet, en ce qui concerne l'éventualité d'une activité indépendante à caractère durable, les règles sur le gain intermédiaire ne s'appliquent pas aux revenus tirés de l'activité indépendante d'un assuré, lorsqu'il décide de continuer à exercer une activité indépendante, tout en demeurant apte au placement dans les limites de la disponibilité qu'il fait valoir. Il s'agit ici d'une exception au principe qui veut que durant le chômage et tant qu'un droit à l'indemnité

est ouvert, tout gain retiré d'une activité, que celle-ci soit dépendante ou indépendante, constitue un gain intermédiaire (art. 24 al. 1 LACI). Le but de l'assurance-chômage n'est donc pas de fournir une aide en capital à la création d'entreprises ou de servir de transition lorsqu'un assuré passe d'une activité salariée à une activité indépendante, ou encore de couvrir de quelconques risques d'entreprise (Rubin, op. cit., pp. 224-225; TFA C 88/02 du 17 décembre 2002; DTA 1993/1994 p. 217 consid. 3b).

Ainsi, il n'y a pas lieu de prendre en compte l'extension de l'activité indépendante de l'assurée comme un gain intermédiaire, puisqu'il apparaît que cette activité a un caractère permanent, ce qui est du reste admis par l'assurée.

**b)** S'agissant de l'extension d'une activité indépendante à caractère durable, la circulaire du SECO (édition de janvier 2007 qui reprend les principes exposés dans le Bulletin MT/AC 2004/03 fiche 7, complété par 011 – Bulletin LACI 2006/1) a la teneur suivante :

«**B243** Si l'assuré modifie, pendant son chômage, l'étendue de l'activité indépendante à caractère durable qu'il exerçait déjà avant de tomber au chômage ou qu'il a prise pendant son chômage, il y a lieu d'adapter la perte de travail à prendre en considération. Les revenus réalisés et leurs fluctuations n'ont aucun impact sur le montant de l'indemnité de chômage.

**B244** Les cas où l'extension de l'activité indépendante durable a un caractère temporaire et éventuellement de surcroît fluctuant posent un véritable problème pour l'assurance-chômage. L'autorisation d'étendre cette activité peut paraître justifiée, mais, au regard de l'obligation de diminuer le dommage prévue à l'art. 17 LACI, cette extension n'en est pas moins en contradiction avec l'essence même de l'assurance-chômage qui est une assurance destinée aux salariés. Le but de l'assurance-chômage n'est en effet pas de couvrir des risques d'entreprises comme les fluctuations du carnet de commandes et leurs répercussions sur le taux d'occupation.

**B245** L'assuré ne peut étendre son activité indépendante à caractère durable que

- s'il le fait une seule fois;
- si cette activité a un caractère durable et est exercée à horaire fixe; et
- si elle met au moins en partie durablement fin à son chômage et réduit ainsi la perte de travail à prendre en considération.

L'extension temporaire, pendant le chômage, d'une activité indépendante à caractère durable n'est pas admise comme il n'est pas non plus admis, si les affaires marchent mal, que l'assuré

réduise le volume d'activité indépendante qu'il avait augmenté avant son chômage. S'il le réduit en partie, sa perte de travail à prendre en considération et par conséquent son indemnité de chômage n'augmenteront pas pour autant. Ce n'est qu'une fois que son activité indépendante aura retrouvé son volume initial (l'extension de son activité indépendante a été un échec) qu'une perte de travail plus importante sera prise en considération avec pour conséquence une augmentation du montant de l'indemnité.

#### Exemple

Un assuré exerce une activité indépendante à raison de 40% et une activité salariée à raison de 60%. Comme il a perdu son emploi, il veut étendre durablement son activité indépendante à 70%. Sa perte de travail sera alors, dans le meilleur des cas, de 30%.

Au bout de trois mois, il constate qu'il n'a pas suffisamment de commandes et souhaite réduire son activité indépendante. Une réduction partielle, par ex. à 60%, n'est pas admise et l'assuré aura toujours une perte de travail de 30%. Par contre, s'il réduit son activité indépendante à son volume initial, soit à 40%, il sera de nouveau indemnisé sur la base d'une perte de travail de 60%. Il ne pourra plus étendre une nouvelle fois son activité indépendante par la suite. En d'autres termes, toute nouvelle augmentation du volume d'activité indépendante entraînerait une exclusion du droit aux prestations au motif que la perte de travail n'est pas contrôlable».

En l'espèce, l'assurée a déclaré que son activité indépendante correspondait à un taux d'activité de 20 %, soit en moyenne 10,6 heures par semaine, avant le début de son délai-cadre d'indemnisation. Toutefois, dès le mois de mars 2005, il apparaît que la recourante a étendu son activité indépendante, puisqu'elle déclare avoir effectué 92,5 heures au total. Déclarant qu'une activité à plein temps totalise 53 heures par semaine, elle a donc travaillé à 37,94 % durant ce mois. Il apparaît en outre que cette extension n'est pas temporaire, puisqu'elle a ensuite travaillé notamment 60 heures au mois d'avril 2005, 98 heures au mois de mai 2005, 118 heures au mois de juin 2005. L'extension n'étant possible qu'une fois, il y a donc lieu de déclarer son activité indépendante à 37,94 %. Sa perte de travail ne s'élève donc plus qu'à 62,06 % (Mars 2005 : 92.5 heures travaillées / 23 jours x 5 [jours de la semaine] = 20 heures 07 par semaine. Sachant que 53 heures par semaine correspondent à un temps plein, le taux d'activité est de 37,94 %, et sa perte de travail de 62,06 %).

La perte de gain de l'assurée est ainsi de 62,06 % à partir de mars 2005, soit le premier mois où elle a étendu son activité indépendante. Son gain assuré est maintenu à 3'033 fr. 20 au lieu de

2'975 fr. et l'activité indépendante n'est pas prise en compte comme un gain intermédiaire, conformément à la décision sur opposition du 1<sup>er</sup> novembre 2006 et à l'arrêt du TA du 9 août 2007.

**5.** Les considérants qui précèdent conduisent par conséquent la cour de céans à rejeter le recours et à confirmer la décision attaquée.

**6.** Le présent arrêt est rendu sans frais, ni allocation de dépens (art. 61 let. a et g LPGA et 91 LPA-VD).

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

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision attaquée est confirmée.
- III.** Il n'est pas perçu de frais de justice, ni alloué de dépens.

La présidente :

Le greffier :

**Du**

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

- Me Daniel Dumusc (pour B. \_\_\_\_\_)
- Caisse cantonale de chômage, Division technique et 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).

Le greffier :