

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 28 août 2018

---

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

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

**I.** \_\_\_\_\_, à [...], recourant, représenté par Protekta, Assurance de protection juridique SA, à Lausanne,

et

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

---

**Art. 24 LACI**

**E n f a i t :**

**A. a)** I. \_\_\_\_\_ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en 1960, au bénéfice d'un master en « Management Sciences, finance major », s'est inscrit comme demandeur d'emploi auprès de l'Office régional de placement de [...] (ci-après : l'ORP) le 17 janvier 2014, après avoir travaillé dans une banque en qualité de « Wealth Management Advisor ». Un délai-cadre d'indemnisation lui a été ouvert du 9 avril 2014 au 8 avril 2016.

Il ressort du procès-verbal d'entretien de conseil à l'ORP du 16 juillet 2014, que l'assuré avait la possibilité d'effectuer un emploi en gain intermédiaire en qualité de gérant de fortune auprès de la société S. \_\_\_\_\_ SA (ci-après : l'employeur). Le salaire s'élevait à 4'000 fr. par mois. Le conseiller ORP de l'assuré a demandé à ce dernier de faire valider son contrat par la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la Caisse ou l'intimée).

L'assuré a débuté son activité auprès de l'employeur le 1<sup>er</sup> septembre 2014, en qualité de « Senior Relationship Manager » à temps complet. Le salaire comprenait une partie fixe de 4'000 fr. brut servie douze fois l'an et une partie variable, définie en annexe du contrat.

Le 11 septembre 2015, la Caisse a demandé à l'employeur divers renseignements et documents concernant la rémunération de l'assuré.

Le 15 septembre 2015, l'employeur a indiqué qu'aucune rémunération variable n'était versée à l'assuré, les conditions décrites dans le contrat de travail n'étant pas remplies.

**b)** Par décision du 12 octobre 2015, la Caisse a considéré que le salaire de 4'000 fr. n'était pas conforme aux usages professionnels et locaux et décidé de prendre en compte un gain intermédiaire fictif de 10'150 fr. par mois.

Le 13 octobre 2015, la Caisse a rendu une décision réclamant la restitution de la somme 49'467 fr. 10, correspondant aux montants versés en trop pour les mois de septembre 2014 à août 2015.

Le 2 novembre 2015, l'assuré s'est opposé à la décision du 12 octobre 2015, invoquant d'une part que le salaire de 4'000 fr. correspondait aux usages professionnels et locaux, d'autre part sa bonne foi, dès lors qu'il avait rempli chaque mois depuis septembre 2014 le formulaire de gain intermédiaire, qu'il n'avait pas été informé du fait que son gain intermédiaire pouvait être revu en conformité des usages professionnels et qu'il avait soumis son contrat de travail à l'ORP et à la Caisse avant d'accepter le poste. Il a subsidiairement contesté le montant du gain intermédiaire fictif à prendre en compte cas échéant en ce sens qu'il aurait dû se monter à 9'770 francs.

L'assuré s'est opposé le même jour à la décision du 13 octobre 2015, renvoyant d'une part à l'opposition précitée, soulevant d'autre part la question de la péremption du droit de réclamer la restitution du montant en question.

Le 4 mars 2016, la Caisse a rendu deux décisions sur opposition, confirmant les décisions des 12 et 13 octobre 2015.

**B.** Par acte du 8 avril 2015, l. \_\_\_\_\_ a recouru contre la décision sur opposition confirmant la décision du 12 octobre 2015, concluant principalement à son annulation, subsidiairement au renvoi de la cause à l'intimée pour nouvelle décision.

Par réponse du 18 mai 2016, l'intimée a conclu au rejet du recours.

Le recourant a renoncé à se prononcer plus avant par réplique du 27 mai 2016.

Le recourant a également recouru contre la décision sur opposition confirmant la décision du 13 octobre 2015. Ce recours fait l'objet d'une procédure séparée.

**b)** Par courrier du 14 juin 2016, le juge instructeur a sollicité du recourant qu'il produise ses décomptes de résultats auprès de l'employeur pour les années 2014 et 2015. Le 22 juin 2016, l'employeur a expliqué que l'activité du recourant n'avait jamais présenté de solde suffisant pour justifier le paiement d'un revenu variable. Le recourant a ensuite produit, le 13 juillet 2016, ses décomptes de résultats de 2014 à 2016, ainsi qu'une description de ses activités. Il avait obtenu des résultats négatifs de - 48'963, - 55'369, respectivement - 23'075 francs. Son activité consistait, en résumé, à faire de la prospection commerciale et du développement de réseau.

Invitée à se prononcer, l'intimée a observé, le 19 août 2016, que les décomptes produits confirmaient que le recourant n'avait touché aucune commission durant son activité, ce qui justifiait de prendre en compte un gain intermédiaire fictif afin de pallier au fait qu'employé et employeur avaient convenu d'un salaire anormalement bas, dont le complément serait porté à la charge de l'assurance-chômage.

Le recourant a maintenu sa position par écriture du 9 septembre 2016.

**c)** Les arguments des parties seront repris dans la mesure utile dans la partie en droit ci-après.

## **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 (ATF 131 V 164 ; 125 V 413 consid. 2c ; 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 en sus du salaire perçu pour son activité auprès de S.\_\_\_\_\_ SA. 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 10'150 francs.

**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 première 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 (TFA C 179/06 du 15 novembre 2006 consid. 1 ; 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'écarter 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 (ATF 127 V 479 consid. 4 ; RUBIN, *op. cit.* p. 270 n° 35 ad art. 24 et p. 186 n° 21 ad art. 16 al. 2 let. a).

En particulier, 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 (RUBIN, *op. cit.* p. 270 n° 36 ad art. 24 et les références, notamment ATF 139 III 214 consid. 5.2). 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).

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).

**4. a)** Inférieure au montant de l'indemnisation à laquelle le recourant avait droit, la rémunération mensuelle de 4'000 fr. versée par l'employeur dès septembre 2014, 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 4'000 fr. était anormalement bas et ne correspondait pas aux usages professionnels et locaux de la branche concernée. Elle a dès lors fixé un gain intermédiaire fictif de 10'150 fr., sur la base duquel elle a calculé le droit à l'indemnité du recourant dès le mois de septembre 2014. Le recourant considère qu'il est d'usage dans la branche de prévoir une part fixe et une part variable au salaire, que la part fixe de son salaire était conforme aux usages et que dès lors qu'il n'avait perçu que cette dernière, seule celle-ci devait être prise en compte, ce d'autant que l'intimée avait approuvé le contrat de travail.

**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 de la gestion de fortune, 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, l'intimée 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. L'intimée s'est référée aux salaires usuels dans la branche d'activité « services financiers et activités auxiliaires » pour une personne ayant une formation universitaire, des connaissances professionnelles spécialisées, une position de cadre inférieur, dans le

domaine d'activité « expertises, conseils, marketing », compte tenu de l'âge du recourant, d'aucune ancienneté et d'un horaire hebdomadaire de quarante heures. Ces critères correspondent bien à la situation du recourant et ne sont pas critiquables. Comme il ressort du dossier, le calculateur indiquait sur cette base que 75 % des salariés touchaient un salaire supérieur à 10'150 francs. On relèvera que l'intimée a pris en compte un salaire favorable au recourant, puisque 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 2014 et qu'il aurait justifié un salaire plus élevé.

Procédant à une évaluation 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 supérieur à celui retenu par l'intimée (12'671 fr.). 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 pas lieu de s'éloigner du montant de 10'150 fr., favorable au recourant.

Il est certes usuel, dans la branche concernée, de prévoir une rémunération comportant une part variable. Celle-ci fait toutefois partie intégrante du salaire et il doit en être tenu compte dans un salaire fictif lorsqu'elle est prévue mais non versée, si la rémunération fixe ne constitue pas à elle seule un salaire conforme aux usages professionnels et locaux. Il suffirait en effet de prévoir une part variable au salaire, que l'employeur ne verserait pas, pour contourner les règles sur le gain intermédiaire fictif. Le revenu fictif pris en compte doit être fixé de manière à ce qu'il soit en rapport avec la prestation. Il est manifeste qu'une rémunération de 4'000 fr. n'est pas en rapport avec le type de prestations fournies par le recourant pour son employeur et c'est ainsi à raison que l'intimée s'est fondée sur les données ressortant du calculateur de salaires SCRIS pour fixer le gain intermédiaire fictif, au regard de l'activité concernée.

Quant au fait que la Caisse a approuvé le contrat de travail, celle-ci convainct, comme expliqué dans la décision attaquée, que cela fut fait dans l'idée que le recourant toucherait une part variable de salaire en sus de la part fixe, rendant la rémunération convenable. Au surplus, cette question, qui relève du cas d'application du principe de la bonne foi, sera examinée en relation avec le caractère rétroactif du remboursement demandé, qui fait l'objet d'une procédure séparée.

En définitive, le revenu fictif de 10'150 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.

**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  
prononce :**

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision sur opposition rendue le 4 mars 2016 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est confirmée.
- III.** Il n'est pas perçu de frais de justice, ni alloué de dépens.

Le président :

La greffière :

**Du**

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

- Protekta Assurance de protection juridique SA (pour I. \_\_\_\_\_),
- Caisse cantonale de chômage, Division juridique,
- Secrétariat d'Etat à l'économie,

par l'envoi de photocopies.

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

La greffière :