

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 8 novembre 2016

---

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

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

**F.** \_\_\_\_\_, à [...], recourant, représenté par Me Cornelia Seeger Tappy,  
avocate à Vevey,

et

**A.** \_\_\_\_\_, à Lausanne, intimée.

---

**Art. 24 LACI**

**E n f a i t :**

**A.** F.\_\_\_\_\_ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], a travaillé du 1<sup>er</sup> juin 2013 au 30 septembre 2015 pour le compte d'O.\_\_\_\_\_, en qualité de directeur. Il a été licencié avec effet au 30 septembre 2015, pour raisons financières. Selon l'extrait du Registre du commerce, cette société a pour but la gestion d'immeubles, la gérance, le courtage et toutes les opérations liées. Aux termes du contrat de travail, l'assuré était engagé en qualité de directeur pour les domaines suivants : « courtage en immobilier (activité principale), mise en valeur d'objets, tous conseils/consulting/expertise liée à l'activité principale/conseils en financement immobilier ». A teneur de l'attestation de l'employeur du 28 octobre 2015, le dernier salaire mensuel s'élevait à 7'000 francs. Selon les fiches de salaire des mois de janvier à septembre 2015, le salaire mensuel de l'intéressé était de 3'500 fr. brut, auquel s'ajoutaient des avances sur commissions, par 3'500 fr. également. Pour les mois d'octobre à décembre 2014, le salaire se montait à 3'500 francs.

L'assuré s'est inscrit le 1<sup>er</sup> octobre 2015 auprès de l'Office régional de placement de [...] (ci-après : l'ORP) en tant que demandeur d'emploi, en indiquant rechercher un travail à 100%, ainsi qu'auprès de la Caisse de chômage A.\_\_\_\_\_ (ci-après : la caisse de chômage ou l'intimée). Un délai-cadre d'indemnisation lui a été ouvert du 1<sup>er</sup> octobre 2015 au 30 septembre 2017. Son gain assuré s'élevait à 7'095 fr. et l'indemnité journalière à 261 fr. 55, soit 80% du gain assuré journalier.

L'assuré a été engagé le 1<sup>er</sup> décembre 2015 par T.\_\_\_\_\_ en qualité de courtier immobilier, pour un salaire fixe de 48'000 fr. bruts par an, soit 4'000 fr. par mois, servi douze fois. Selon le contrat, l'assuré touchait en sus un salaire variable, avec la précision : « commission de vente, pot commun, expertise vente ». Le contrat était conclu pour une durée indéterminée et résiliable en tout temps, moyennant un délai de congé conforme au Code des obligations. Par la signature du contrat, l'assuré confirmait avoir pris connaissance des documents joints à celui-ci,

qui en faisaient partie intégrante, à savoir notamment le règlement d'entreprise. Selon ledit règlement, à son chiffre 2.3, les trois premiers mois d'emploi étaient considérés comme période d'essai. A teneur du chiffre 2.5, pendant le temps d'essai, le contrat de travail pouvait être résilié par chacune des parties par écrit moyennant un préavis de 7 jours calendrier. Le contrat de travail a été signé le 28 septembre 2015. Il porte le timbre A.\_\_\_\_\_, avec la date du 30 octobre 2015.

Selon la fiche de salaire de l'assuré du mois de décembre 2015, son salaire mensuel s'est élevé à 4'000 fr., montant dont ont été déduits des frais de déplacements par 1'120 fr., ainsi qu'un forfait de 1'000 fr., si bien que le salaire « brut » s'est monté à 1'880 francs. Aux termes de l'attestation de gain intermédiaire adressée par T.\_\_\_\_\_ à la caisse de chômage le 21 décembre 2015, le salaire soumis à cotisation AVS pour le mois de décembre 2015 s'est élevé à 4'000 francs.

En janvier 2016, le salaire de l'assuré a été porté à 4'500 fr. par T.\_\_\_\_\_. Selon le décompte de salaire du mois de janvier 2016, le salaire mensuel brut a ainsi été de 4'500 fr., montant dont ont été déduites les charges sociales. Selon l'attestation de gain intermédiaire du 25 janvier 2016 de T.\_\_\_\_\_, le salaire soumis à cotisation AVS s'est élevé à 4'500 fr. pour le mois de janvier 2016.

En décembre 2015, la caisse a alloué à l'assuré des indemnités compensatoires, en tenant compte d'un gain intermédiaire de 4'000 francs. En janvier 2016, la caisse a pris en considération un gain intermédiaire de 4'500 francs.

Le 15 février 2016, l'assuré, alors représenté par CAP, Compagnie d'Assurance de Protection Juridique SA, a formé opposition au décompte d'indemnités de décembre 2015 de la caisse, par lequel celle-ci a retenu un gain intermédiaire brut de 4'000 francs. L'intéressé estimait que, dès lors que des frais professionnels (déplacement et forfait) par 2'120 fr. avaient été déduits du salaire de 4'000 fr., seul un montant de salaire brut de 1'880 fr. devait être retenu comme gain intermédiaire brut.

Par décision du 24 février 2016, la caisse a relevé qu'il ressortait de la fiche de salaire de l'assuré de décembre 2015 un salaire mensuel brut de 4'000 fr., dont venaient en déduction des frais professionnels par 2'120 fr., si bien que le salaire soumis à cotisation AVS était alors de 1'880 francs. Or estimant qu'un tel salaire n'était pas conforme au tarif usuel dans la profession, elle a estimé que le salaire mensuel brut d'usage s'élevait à 6'300 fr. par mois, informant l'assuré que pour la période du 1<sup>er</sup> décembre 2015 au 31 janvier 2016, et jusqu'à la fin de son contrat de travail, elle retiendrait un salaire mensuel usuel de 6'300 fr. à déduire en gain intermédiaire.

La caisse a alors établi un nouveau décompte pour le mois de décembre 2015 (du 23 février 2016), et demandé la restitution du montant de 2'513 fr. 60 à l'assuré. Le 24 février 2016, la caisse a établi un nouveau décompte pour le mois de janvier 2016, et réclamé la restitution du montant de 1'668 fr. 35.

Le 25 février 2016, T.\_\_\_\_\_ a complété l'attestation de gain intermédiaire de l'assuré en indiquant pour le mois de février 2016 un salaire soumis à cotisation AVS de 4'500 francs. Selon le décompte de salaire du mois de février 2016, le salaire brut s'était élevé à 4'500 fr., dont avaient été déduites les charges sociales.

Par décision du 3 mars 2016, la caisse a pris en compte un montant de 6'300 fr. à titre de gain intermédiaire pour le mois de janvier 2016, « même s'il ne correspond[ait] pas au montant effectivement perçu », en relevant derechef que le salaire de 4'500 fr. versé par T.\_\_\_\_\_ n'était pas conforme aux usages professionnels et locaux, si bien qu'elle prenait en compte un montant de 6'300 fr. à titre de gain intermédiaire.

Le 24 mars 2016, l'assuré, désormais représenté par Me Cornelia Seeger Tappy, a formé opposition aux décisions des 24 février et 3 mars 2016. Dans ce cadre, il a expliqué que dans son activité pour le

compte d'O.\_\_\_\_\_, il n'avait pratiquement pas exercé le courtage. T.\_\_\_\_\_ et lui-même avaient signé le 3 décembre 2015 un avenant à son contrat, prévoyant le versement d'un salaire de 4'500 fr. par mois dès janvier 2016 pour un poste de courtier « senior ». Toutefois, novice dans la profession, il n'était pas parvenu à atteindre les objectifs fixés. Son salaire avait alors été fixé à 3'000 fr. par mois à compter du 1<sup>er</sup> mars 2016, pour un poste de courtier « junior ». Il s'est référé à des arrêts du Tribunal fédéral (8C\_774/2008 du 3 avril 2009 consid. 3.1) et de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal vaudois (ACH 24/15 - 20/2015 du 11 février 2016), pour soutenir que compte tenu de ses 42h30 de travail par semaine, avec un montant horaire de 20 fr. ressortant des arrêts qu'il cite, son salaire mensuel serait alors de 3'689 fr., ce salaire étant selon lui « usuel ». Il a ainsi considéré que le salaire de 4'000 fr. en décembre 2015, respectivement de 4'500 fr. en janvier 2016, étaient conformes aux usages. Il en irait de même du salaire de février 2016. Par contre, dès mars 2016, le salaire tomberait en-dessous du montant de 3'686 [recte : 3'689] fr., et il conviendrait alors de vérifier si les commissions de courtage ne rendraient pas superflues la prise en compte d'un gain fictif du 3'686 [recte : 3'689] fr. par mois. L'assuré a encore fait valoir une violation de l'obligation de renseigner, dans la mesure où il avait donné une copie de son contrat de travail à la caisse durant le mois d'octobre 2015. Or celle-ci n'avait indiqué que le 24 février 2016 que le salaire n'était pas conforme au tarif usuel dans la profession, si bien qu'un gain intermédiaire fictif allait lui être attribué. L'intéressé estimait dès lors que ce n'était que le 24 février 2016 que la caisse l'avait renseigné sur l'inopportunité de son emploi. Quoi qu'il en soit, s'il avait voulu résilier son contrat à la suite de cette décision, il aurait quoi qu'il en soit eu un préavis d'un mois et n'aurait donc pas pu résilier le contrat avant fin mars 2016. L'assuré concluait donc à l'annulation des décisions des 24 février et 3 mars 2016 et à la prise en compte d'un salaire mensuel convenable déterminant de 3'686 [recte : 3'689] fr. au titre de gain intermédiaire.

Selon l'attestation de gain intermédiaire de T.\_\_\_\_\_ du mois de mars 2016, le salaire soumis à cotisation AVS pour le mois en question

s'était élevé à 3'000 francs. T.\_\_\_\_\_ a en outre précisé avoir licencié le 23 mars 2016 l'assuré pour le 30 avril 2016.

Par décision du 4 avril 2016, la caisse a fait savoir à l'assuré qu'elle avait pris en compte pour le mois de mars 2016 un montant de 6'300 fr. à titre de gain intermédiaire, au motif que le salaire versé par T.\_\_\_\_\_ n'était pas conforme aux usages professionnels et locaux.

Par courriel à la caisse du 4 avril 2016, la conseillère ORP de l'assuré a indiqué que l'intéressé lui avait fait part de son engagement auprès de T.\_\_\_\_\_ lors de l'entretien de conseil du 17 novembre 2015.

Par courrier du 6 avril 2016 à A.\_\_\_\_\_, l'assuré, par son avocate, a relevé que, selon le procès-verbal d'entretien du 17 novembre 2015, il avait informé sa conseillère en placement à cette date de son nouvel emploi et de son revenu futur insuffisant, puisqu'elle lui avait fourni des attestations de gain intermédiaire. La conseillère aurait dès lors pu l'informer à ce moment que le salaire perçu n'était pas conforme au tarif usuel dans la profession et qu'un gain intermédiaire fictif pouvait lui être attribué. Ce n'était pourtant que le 24 février 2016 que la caisse avait pris cette décision.

Le même jour, l'assuré, par son avocate, a adressé à la caisse les pièces que cette dernière lui avait demandées, à savoir notamment le règlement d'entreprise de T.\_\_\_\_\_.

Le 7 avril 2016, toujours par son conseil, l'assuré s'est opposé à la décision du 4 avril 2016 de la caisse, en contestant derechef la prise en compte d'un gain intermédiaire fictif de 6'300 fr. par mois, reprenant pour l'essentiel les moyens développés à l'appui de son opposition du 24 mars 2016 et sollicitant à nouveau la prise en compte d'un salaire convenable déterminant de 3'686 [recte : 3'689] francs. L'assuré a notamment produit sa fiche de salaire du mois de mars 2016, dont il ressortait que son salaire brut mensuel était désormais de 3'000 francs.

Le salaire de l'assuré pour le mois d'avril 2016 s'est également monté à 3'000 fr. brut.

Par décision du 29 avril 2016, la caisse a informé l'assuré qu'elle prenait en compte un montant mensuel de 6'300 fr. en avril 2016 à titre de gain intermédiaire, ce chiffre correspondant selon elle aux usages professionnels et locaux, même s'il ne correspondait pas au montant réellement perçu.

Le 25 mai 2016, l'assuré, par son avocate, s'est opposé à la décision du 29 avril 2016, en faisant une nouvelle fois valoir que c'était un salaire mensuel convenable de 3'689 fr. qui devait être fixé, et non de 6'300 francs.

Le 25 mai 2016, la caisse a joint les causes, compte tenu de la connexité des décisions des 24 février, 3 mars, 4 avril et 29 avril 2016.

Le 26 mai 2016, la caisse a été informée que le contrat de travail de l'assuré auprès de T.\_\_\_\_\_ avait été résilié par l'employeur le 23 mars 2016 avec effet au 30 avril 2016.

Par décision sur opposition du 1<sup>er</sup> juillet 2016, la caisse a joint les procédures d'opposition pendantes devant elle. Elle a pour le surplus :

- admis partiellement l'opposition du 24 mars 2016 à sa décision du 24 février 2016, et annulé la demande de restitution du montant de 4'181 fr. 95, en retenant que la date de prise en considération du salaire fictif de l'assuré auprès de T.\_\_\_\_\_ était fixée au 26 février 2016, estimant que ce n'était qu'à compter de la notification de la décision du 24 février 2016 que l'assuré avait pu prendre connaissance des implications de la prise en compte d'un salaire fictif conforme aux usages professionnels ;
- annulé la décision du 3 mars 2016 ;
- et confirmé ses décisions des 4 et 29 avril 2016, en retenant que l'assuré n'était pas un simple courtier en assurances ou un « wine

broker », estimant que c'était la nature du poste qui prévalait pour fixer le salaire fictif, et non la formation ; la caisse était ainsi d'avis que la prise en considération d'un salaire horaire de 20 fr. devait être exclue et le salaire fictif de 6'300 fr. pris en compte dès le 26 février 2016.

**B.** Par acte du 28 juillet 2016, F.\_\_\_\_\_, toujours représenté par Me Seeger Tappy, a recouru contre cette décision auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal. Il a conclu principalement à sa réforme en ce que les décisions des 24 février et 3 mars 2016 sont annulées, l'ordre de restitution de 4'181 fr. 95 étant annulé et les salaires réellement perçus (de 4'000 fr. brut en décembre 2015, et de 4'500 fr. brut en janvier et février 2016) étant pris en compte à titre de gains intermédiaires pour les mois en question ; il a également conclu à l'annulation de la décision du 4 avril 2016, le salaire réellement perçu de 3'000 fr. en mars 2016 étant pris en compte à titre de gain intermédiaire, ainsi qu'à l'annulation de la décision du 29 avril 2016, un salaire conforme aux usages professionnels, par 3'689 fr., étant pris en compte à titre de gain intermédiaire pour le mois d'avril 2016. Subsidiairement, le recourant a conclu à l'annulation de la décision du 29 avril 2016, le salaire conforme aux usages professionnels à prendre en compte étant fixé à 5'090 fr. et ce montant pris en compte à titre de gain intermédiaire pour le mois d'avril 2016. En substance, il fait valoir que son salaire réellement perçu doit être pris en compte jusqu'au 31 mars 2016, et non jusqu'au 26 février 2016, dès lors que même s'il avait souhaité résilier son contrat de travail à la suite de la décision du 24 février 2016 relative à l'inopportunité de son emploi, il aurait eu un préavis d'un mois et n'aurait donc pas pu résilier son contrat avant le 31 mars 2016. Dans un autre moyen, il fait valoir qu'il a très peu exercé l'activité de courtier en immobilier, et que le salaire de 6'300 fr. arrêté par l'intimée n'est pas correct, un salaire de 3'689 fr. devant être retenu à titre de gain intermédiaire pour le mois d'avril 2016 (correspondant à 20 fr. de l'heure, par 8.5 heures par jour, multiplié par 21,7 jours par mois), subsidiairement de 5'090 fr. (savoir le salaire pour une activité immobilière sans fonction de cadre ni connaissance spécifique

pour une personne de 41 ans selon le calculateur de salaire en ligne du canton de Vaud).

Dans sa réponse du 9 août 2016, l'intimée a conclu au rejet du recours et au maintien de sa décision sur opposition du 1<sup>er</sup> juillet 2016.

Le recourant a maintenu sa position dans sa réplique du 1<sup>er</sup> septembre 2016 ; il a pour le surplus demandé son audition « concernant ses activités O.\_\_\_\_\_ et son expérience de courtier immobilier ainsi que sur les raisons de son licenciement par T.\_\_\_\_\_ ». Il a produit avec son écriture une attestation d'O.\_\_\_\_\_ du 5 septembre 2016 selon laquelle la recherche de nouveaux objets immobiliers (courtage) n'avait été qu'une faible partie de son activité, ainsi qu'une attestation de T.\_\_\_\_\_, également du 5 septembre 2016, à teneur de laquelle il avait initialement été engagé comme courtier « senior », mais dès lors qu'il n'avait pas l'expérience souhaitée dans l'acquisition de mandats de vente, il s'était vu proposer le poste de courtier « junior ». Toutefois, compte tenu de ses résultats, les rapports de travail avaient cessé au 30 avril 2016.

### **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).

En l'occurrence, la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 fr., de sorte que le litige relève de la compétence du juge unique (art. 94 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 montant du gain intermédiaire à prendre en considération pour la période du 26 février au 30 avril 2016. Il s'agit plus particulièrement de déterminer si l'intimée était fondée à calculer le droit à l'indemnité compensatoire sur la base d'un gain intermédiaire fictif de 6'300 francs.

On relèvera à ce stade que l'intimée a admis que la prise en considération d'un salaire fictif devait être fixée au 26 février 2016 (l'assuré n'ayant pu prendre connaissance au plus tôt que le 25 février 2016 de la décision de restitution de 4'181 fr. 95 et de fixation d'un salaire fictif du 24 février 2016), si bien qu'elle a annulé, dans sa décision sur

opposition du 1<sup>er</sup> juillet 2016, la demande de restitution de la somme de 4'181 fr. 95, laquelle n'est dès lors plus litigieuse.

**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<sup>ère</sup> 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).

**c)** Selon l'art. 41a al. 1 OACI, lorsque l'assuré réalise un revenu inférieur à l'indemnité de chômage, il a droit à des indemnités compensatoires pendant le délai-cadre d'indemnisation, lesquelles se montent à 70 ou 80% de la perte de gain, selon le taux d'indemnisation auquel il a droit (cf. art. 24 al. 1 LACI ; cf. Rubin, op. cit., n° 24 ad art. 24 LACI).

**d)** Selon la méthode de calcul exposée au ch. C135 du Bulletin LACI-IC, que le Tribunal fédéral des assurances, puis le Tribunal fédéral, ont déclarée conforme à la loi (TFA C 82/03 du 12 octobre 2004 ; TF 8C\_1027/2008 du 8 septembre 2009 consid. 4.3.2 in : DTA 2010 p. 147, p. 151; voir également sur la question Rubin, op. cit. n° 25 ad art. 24 LACI), la perte de gain indemnisable au sens de l'art. 24 LACI correspond à la différence entre le « gain déterminant » et le gain intermédiaire (lequel doit être conforme aux usages professionnels et locaux), le gain déterminant représentant le gain assuré journalier (= gain assuré divisé par 21,7), multiplié par le nombre de jours contrôlés au cours d'un mois. La perte de gain sera indemnisée en fonction du taux déterminant selon l'art. 22 LACI (art. 24 al. 1 LACI). En d'autres termes, la perte de gain se détermine de la manière suivante : [(gain assuré mensuel x jours contrôlés dans le mois) / 21,7] - gain intermédiaire mensuel ; l'indemnité

compensatoire mensuelle correspond quant à elle à 70% ou 80% (art. 22 LACI) de la perte de gain ainsi déterminée (art. 41a al. 1 OACI).

Le revenu provenant d'un gain intermédiaire est pris en compte dans chaque période de contrôle pendant laquelle la prestation de travail est fournie (principe de survenance). La date à laquelle l'assuré réalise sa créance est sans importance (Bulletin LACI-IC, C 133, cf. également Rubin, op. cit., n° 28 ad art. 24 LACI).

**4. a)** En l'espèce, le recourant a été mis au bénéfice d'un délai-cadre d'indemnisation de deux ans dès le 1<sup>er</sup> octobre 2015, sur la base d'un gain assuré de 7'095 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 4'500 fr. versée par T. \_\_\_\_\_ en février 2016, puis de 3'000 fr. pour les mois de mars et avril 2016, 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 4'500 fr. pour le mois de février 2016, respectivement de 3'000 fr. pour les mois de mars et avril 2016, 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 6'300 fr., sur la base duquel elle a calculé le droit à l'indemnité de l'assuré.

De son côté, le recourant conteste le montant retenu par la caisse au titre de gain intermédiaire. Il fait valoir que son salaire effectivement perçu doit être pris en compte jusqu'au 31 mars 2016, et non jusqu'au 26 février 2016, dès lors que même s'il avait souhaité résilier son contrat de travail, il aurait quoi qu'il en soit eu un préavis d'un mois pour le faire. Quant au mois d'avril 2016, il admet que son revenu effectif

de 3'000 fr. est inférieur à l'usage, estimant que celui-ci doit être arrêté à 3'689 fr. (compte tenu d'un salaire horaire de 20 fr., et de 8.5 heures par jour, durant 21.7 jours par mois), subsidiairement à 5'090 fr. sur la base du calculateur de salaires en ligne de l'Etat de Vaud, pour la branche « activités immobilières », pour un homme de 41 ans, sans ancienneté, sans fonction de cadre, pour des activités simples et répétitives.

**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 (ci-après : USS), 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 exclut 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) [http://www.lohn-sgb.ch/img/Diagramm\\_F.png](http://www.lohn-sgb.ch/img/Diagramm_F.png)  
([www.lohn-sgb.ch/schwellen.F.html](http://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. Peu importe au demeurant 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.

**b)** S'agissant du montant pris en considération, la caisse a arrêté à 6'300 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 :	Conseils
Age :	40 ans
Ancienneté :	0 année(s)
Horaire :	42 heures
Région :	Arc lémanique

Dans sa décision sur opposition du 1<sup>er</sup> juillet 2016, l'intimée s'est encore référée au profil généré par le calculateur « Salarium » basé sur l'enquête suisse sur la structure des salaires 2014, en relevant que ledit calculateur prévoyait un salaire mensuel de 6'404 francs, soit un montant supérieur à celui de 6'300 fr. établi sur la base du salaire d'usage 2010 de l'USS.

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 de 6'300 fr. pour l'arc lémanique en retenant le seuil de salaire 25%. 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 42

heures 30. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de s'écarter du montant de 6'300 fr. retenu par l'intimée, étant rappelé que 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.

**c)** Le recourant se prévaut de la jurisprudence fédérale, singulièrement de la cause 8C\_774/2008, pour faire valoir que c'est un salaire horaire fictif de 20 fr. qui devrait être retenu. Or 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, étant rappelé qu'en 1997 déjà, le salaire-horaire de 20 fr. représentait un minimum. Or 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 différentes. 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 et ne saurait fonder la prise en considération d'un gain intermédiaire de 3'689 fr. pour un courtier en immobilier de 40 ans oeuvrant dans la région lémanique, même dénué d'expérience dans le domaine. Quant au montant fixé par le recourant sur la base du calculateur des salaires vaudois, il ne peut être retenu, dès lors qu'il est constant que le courtage immobilier ne constitue pas une activité « simple et répétitive ».

**d)** Dans un autre moyen, le recourant fait valoir que son salaire effectivement perçu doit être pris en compte jusqu'au 31 mars 2016, et non jusqu'au 26 février 2016, dès lors que même s'il avait souhaité résilier son contrat de travail, il aurait quoi qu'il en soit eu un préavis d'un mois pour le faire. Ce faisant, le recourant perd de vue qu'en février 2016, et conformément au contrat de travail passé avec T.\_\_\_\_\_, il se trouvait encore dans le temps d'essai, fixé contractuellement à trois mois, conformément au ch. 2.3 du règlement d'entreprise de T.\_\_\_\_\_, lequel fait partie intégrante du contrat qu'il a signé avec cette société. Or durant le temps d'essai, le règlement prévoit à son ch. 2.5 que le contrat de travail peut être résilié par chacune des parties par écrit moyennant un préavis de 7 jours calendrier. Le recourant aurait dès lors pu résilier son contrat le 25 février 2016 déjà, sans un mois de préavis.

**e)** Il n'existe en définitive aucun motif justifiant de revenir sur le montant de 6'300 fr. retenu par l'intimée au titre de gain intermédiaire pour la période demeurant litigieuse, savoir celle courant du 26 février au 30 avril 2016, 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.** Au regard de ce qui précède, il n'y a donc pas lieu d'ordonner des mesures d'instruction complémentaires telles que requises par le recourant (à savoir son audition concernant ses activités chez O.\_\_\_\_\_ et son expérience de courtier immobilier ainsi que sur les raisons de son licenciement par T.\_\_\_\_\_). En effet, de plus amples mesures d'instruction ne seraient pas de nature à modifier les considérations qui précèdent (appréciation anticipée des preuves ; cf. ATF 122 II 464 consid. 4a, TF 8C\_764/2009 du 12 octobre 2009 consid. 3.2, 9C\_440/2008 du 5 août 2008), puisque les faits pertinents ont pu être constatés à satisfaction de droit.

**7.** En conclusion, le recours doit être rejeté 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 juge unique  
prononce :**

**I.** Le recours est rejeté.

**II.** La décision sur opposition rendue le 1<sup>er</sup> juillet 2016 par A.\_\_\_\_\_, est confirmée.

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

La juge unique :

La greffière :

**Du**

L'arrêt qui précède est notifié à :

- Me Cornelia Seeger Tappy (pour le recourant),
- A.\_\_\_\_\_,
- 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 :