

# VD\_GERICHTE ZQ20.037902 vom 25. August 2022

VD Tribunal cantonal, 2022-08-25, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_ZQ20.037902](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_ZQ20.037902)

FR: VD\_GERICHTE ZQ20.037902 du 25 août 2022

IT: VD\_GERICHTE ZQ20.037902 del 25 agosto 2022

## Erwägungen

### E. 1

a) La LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) est, sauf dérogation expresse, applicable en matière d'assurance-chômage (art. 1 al. 1 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0]). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte peuvent faire l'objet d'un recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 56 al. 1 LPGA ; 100 al. 3 LACI, 128 al. 1 et 119 al. 1 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]), dans les trente jours suivant leur notification (art. 60 al. 1 LPGA). b) En l'occurrence, déposé en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable. c) Vu la valeur litigieuse inférieure à 30'000 fr., la cause est de la compétence du juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

### E. 2

En l'espèce, le litige porte sur le droit de l'intimée à imputer un gain fictif pour les périodes de novembre et décembre 2019, en lien avec l'activité déployée par la recourante lors des séances d'art-thérapie.

### E. 3

a) L'art. 8 al. 1 LACI énumère les conditions, cumulatives, dont dépend le droit à l'indemnité de chômage. Ainsi, pour avoir droit à dite indemnité, l'assuré doit notamment être sans emploi ou partiellement sans emploi au sens de l'art. 10 LACI (art. 8 al. 1 let. a LACI), subir une perte de travail à prendre en considération, selon l'art. 11 LACI (art. 8 al. 1

- 8 - let. b LACI) et être apte au placement au sens de l'art. 15 LACI (art. 8 al. 1 let. f LACI). Une indemnité journalière s'élevant à 70 % du gain assuré est octroyée aux assurés qui n'ont pas d'obligation d'entretien envers des enfants de moins de 25 ans (art. 22 al. 2 let. a LACI). Son montant dépend de l'étendue de la perte de gain entrant en considération, du gain assuré et du taux d'indemnisation (Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Zürich/Bâle/Genève 2014, no 1 ad art. 22 LACI). b) Aux termes de l'art. 24 al. 1 LACI, est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle. L'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain, compte tenu du taux d'indemnisation fixé par l'art. 22 LACI. La perte de gain correspond à la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme, pour le travail

effectué, aux usages professionnels et locaux (art. 24 al. 3, première phrase, LACI). Les gains accessoires ne sont pas pris en considération (art. 24 al. 3, deuxième phrase, LACI). Le champ d'application des règles sur le gain intermédiaire est assez large. Il comprend les activités dépendantes et indépendantes, ainsi que les activités non forcément rémunérées. Ce n'est donc pas véritablement le gain qui délimite le champ d'application de l'art. 24 LACI, mais l'exercice d'une activité (Rubin, op. cit., no 18 ad art. 24). aa) Le Tribunal fédéral a posé les critères permettant de déterminer quand une activité exercée bénévolement ou à titre de pure complaisance doit être assimilée à un rapport de travail au sens de l'art. 10 LACI. Tel est le cas s'il y a un contrat impliquant des droits et obligations réciproques des parties ou si, conformément à la présomption posée à l'art. 320 al. 2 CO (loi fédérale complétant le Code civil suisse, livre cinquième : Droit des obligations ; RS 220), un salaire ou une rémunération sont normalement dus pour le travail fourni au regard de l'ensemble des circonstances ou des usages professionnels et locaux. Ce

- 9 - n'est qu'en l'absence de ces deux conditions que le travail ou les services rendus seront considérés comme résultant d'actes de pure complaisance et que celui qui les accomplit n'entrera pas dans un rapport de travail. Le Tribunal fédéral a précisé que les principes posés par le législateur en matière d'assurance-chômage ont pour but d'éviter que les travaux représentant une certaine valeur économique et financière puissent être entrepris ou exécutés aux frais de l'assurance sociale alors qu'ils devraient être normalement rémunérés. La nature des relations entre les parties ne change rien à la prise en considération de la présomption de l'art. 320 al. 2 CO. Si une activité non rémunérée doit être prise en considération à titre de gain intermédiaire, la caisse de chômage doit fixer un gain fictif, à hauteur du gain que l'assuré aurait pu réclamer pour le travail effectué (DTA 2000 no 32 p. 72 [TFA C 217/99 du 11 janvier 2000 consid. 1c], TFA C 107/05 du 18 juillet 2006 consid. 4.1). Le travail à titre gratuit ne peut être admis qu'exceptionnellement, dans le cadre par exemple de brefs pré-stages destinés à permettre aux parties de se connaître, en quelques heures, de la compatibilité du poste avec la personne du travailleur. Il en va de même d'une activité bénévole de peu d'importance, pouvant être exercée en dehors des horaires habituels de travail et à titre de pur hobby ou pour rendre service. Un service rendu gratuitement à un ami, par pure complaisance et à titre d'échange de bons procédés à long terme, n'entre pas dans le cadre contractuel. Il en est de même d'une activité dans le domaine associatif prenant peu de temps et n'étant habituellement pas rémunérée. L'exercice des activités précitées n'entraîne pas la prise en compte d'un gain fictif au sens de l'art. 24 al. 3 LACI. Un pur hobby n'est en principe pas susceptible d'être pris en compte à titre d'activité intermédiaire. Il le sera par contre si l'assuré s'y adonne dans l'espoir de gagner de l'argent. Pour décider si l'on est en présence d'un contrat ou d'un acte de pure complaisance, il faut examiner toutes les circonstances du cas particulier, notamment le genre de prestation, son fondement, son but, sa signification juridique et économique, la manière dont elle a été exécutée et les intérêts de chacune des parties (Rubin, op. cit., no 19 ad art. 24 LACI).

- 10 - Un gain intermédiaire ne peut être accepté si l'activité ne vise pas à éviter le chômage, mais à former la personne, soit acquérir des connaissances et des aptitudes professionnelles, ce qui est en général le cas lorsque la personne assurée effectue un stage après la fin d'une formation de base. Dans ce cas, l'activité déployée fait encore partie de la formation de base ce qui est justifié par le lien étroit, matériel et temporel avec les études achevées ainsi que par la faible rémunération. C'est également le cas lorsqu'une personne disposant d'une

expérience professionnelle pertinente entreprend un stage faiblement rémunéré dans un domaine professionnel totalement différent afin de suivre ultérieurement une formation dans ce domaine ou pour déterminer si ce domaine lui conviendrait (TF C 308/02 du 27 juillet 2005 consid. 2). Les gains réalisés pendant des périodes de stage comportant une part prépondérante de formation professionnelle de base ne peuvent donner lieu à une compensation de la perte de gain. En revanche, lorsque l'activité concernée ressemble à un stage mais ne fait pas partie de la formation de base et que le salaire est inférieur à celui perçu par une personne active dans la profession en question, l'art. 24 LACI s'applique et il y a lieu de prendre en considération un gain intermédiaire fictif au sens de l'art. 24 al. 3 LACI (Rubin, op. cit., n° 21 ad art. 24 LACI). bb) Un assuré ne perd pas son droit du seul fait qu'un salaire annoncé comme gain intermédiaire est inférieur aux usages professionnels et locaux. Dans cette hypothèse, il aura droit à une compensation de la différence entre le gain assuré et un salaire fictif correspondant aux usages professionnels et locaux. Pour le calcul de la perte de gain, le salaire fictif remplacera le salaire réellement perçu (Rubin, op. cit., no 33 ad art. 24 LACI). 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

- 11 - contrat-type de travail, il y a lieu de constater l'usage (la pratique) et de déterminer si le salaire proposé à un assuré se situe dans la fourchette qui correspond à ce qui se pratique dans la plupart des cas ou au contraire s'il s'écarte de cet usage. L'usage est un fait qui se constate. Par ailleurs, c'est en fonction de la nature du poste et non de la formation de l'assuré qu'il convient de déterminer si le salaire offert correspond à l'usage. Les salaires prévus dans les conventions collectives de travail et les contrats-types de travail servent de référence même lorsque ces instruments ne sont pas de force obligatoire (Rubin, op. cit. no 35 ad art. 24 LACI et no 21 ad art. 16 al. 2 let. a LACI ; ATF 127 V 479 consid. 4). Les indemnités compensatoires seront calculées sur la base du salaire conforme aux usages professionnels et locaux, même si l'assuré ne réalise aucun gain ou seulement un gain minime (TF 8C\_774/2008 du 3 avril 2009 consid. 2 et les références, notamment ATF 129 V 102, 120 V 233 consid. 4b et 120 V 515 consid. 2b). Dans son Bulletin LACI relatif à l'indemnité chômage (IC), le SECO, autorité de surveillance en matière d'assurance-chômage, précise que si, au nom de son obligation de diminuer son dommage, l'assuré prend, à titre de stage, un emploi normal pour lequel il touche un salaire non-conforme aux tarifs usuels dans la profession et la localité, c'est ce tarif qui sera pris en compte pour le calcul des indemnités compensatoires (Bulletin LACI IC, C 134). 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).

#### **E. 4**

a) Dans le cas d'espèce, il convient tout d'abord de déterminer si l'activité exercée par la recourante auprès d'un atelier d'art-thérapie constitue un gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI. Il faut au préalable relever que, contrairement à ce que soutient la recourante dans sa lettre d'opposition du 22 janvier 2022, les

- 12 - critères des directives B261 et B261a du SECO (Bulletin LACI IC, janvier 2020) relatifs à l'exercice d'une activité bénévole ne sont en l'espèce pas remplis, notamment ceux en lien avec le type d'activité qui devrait être à but idéal ou social avec un caractère de bienfaisance ou servant la protection de l'environnement et la planification par un organisme spécialisé. Il apparaît par ailleurs que l'on ne se trouve pas dans une situation de stage qui peut à certaines conditions éviter le recours à un gain intermédiaire fictif. D'une part, l'activité bénévole de l'assurée ne fait pas partie de sa formation de base au vu de l'absence de tout lien étroit, qu'il soit matériel ou temporel, entre les deux. D'autre part, il ne s'agit pas d'un nouveau domaine dans lequel l'assurée chercherait à se former. De son propre aveu, cette activité était surtout destinée à lui permettre de « continuer à découvrir de nouvelles techniques de travail » et « d'élargir et renforcer son réseau professionnel ». Enfin, il ne fait aucun doute que, compte tenu de sa nature, de sa durée et de sa régularité, l'activité exercée par la recourante allait au-delà du simple hobby et justifiait une rémunération. Cette appréciation est d'ailleurs corroborée par le fait que, comme l'intéressée l'a elle-même écrit dans son courriel du 14 janvier 2020, cette activité « pouvait aboutir un jour à une activité lucrative », ce qui est confirmé par le courrier de B. \_\_\_\_\_ du 15 janvier 2022 selon lequel le but était, à terme, que son groupe se développe et ainsi pouvoir en tirer un avantage financier. On doit donc considérer que si l'activité était bénévole, c'était surtout parce qu'en l'état elle ne rapportait rien. En définitive, il convient d'admettre que l'activité déployée par la recourante ne résulte pas d'actes de pure complaisance ou de bénévolat. Au vu des critères posés par le Tribunal fédéral selon lesquels il suffit que l'activité en question, soit implique des obligations réciproques entre les parties, soit justifie un salaire au regard de l'ensemble des circonstances, pour que la présomption de l'art. 320 al. 2 CO s'impose, il faut admettre l'existence d'un rapport de travail au sens de l'art. 10 LACI en l'espèce.

- 13 - Dans ces circonstances, l'activité de la recourante doit être considérée comme un gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI et c'est à bon droit que l'intimée a conclu dans ce sens. Le fait que l'activité ne soit pas rétribuée ne s'oppose pas à sa prise en compte comme gain intermédiaire. Cela impose cependant de lui imputer fictivement un gain conforme aux usages professionnels et locaux pour le travail effectué (cf. DTA 2000 no 32 p. 72, cf. également consid. 3b/bb supra). b) 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, 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, soit celui d'une thérapeute indépendante exerçant hors de tout organisme privé ou public, l'Agence a recouru au calculateur national de salaires 2016 où les salaires sont calculés sur la base des données de l'Enquête suisse sur la structure des salaires 2016 (ESS) de l'Office fédéral de la statistique (OFS). On peut donc admettre qu'il reflète valablement la pratique salariale dans un domaine d'activité précis. On peut relever que l'Agence a pris les valeurs 2016 alors qu'on parle d'un gain intermédiaire fictif en 2019 qui aurait pu justifier un revenu plus haut. En effet, en procédant à une évaluation directement sur la base du calculateur individuel de salaires « Salarium 2018 » de l'OFS, intégrant des critères plus précis, la Cour de céans parvient à un salaire déterminant supérieur à celui retenu par l'intimée, soit moins favorable à la recourante. L'Agence 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 592 fr. 50 par semaine qu'elle a retenu (1580 fr. : 8 heures x 3 heures par semaine), de surcroît favorable à l'assurée.

- 14 - En définitive, le revenu fictif de 592 fr. 50 pris en compte à titre de gain intermédiaire par l'Agence ne prête pas flanc à la critique, de sorte qu'il peut être confirmé.

## **E. 5**

La recourante se prévaut cependant d'une violation de l'obligation de renseigner de son conseiller ORP. Elle explique en effet, dans son acte de recours, que son conseiller ORP ne l'a pas informée du fait que son activité bénévole engendrerait une prise en compte d'un salaire fictif. a) L'art. 27 LPGA prévoit que dans les limites de leur domaine de compétence, les assureurs et les organes d'exécution des diverses assurances sociales sont tenus de renseigner les personnes intéressées sur les droits et obligations (al. 1) et que chacun a le droit d'être conseillé, en principe gratuitement, sur ses droits et obligations (al. 2, première phrase). Selon l'art. 19a al. 1 OACI dans sa teneur en vigueur jusqu'au 1er juillet 2021, applicable *ratione temporis* (ATF 138 V 176 consid. 7.1), les caisses renseignent les assurés sur leurs droits et obligations entrant dans le domaine d'activité des caisses (art. 81 LACI) (al. 2). Conformément à l'art. 81 al. 1 let. a LACI, les caisses déterminent le droit aux prestations en tant que cette tâche n'est pas expressément réservée à un autre organe. L'obligation de renseigner et de conseiller est à la fois générale et spécifique. L'obligation générale se concrétise par les explications figurant dans les brochures concernant les droits et obligations des personnes intéressées, les explications figurant dans les formules officielles de revendication des prestations (TF 8C\_950/2009 du 29 janvier 2010 consid. 3), ainsi que par l'organisation de séances d'information destinées aux nouveaux chômeurs. L'obligation spécifique implique quant à elle des renseignements et conseils personnalisés devant permettre aux personnes intéressées d'obtenir les prestations les plus avantageuses possibles, compte tenu de leur situation personnelle et des éventuels changements de circonstances (TFA C 44/05 du 19 mai 2006).

- 15 - L'étendue du devoir de renseigner et de conseiller dépend de la situation individuelle dans laquelle se trouve l'assuré, telle qu'elle est reconnaissable pour l'administration (TF 8C\_1041/2008 du 12 novembre 2009 consid. 6.2, 9C\_865/2010 du 8 juin 2011 consid. 5.1). Le devoir de conseil de l'assureur social comprend également l'obligation d'attirer l'attention de la personne intéressée sur le fait que son comportement pourrait mettre en péril la réalisation de l'une des conditions du droit aux prestations (ATF 131 V 472) ou pourrait lui causer un préjudice de nature procédurale. Plus le cas est complexe, plus l'obligation de renseigner est étendue. Afin de déterminer quelle devrait être la réaction des employés en cause, il faut se référer au comportement hypothétique d'une personne qui voue aux choses une attention usuelle (sur l'ensemble de la question : Rubin, *op. cit.*, n° 57 ss ad art. 17 LACI et les références, notamment ATF 133 V 249 sur ce dernier point). b) Le dossier montre que la recourante s'est réinscrite à l'ORP en novembre 2019. Il ressort du procès-verbal d'entretien du 13 novembre 2019 avec l'ORP que la question de la participation de l'assurée à un groupe d'art-thérapie de manière bénévole a été discutée et que son aptitude au placement allait devoir être examinée. A la suite de cet entretien, l'ORP s'est donc adressé à la Division juridique des ORP pour que cette question soit examinée. Après avoir obtenu des précisions, la Division juridique des ORP a, par courrier du 22 novembre 2019 dont copie a été envoyée à l'assurée, validé l'aptitude au placement de cette dernière. Ce courrier mentionnait toutefois que le soin était laissé à la Caisse d'examiner

dans quelle mesure il faudrait tenir compte d'un éventuel salaire fictif. L'assurée a également reçu un courrier du même jour de cette Division l'invitant à contacter sa caisse de chômage afin de déterminer si elle devait annoncer son activité bénévole. Ainsi, la recourante a été rendue attentive à la problématique de l'existence d'un gain intermédiaire et il lui appartenait de se renseigner sur les conséquences de l'exercice d'une activité bénévole, par exemple en prenant contact par courriel avec son conseiller. Pourtant, rien au dossier ne montre que la recourante se serait préoccupée de cette question. Ce n'est qu'après avoir reçu deux décomptes de prestation comportant une

- 16 - déduction pour gain intermédiaire que l'assurée s'est adressée à l'Agence par courriel du 14 janvier 2020. En définitive, on ne saurait reprocher à l'intimée d'avoir violé son devoir d'information envers l'assurée ; peu importe de savoir si les informations ont été transmises à l'assurée directement par son conseiller ORP ou indirectement par les courriers de l'Agence ou de la Division juridique des ORP.

## **E. 6**

a) En définitive, le recours doit être rejeté, et la décision sur opposition du 31 août 2020 confirmée. b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. f bis LPG), ni d'allouer de dépens à la partie recourante, qui n'obtient pas gain de cause et a procédé sans mandataire qualifié (art. 61 let. g LPG ; ATF 127 V 205 consid. 4b). Par ces motifs, la juge unique p r o n o n c e : I. Le recours est rejeté. II. La décision sur opposition rendu le 31 août 2020 par la Caisse cantonale de chômage est confirmée. III. Il n'est pas perçu de frais ni alloué de dépens. La juge unique : La greffière : Du

- 17 - L'arrêt qui précède est notifié à : - V. \_\_\_\_\_, - Caisse cantonale de chômage, - 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 :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.