

GE_GERICHTE A/1895/2019 vom 11. März 2020

GE Cour de justice, 2020-03-11, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_1895_2019

FR: GE_GERICHTE A/1895/2019 du 11 mars 2020

IT: GE_GERICHTE A/1895/2019 del 11 marzo 2020

Erwägungen

E. 4

ème Chambre En la cause Monsieur A_____, domicilié à PUPLINGE, représenté par le Syndicat UNIA recourant contre UNIA CAISSE DE CHOMAGE, sise rue Necker 17, GENÈVE, p.a. F_____-Centre de compétences Romand, LAUSANNE intimée EN FAIT

1. Monsieur A_____ (ci-après l'assuré ou le recourant) s'est inscrit à l'office régional de placement (ci-après ORP) le 29 avril 2016, ouvrant ainsi un délai-cadre d'indemnisation du 1^{er} mai 2016 au 30 avril 2018. La caisse de chômage Unia (ci-après la caisse ou l'intimée) a calculé le gain assuré à CHF 5'745.- et l'indemnité journalière à CHF 211.80, soit 80% du gain assuré journalier. 2. Le 11 mai 2016, l'assuré a signé un « contrat de mission selon art. 319 CO et 19 LSE » avec B_____ SA (ci-après B_____), qui l'engageait, dès le 17 mai suivant et pour trois mois, comme maçon affecté à l'entreprise C_____ SA. Le contrat précisait qu'en l'absence de licenciement ou de démission, la mission prenait fin à son terme, au plus tard trois mois après son début. À tout moment durant cette période, le contrat de mission pouvait être résilié par les deux parties avec un préavis de deux jours ouvrables. Si la mission se prolongeait au-delà de la durée maximale, il serait établi un nouveau contrat de mission à durée indéterminée, qui pouvait être résilié avec un délai de deux jours ouvrables pendant les trois premiers mois d'emploi ininterrompu, sept jours à partir du quatrième mois et un mois dès le septième mois. 3. Selon une attestation signée par C_____ le 23 janvier 2017, l'assuré avait travaillé pour elle du 17 mai au 22 décembre 2016 et C_____ avait résilié le contrat oralement le 22 novembre pour le 22 décembre 2016, en raison de la fin de la mission. 4. Par décision du 15 février 2017, la caisse a demandé à l'assuré la restitution de CHF 3'194.35, car par décompte du 28 novembre 2016, elle lui avait versé cette somme relative au mois d'octobre 2016 par erreur. Il apparaissait après vérification, que son dossier était annulé depuis sa prise d'emploi au 17 mai 2016 auprès de C_____. 5. À teneur de l'IPA (indications de la personne assurée) relative au mois de janvier 2017, signée par l'assuré le 23 février 2017, celui-ci avait travaillé pour C_____ du 16 au 18 et du 23 au 31 janvier. 6. Selon une attestation de gain intermédiaire relative au mois de janvier 2017, C_____ indiquait que l'assuré avec travaillé pour elle les 17 et 18, 23 au 27, 30 et 31 janvier, et qu'elle lui avait versé en conséquence CHF 2'932,60. L'activité se poursuivait pour une durée indéterminée, sur la base d'un contrat écrit. 7. À teneur de l'IPA relative au mois de février 2017, signée par l'assuré le 20 mars 2017, celui-ci avait travaillé pour C_____ du 1^{er} au 17 et du 27 au 28 février. 8. Selon une attestation de gain intermédiaire, C_____ a versé CHF 4'398.- à l'assuré pour son travail effectué pendant le mois de février 2017. 9. À teneur de l'IPA relative au mois de mars 2017, signée par l'assuré le 31 mars 2017, celui-ci avait travaillé pour C_____ du 1^{er} au 31 mars. 10. Selon une attestation de gain intermédiaire, B_____ a versé CHF 7'272,74.- à l'assuré pour son travail effectué pendant le mois de mars 2017. L'activité de l'assuré ne se poursuivait pas, car B_____ avait résilié

le contrat le 29 mars pour le 31 mars, en raison de la fin de la mission. 11. À teneur de l'IPA relative au mois d'avril 2017, signée par l'assuré le 28 avril 2017, celui-ci n'avait pas travaillé chez un employeur durant le mois. 12. Le 28 avril 2017, l'assuré, représenté par le syndicat UNIA, a informé la caisse ne pas contester avoir reçu de manière erronée les prestations d'assurance pour les mois de septembre et octobre 2016. Il avait sollicité à plusieurs reprises que la caisse lui verse le mois d'août 2016, période pendant laquelle il avait effectué du gain intermédiaire, mais qui avait été enregistrée par erreur à la caisse comme une reprise d'emploi. Il demandait en conséquence la compensation des créances. 13. Par courriel du 3 mai 2017, la caisse a informé le représentant de l'assuré que s'agissant du mois d'août 2016, B_____ avait confirmé que l'assuré était en mission ininterrompue du 17 mai au 22 décembre 2016. La caisse n'avait donc pas commis d'erreur en le considérant comme étant en emploi. S'il avait reçu un salaire inférieur de son employeuse, c'était parce qu'il était parti en vacances. Dès lors, il fallait contrôler avec B_____ que le versement des vacances avait bien été opéré de manière correcte. 14. À teneur de l'IPA relative au mois de mai 2017, signée par l'assuré le 2 juin 2017, celui-ci n'avait pas travaillé chez un employeur durant le mois. 15. Le 20 juin 2017, l'assuré a signé un « contrat de mission selon art. 319 CO et 19 LSE » avec B_____, qui l'engageait, dès le même jour, et pour trois mois, comme maçon affecté à l'entreprise D_____ Suisse SA (ci-après l'entreprise D_____), avec un salaire horaire de base brut de CHF 36.98, y compris les jours fériés, les indemnités-vacances et le 13^{ème} salaire. En l'absence de licenciement ou de démission, la mission prenait fin à son terme, au plus tard trois mois après son début. À tout moment durant cette période, le contrat de mission pouvait être résilié par les deux parties avec un préavis de deux jours ouvrables. Si la mission se prolongeait au-delà de la durée maximale, il serait établi un nouveau contrat de mission à durée indéterminée, qui pouvait être résilié avec un délai de deux jours ouvrables pendant les trois premiers mois d'emploi ininterrompu, sept jours à partir du quatrième mois et un mois dès le septième mois. 16. À teneur de l'IPA relative au mois de juin 2017, signée par l'assuré le 10 juillet 2017, celui-ci a travaillé pour B_____ du 20 au 30 juin. 17. Selon une attestation de gain intermédiaire, B_____ a versé CHF 2'972.- à l'assuré pour son travail pour le mois de juin 2017. L'activité de l'assuré se poursuivait pour une durée indéterminée. 18. Le 10 août 2017, B_____ a informé la caisse que l'assuré était en vacances du 31 juillet au 13 août (fermeture du chantier) et qu'il reprendrait sa mission le 14 août. 19. À teneur de l'IPA relative au mois de juillet 2017, signée par l'assuré le 20 août 2017, celui-ci a travaillé pour B_____ du 3 au 27 juillet. 20. Le 18 septembre 2017, l'assuré a indiqué dans le formulaire IPA avoir travaillé du 21 au 31 août 2017 pour B_____ et avoir pris ses vacances du 31 juillet au 11 août 2017. 21. B_____ a rempli une attestation de gain intermédiaire pour le mois de juillet 2017 indiquant que l'assuré avait travaillé du 3 au 27 juillet 2017 et qu'elle lui avait versé en conséquence CHF 6'451,91. Elle précisait que l'activité se poursuivait pour une durée indéterminée. 22. B_____ a rempli une attestation de gain intermédiaire pour le mois d'août 2017 indiquant que l'assuré avait travaillé du 21 au 31 août et que l'activité se poursuivait pour une durée indéterminée. 23. Le 22 septembre 2017, la caisse a établi un décompte pour le mois d'août 2017, mentionnant un gain assuré de CHF 5'745.- à 80%, un gain intermédiaire de CHF 2'742.- et une indemnité de CHF 2'668,20 bruts, soit CHF 2'307.05 nets. 24. À teneur d'un avenant au contrat de mission du 20 juin 2017 signé le 23 octobre 2017 par l'assuré, celui-ci était affecté à l'entreprise D_____ dès le 21 septembre 2017 pour une durée indéterminée. L'avenant rappelait qu'en l'absence de licenciement ou de démission, la mission prenait fin à

son terme, au plus tard, trois mois après son début. À tout moment durant cette période, le contrat de mission pouvait être résilié par les deux parties avec un préavis de deux jours ouvrables. Si la mission se prolongeait au-delà de la durée maximale, il serait établi un nouveau contrat de mission à durée indéterminée, qui pouvait être résilié avec un délai de deux jours ouvrables pendant les trois premiers mois d'emploi ininterrompu, sept jours à partir du quatrième mois et un mois dès le septième mois. 25. Par décision du 25 avril 2018, la caisse a demandé à l'assuré la restitution de CHF 2'307.05, versés à tort pour la période de contrôle du 1^{er} août au 31 août 2017. Le 20 juin 2017, il avait débuté une mission auprès de B_____, qui n'avait pas été interrompue jusqu'au 21 décembre 2017. La caisse avait indemnisé le mois de juin 2017 en déduisant de son indemnité son gain intermédiaire du même mois. Toutefois, dès lors que le revenu de l'assuré était supérieur à l'indemnité journalière de chômage et que sa mission se poursuivait pour une durée indéterminée, l'assuré devait être considéré comme sorti du chômage, dès sa prise d'emploi, le 20 juin 2017. Par décompte du 22 septembre 2017, la caisse avait indemnisé l'assuré pour le mois d'août 2017 par erreur. En effet, l'assuré ne pouvait faire valoir de perte de gain pour ce mois, étant donné qu'il était toujours sous l'effet d'un rapport de travail. Sa mission prenant fin au 21 décembre 2017, la caisse de chômage avait repris son indemnisation à compter du 22 décembre 2017. Si la caisse avait versé des prestations alors que les conditions prévues pour leur versement n'étaient pas remplies, celles-ci étaient réputées indûment touchées et devaient être restituées. En l'espèce, pour la période du 1^{er} au 31 août 2017, le montant des indemnités devait être de CHF 0.- au lieu de CHF 2'307.05, car l'assuré ne pouvait pas faire valoir de perte de gain. 26. Le 5 juillet 2018, l'assuré a formé opposition à la décision précitée. Il avait été engagé avec les agences temporaires et avait donné toutes ses fiches de gains intermédiaires à la caisse de chômage. Il se retrouvait en situation totalement précaire et demandait à la caisse de revoir sa position. 27. Par complément d'opposition du 5 juillet 2018, l'assuré, assisté du syndicat Unia Genève, a fait valoir que sa mission auprès de l'agence B_____ s'était terminée le 28 juillet 2017 et avait été suivie par une période de vacances entre le 31 juillet et le 18 août 2017 avec l'accord express de son conseiller ORP. Ce dernier avait en effet relevé que l'assuré n'avait pas pris de vacances depuis son inscription au chômage au mois de mars 2016 et qu'il était fondé à en prendre durant l'été 2017. De retour de vacances, le 18 août 2017, l'assuré avait immédiatement repris contact avec l'agence intérimaire, qui lui avait proposé de débiter une nouvelle mission dès le lundi 21 août 2017, ce que montrait le bulletin de salaire du mois d'août et la feuille de relevé d'heures de la semaine 34. On pouvait à cet instant se poser la question de savoir pourquoi aucun contrat ou avenant de contrat de mission n'avait été établi par l'employeur pour rendre compte de ce nouveau rapport de travail. Cela s'expliquait par le contrat du 20 juin 2017, qui prévoyait que les rapports de travail s'étendraient sur une durée maximale de trois mois. Constatant que le contrat prendrait automatiquement fin le 20 septembre 2017 si personne ne le résiliait avant, l'agence avait estimé, sans doute à tort, qu'il n'y avait pas lieu d'établir un nouveau document, puisqu'une nouvelle mission débutée avant le terme maximal pouvait sans autre être assimilée au contrat initial, qui avait débuté le 20 juin. Or, en signifiant une fin de mission le 28 juillet 2017, l'agence de travail temporaire aurait dû acter l'ouverture d'une nouvelle mission le 21 août 2017. L'avenant au contrat établi par l'agence intérimaire mentionnait un début de mission le 21 septembre 2017 pour une durée indéterminée. Il avait été considéré à tort que sa mission avait été interrompue durant l'été 2017, en raison du traitement approximatif de la situation juridique et administrative par l'agence de travail temporaire. Si la caisse de chômage persistait à nier

son droit aux prestations pour le mois d'août 2017, il faudrait à tout le moins admettre qu'il avait encaissé le montant litigieux de bonne foi. En effet, une fois sa fin de mission signifiée par l'entreprise locataire de services et communiquée à l'agence intérimaire, il s'était conformé à l'accord passé avec son conseiller ORP en prenant quinze jours de vacances, repos dont il était acquis qu'il serait rémunéré par l'assurance-chômage. Partant, l'assuré attendait de bonne foi que lui soient versées les indemnités durant cette période et il avait dépensé la somme en cause de bonne foi, notamment pour payer son loyer et ses autres frais courants. Partant, le montant réclamé par la caisse n'était pas soumis à restitution. Il produirait dès que possible tous les documents bancaires et fiscaux démontrant les difficultés matérielles qu'il rencontrait au quotidien. 28. Le 5 octobre 2018, B_____ a informé la caisse que l'assuré avait été en vacances du 31 juillet au 13 août 2017 (fermeture du chantier) et qu'il aurait dû reprendre son activité le 14 août 2017. Après plusieurs recherches, il n'était pas possible d'expliquer pourquoi il n'avait pas repris sa mission comme les autres intérimaires qui travaillaient sur ce chantier ainsi que les motifs pour lesquels il n'avait pas travaillé le 28 juillet 2017. Au moment de la signature de son contrat, l'assuré avait été mis au courant du fait que le chantier allait fermer au mois d'août et que, dès lors, il serait en vacances. Il n'avait pas demandé qu'on lui trouve une autre mission pour cette période de fermeture. Le contrat du 21 septembre 2017 était une prolongation du contrat signé le 20 juin 2017. 29. Selon un courriel du 16 octobre 2018 adressé par Madame E_____ à F_____ Group n'avait jamais signifié de fin de mission à l'assuré et son contrat était en conséquence toujours en vigueur. L'assuré était en vacances durant cette période. 30. Dans un courrier du 13 décembre 2018 adressé à la caisse, l'entreprise D_____ a indiqué avoir averti par téléphone l'agence temporaire que la mission de l'assuré prenait fin en juillet 2017 avec indication de la reprise après fermeture estivale. Il n'avait pas été convenu avec l'agence temporaire qu'une nouvelle mission reprendrait le 21 août 2017. Il s'agissait d'une continuité. Elle n'avait échangé aucun courrier ou courriel avec l'agence temporaire à ce sujet. 31. Par courriel du 21 décembre 2018, la responsable des ressources humaines de l'entreprise D_____ a précisé que l'agence avait été informée que le chantier allait fermer du 31 juillet au 18 août 2017 et que l'assuré n'avait pas demandé à prendre des vacances au-delà de la réouverture du chantier. 32. Par décision sur opposition du 16 avril 2019, la caisse a rejeté l'opposition formée par l'assuré à sa décision du 25 avril 2018. Durant le délai-cadre d'indemnisation, l'assuré avait été engagé dès le 20 juin 2017 par l'employeuse pour une durée maximale de trois mois. Le contrat avait été reconduit pour une durée déterminée dès le 21 septembre 2017. Afin de déterminer si le salaire y afférant devait être réputé convenable, il y avait lieu de prendre en considération les montants suivants : - gain assuré : CHF 5'745.- ; - indemnité journalière (80%) : CHF 211.80 ; - indemnisation mensuelle moyenne à 80% : CHF 4'596.06 ; - salaire mensuel déterminant au titre de l'activité de l'assuré : CHF 5'925.20 (salaire horaire de base + jours fériés + 13^{ème} salaire pour un horaire de 40,5 heures par semaine [moyenne gros-oeuvre]) : $30.04 + 0.83 + 2.84 = \text{CHF } 33.71$, soit 175,77 heures x CHF 33.71 = CHF 5'925.20. Le salaire de l'assuré au titre de l'activité exercée dès le 20 juin 2017 représentait un salaire convenable. En effet, le salaire mensuel déterminant, soit le montant de CHF 5'925.20, était supérieur au montant de l'indemnité de chômage, qui était de CHF 4'596.06 brut en moyenne (21,7 jours contrôlés) et de CHF 4'871.40 bruts pour le mois d'août 2017 (23 jours contrôlés). Le revenu perçu par l'assuré durant le mois de juillet 2017, soit CHF 5'746.20, était supérieur à son droit aux indemnités de chômage qui s'élevait à CHF 4'447.80. Il était précisé au chiffre marginal C139 du Bulletin LACI IC relatif à

l'application des art. 24 LACI et 41a OACI que lorsqu'un assuré prenait une activité dont le salaire était réputé convenable et l'exerçait pendant au moins une période de contrôle, il était considéré comme étant sorti du chômage et le revenu qu'il retirait de cette activité ne pouvait être considéré comme un gain intermédiaire. La période de contrôle équivalait à un mois civil. En l'espèce, l'assuré avait débuté son activité le 20 juin 2017. Dès lors, le 31 juillet 2017, il avait exercé cet emploi durant au moins une période de contrôle, soit durant toute la période de contrôle de juillet 2017. Par conséquent. Il devait être considéré comme étant sorti du chômage dès le 20 juin 2017 et il n'avait plus droit aux indemnités de chômage à compter de cette date et cela tant que son emploi perdurait. Il n'y avait pas eu de fin de mission le 31 juillet 2017, mais une fermeture d'entreprise, dès lors que, durant la période du 31 juillet 2017 au 18 août 2017, l'assuré était toujours sous rapport de travail. Par ailleurs, il ne s'agissait pas uniquement de vacances d'entreprise, car l'assuré avait confirmé, le 26 juillet 2018, avoir pris des vacances du 31 juillet au 18 août 2017 et que c'était lors de son retour le 18 août 2017 qu'il avait pris contact avec l'agence. Si effectivement la mission avait pris fin et qu'une nouvelle mission avait débuté le 21 août 2017, se posait la question de savoir pour quel motif aucun contrat de travail n'avait été établi. Contrairement à ce que prétendait l'assuré, la fiche d'heures hebdomadaires de l'entreprise D_____ ne prouvait pas qu'il y avait eu une fin de mission, car ce document attestait uniquement des heures hebdomadaires effectuées par l'assuré du 24 au 27 juillet 2017. Le fait que la fermeture annuelle de l'entreprise cliente de l'employeur ait eu lieu du (lundi) 31 juillet 2017 au (vendredi) 18 août 2017 et que l'assuré n'avait pas été rémunéré pendant cette période n'y changeait rien, étant précisé que pendant la période où l'assuré prenait ses vacances ou durant des vacances d'entreprise, il y avait lieu de compter comme gain intermédiaire le salaire complet qu'il aurait touché s'il n'avait pas pris de vacances. Il n'importait pas de savoir dans quelle mesure la durée des vacances et les indemnités de vacances acquises se recouvraient. La négation du droit étant confirmée pour la période du 1^{er} août au 18 août 2017, il convenait de confirmer également la restitution des prestations versées pendant la période litigieuse du 1^{er} août au 18 août 2017, soit CHF 2'307.05. 33. Le 16 mai 2019, l'assuré a formé recours contre la décision précitée, concluant à ce qu'il soit constaté qu'il s'était bien vu notifier une fin de mission par l'entreprise D_____ la semaine du 28 juillet 2017, qu'une prise de vacances avait été convenue avec son conseiller ORP pour la période du 1^{er} juillet au 18 août 2017, que la période du 31 juillet 2017 au 18 août 2017 constituait une période de chômage et à ce que la caisse soit en conséquence condamnée au paiement des indemnités relatives à la période litigieuse pour un montant net de CHF 2'307.05, respectivement conclure à l'absence d'obligation de restituer ce montant, avec suite de frais et dépens. En l'espèce, la société bailleresse de services B_____ avait proposé à l'assuré un contrat de mission auprès de l'entreprise D_____ le 20 juin 2017 pour une entrée en service le même jour. Un contrat de travail avait par conséquent été formé à ce moment-là pour une durée maximale de trois mois. Ce type de contrat était de nature mixte, dans la mesure où il s'agissait d'un contrat de durée déterminée une fois arrivé à échéance, mais qu'il pouvait être résilié de manière anticipée, constituant dès lors un contrat de durée indéterminée. En signifiant une fin de mission pour le 28 juillet 2017, l'entreprise D_____ avait entraîné la résiliation du contrat de travail, si bien que l'assuré s'était retrouvé sans emploi dès le 28 juillet 2017. Dès lors, la période entre les deux contrats de mission ne pouvait être qualifiée autrement qu'en période de chômage, si bien que la demande de restitution était dénuée de tout fondement. L'assuré avait droit à cinq jours consécutifs non soumis au contrôle après chaque période de 60 jours de chômage contrôlé. Durant ces jours

sans contrôle, il n'était pas tenu d'être apte au placement, mais restait soumis aux conditions dont dépendait le droit à l'indemnité. Dans le cas d'espèce, l'assuré avait ouvert un droit au chômage le 1^{er} mai 2016 et n'avait jamais été au bénéfice d'une période non soumise au contrôle jusqu'à sa prise de vacances en été 2017. Partant, conformément à l'accord passé avec son conseiller ORP, il avait droit à l'indemnisation prévue dans le cadre de l'exercice du droit ancré à l'art. 27 OACI pour la période du 31 juillet au 18 août 2017. Le recourant a notamment produit à l'appui de son recours une « feuille d'heures » pour la semaine 30, à l'entête de l'entreprise D_____ et signée par le responsable de celle-ci, qui indiquait le nombre d'heures travaillées par jour par l'assuré pour la semaine commençant le 24 juillet. Une croix en fin de document indiquait que la mission était terminée. 34. Par réponse du 3 juin 2019, la caisse a conclu au rejet du recours. Bien que sur le relevé d'heures de la semaine du 24 au 28 juillet 2017, il était indiqué que la mission était terminée, l'entreprise D_____ avait confirmé à la caisse qu'elle avait averti l'agence temporaire B_____ que le chantier allait fermer, et non pas que la mission était terminée, et que la reprise de l'activité dès le 21 août 2017 s'inscrivait dans la continuité du contrat de travail débuté le 21 juin 2017. B_____ avait certifié n'avoir jamais signifié de fin de mission au recourant. À l'égard de la période du 14 au 20 août 2017, le recourant faisait valoir que B_____ ne pouvait pas expliquer son absence sur le chantier durant cette période. Comme l'avait attesté l'entreprise D_____, le chantier était fermé jusqu'au 18 août 2017 et le recourant avait également confirmé, dans le cadre de son opposition, qu'il avait été en vacances du 31 juillet au 18 août 2017, même si sur le formulaire IPA du mois d'août 2017, complété le 20 août 2017, il avait indiqué avoir pris des vacances du 31 juillet au 11 août 2017. Cela expliquait l'absence du recourant sur le chantier durant la période en question. S'agissant de la période de vacances du 31 juillet 2017 au 18 août 2017 prévue avec le conseiller ORP, cet accord ne permettait pas d'inférer qu'il y avait une fin de mission, car en cas de gain intermédiaire, convenable ou pas, le recourant avait la possibilité de prendre des vacances, tout en étant sous rapport de travail, cela en accord avec son employeur et son conseiller ORP. 35. Par réplique du 25 juin 2019, le recourant a fait valoir que l'entreprise D_____ lui avait bien notifié une fin de mission. Le motif ayant présidé au prononcé de la fin de la mission, soit une fermeture du chantier, était irrelevante, dans la mesure où l'effet produit ne pouvait différer dans le cas où le motif invoqué aurait été autre. La seule et unique raison expliquant son absence sur le chantier du 31 juillet au 18 août 2017 résidait dans le fait qu'il bénéficiait d'une période sans contrôle prévue de concert avec son conseiller ORP. S'il était exact que la planification de cette période sans contrôle ne pouvait à elle seule attester d'une fin de mission, il fallait relever que l'assuré ainsi que son conseiller avaient fait preuve de diligence en planifiant une période sans contrôle tout en évitant d'interrompre le cours d'une mission. L'argument selon lequel la société B_____ n'avait pas signifié de fin de mission ne convainquait pas. Pour rappel en effet, la société locataire de services qui signifiait une fin de mission au travail temporaire produisait un effet direct sur le contrat de travail liant la société intérimaire et son employé. Si le contrat-cadre subsistait lors d'une fin de mission, le travailleur retrouvait sa qualité de demandeur d'emploi au sens de la LACI. Les gains obtenus lors de l'exécution de missions étaient dès lors qualifiés de gains intermédiaires et les périodes sises entre ces gains étaient ainsi indemnisées par l'assurance-chômage. Il en allait de même des jours sans contrôle durant lesquels l'assuré n'était pas tenu d'être apte au placement. En suivant le raisonnement de la caisse, l'assuré n'avait pas la possibilité de bénéficier des jours sans contrôle prévus dans l'ordonnance fédérale. Si la nécessité pour l'assureur de réduire ses prestations aux assurés était compréhensible, il ne fallait pas que ce

principe d'économicité conduise à nier tout droit à l'assuré d'être indemnisé, lorsque son employeur ou l'entreprise pour laquelle il exécutait sa prestation de travail prenait elle aussi des mesures visant à réduire ses coûts. En refusant d'indemniser la période litigieuse, l'intimée avait reporté sur son assuré le risque économique généré par les modalités inhérentes au travail temporaire, alors que ce même travail temporaire lui permettait de réduire des dépenses à hauteur des gains intermédiaires réalisés par le demandeur d'emploi. En conséquence, le recourant persistait dans sa position. 36. Lors d'une audience du 19 février 2020 devant la chambre de céans : a. le recourant a déclaré : « J'avais des rendez-vous de mois en mois avec mon conseiller. Quand je voulais prendre des vacances, je l'en informais par oral et il m'autorisait à le faire également oralement (...). Chaque année, je prenais toujours trois semaines de vacances même si les chantiers étaient interrompus moins longtemps. Cette période passe vite pour visiter la famille au pays. Il est compliqué de travailler avec les agences (...). S'agissant de mon retour de vacances, j'ai attendu l'appel de B_____ qui m'a appelé le jeudi de la troisième semaine de vacances pour me dire que je travaillerais dès le lundi suivant de nouveau pour D_____. Elle ne m'a fait aucune remarque sur la longueur de mes vacances ni n'a essayé de me joindre auparavant. En général les chantiers s'arrêtent trois semaines. » b. Monsieur G_____ du Syndicat UNIA a déclaré : « Mon client a reçu une fin de mission par D_____ (pièce 4 recourant) pour le 28 juillet. Mon client a informé B_____ du fait qu'il allait prendre des vacances durant l'interruption du chantier. Dans son esprit, la mission était terminée le 28 juillet 2017. Je précise que D_____ a informé la caisse que le chantier n'avait ré-ouvert que le 21 août 2017. La prise de vacances de mon client a été validée par B_____ et l'ORP. Mon client a l'habitude de prendre ses vacances à cette période, car tous les chantiers sont fermés. La fermeture annuelle est prévue par la Convention nationale du gros-oeuvre. Je conteste que le chantier de D_____ ait été réouvert le 14 août 2017, comme le soutient B_____ le 5 octobre 2018. Mon client a informé oralement par téléphone B_____ de sa période de vacances et B_____ en a pris acte, également oralement. Il n'y a donc pas de traces au dossier. Si le recourant ne s'était pas présenté à la réouverture du chantier de D_____ le 14 août, D_____ aurait certainement réagi auprès de B_____ qui (l') aurait invité à se rendre sur le chantier (...). La caisse s'est trouvée devant des informations contradictoires au niveau des dates d'interruption du chantier de D_____, en raison des errances administratives et de gestion de B_____. Les informations émanant de D_____ sont plus probantes. C'est mon client qui en fait les frais. J'attire l'attention de la chambre de céans sur la pièce 6 qui démontre les lacunes dans le travail de B_____ avec un contrat établi largement postérieurement au début de la mission, notamment. Je souhaite enjoindre la caisse à se fonder sur les déclarations de D_____ et non sur celles de B_____ (...). La pratique est immuable. Lorsque la mission est terminée, les feuilles d'heures sont données aux ouvriers par la société utilisatrice, qui spécifie quand la mission est terminée. Si D_____ s'est trompée, B_____ aurait dû le rectifier. » c. Monsieur H_____, représentant l'intimée, a déclaré : « Les décisions de l'ORP en matière de vacances sont généralement orales (...). J'attire l'attention sur le courrier adressé par B_____ du 10 août 2017 à Unia l'informant que l'assuré était en vacances du 31 juillet au 13 août (fermeture du chantier) et qu'il reprendrait sa mission le 14 août (pièce 54). Je vous renvoie également à la pièce 92, dont il ressort que D_____ a informé le 21 décembre 2018 la caisse que le chantier où l'assuré travaillait avait été fermé du 31 juillet au 18 août 2017 (...). Pour nous, ce qui est déterminant c'est de savoir si à la date de prise de vacances le recourant était toujours sous contrat. S'agissant de la pièce 4 produite par le recourant et émanant de D_____, si j'avais

été à la place du recourant, j'aurais évidemment compris qu'il s'agissait d'une fin de mission, puisque cela est expressément indiqué sur cette pièce. Cela ne permet pas de revoir la position de la caisse, vu l'instruction qui a été ensuite faite par celle-ci. Je n'ai pas d'avis sur la pratique dans le domaine des chantiers et des missions sur des chantiers spécifiques sur la question de savoir qui informe l'ouvrier d'une fin de mission, soit l'employeur ou la société utilisatrice. » 37. Sur ce, la cause a été gardée à juger. EN DROIT 1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982 (loi sur l'assurance-chômage, LACI - RS 837.0). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie. 2. Le délai de recours est de trente jours (art. 56 LPGA; art. 62 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]). Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA et 62 ss LPA). 3. Le litige porte sur le bien-fondé de la demande de restitution adressée au recourant par l'intimée pour les indemnités perçues en août 2017. 4. Selon l'art. 8 LACI l'assuré a droit à l'indemnité de chômage: a. s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 10); b. s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (art. 11); c. s'il est domicilié en Suisse (art. 12); d. s'il a achevé sa scolarité obligatoire, qu'il n'a pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touche pas de rente de vieillesse de l'AVS; e. s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (art. 13 et 14); f. s'il est apte au placement (art. 15); et g. s'il satisfait aux exigences du contrôle (art. 17). 5. a. Selon l'art. 20 al. 1, phr. 1 LACI, le chômeur exerce son droit à l'indemnité auprès d'une caisse qu'il choisit librement. Selon l'art. 21 LACI, l'indemnité de chômage est versée sous forme d'indemnités journalières. Cinq indemnités journalières sont payées par semaine. Selon l'art. 22 al. 2 LACI, une indemnité journalière s'élevant à 70% du gain assuré est octroyée aux assurés qui : a. n'ont pas d'obligation d'entretien envers des enfants de moins de 25 ans; b. bénéficient d'une indemnité journalière entière dont le montant dépasse CHF 140.-; c. ne touchent pas une rente d'invalidité correspondant à un taux d'invalidité d'au moins 40%. b. Selon le Bulletin LACI IC Marché du travail / assurance-chômage (C78), pour un gain assuré allant de CHF 3'797.- à CHF 4'340.-, l'indemnité journalière est d'au moins CHF 140.-. Pour un gain assuré de CHF 3'797.-, l'indemnité journalière est de CHF 140.- = 80%. Pour un gain assuré de CHF 4'000.-, l'indemnité journalière est de CHF 140.- = 76%. Pour un gain assuré de CHF 4'340.-, l'indemnité journalière est de CHF 140.- = 70% (C79). 6. Selon l'art. 23 al. 1 LACI, est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence, y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement, dans la mesure où elles ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail. Le montant maximum du gain assuré (art. 18 LPGA) correspond à celui de l'assurance-accidents obligatoire. Le gain n'est pas réputé assuré lorsqu'il n'atteint pas un montant minimum. Le Conseil fédéral détermine la période de référence et fixe le montant minimum. Selon l'art. 24 al. 1 et 3 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. Le taux d'indemnisation est déterminé selon l'art. 22. Le Conseil fédéral fixe le mode de calcul du

gain retiré d'une activité indépendante (al. 1). Est réputée perte de gain la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux. Les gains accessoires ne sont pas pris en considération (art. 23, al. 3 ; al. 3). Selon l'art. 16 al. 2 let. i LACI, n'est pas réputé convenable et, par conséquent, est exclu de l'obligation d'être accepté, tout travail qui procure à l'assuré une rémunération qui est inférieure à 70 % du gain assuré, sauf si l'assuré touche des indemnités compensatoires conformément à l'art. 24 (gain intermédiaire); l'office régional de placement peut exceptionnellement, avec l'approbation de la commission tripartite, déclarer convenable un travail dont la rémunération est inférieure à 70% du gain assuré. Selon l'art. 41a al. 1 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (OACI - RS 837.02), lorsque l'assuré réalise un revenu inférieur à son indemnité de chômage, il a droit à des indemnités compensatoires pendant le délai-cadre d'indemnisation. Cette disposition a été jugée conforme à la LACI (ATF 127 V 480 et arrêt du Tribunal fédéral C 287/05 du 21 août 2006). Il résulte de cette disposition légale que le droit à une indemnité compensatoire est subordonné à la réalisation d'un gain intermédiaire. Or, il est de jurisprudence constante que l'on ne se trouve plus en présence d'un tel gain lorsque l'assuré exerce une activité réputée convenable, qui lui procure désormais un revenu correspondant au moins à celui de l'indemnité de chômage. Il en va en revanche différemment si, durant la période en cause, l'assuré accepte un travail dont la rémunération n'est pas réputée convenable au sens de l'art. 16 LACI (cf. ATF 127 V 480 , 121 V 54 consid. 2, 359 consid. 4b; 120 V 250 ss. consid. 5c, 512 consid. 8c). Dans cette éventualité, il a droit à l'indemnisation de sa perte de gain qui sera calculée conformément à l'article 24 LACI (arrêt du Tribunal fédéral C 287/05 du 21 août 2006). La définition du travail convenable permet de délimiter les emplois dont le revenu peut être pris en compte à titre de gain intermédiaire et ceux considérés comme convenables et mettant par conséquent fin au chômage (arrêt du 3 juin 2003 [C247/02] consid. 3.1). Le seuil de rémunération mettant fin au chômage correspond au montant de l'indemnité de chômage (art. 41a al. 1 OACI) sur une période de contrôle entière (art. 18a LACI ; B. RUBIN, commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, p. 264 n° 10). Chaque mois civil constitue une période de contrôle (art. 27a OACI). Une rémunération inférieure à ce seuil entraîne l'application des règles relatives au gain intermédiaire. La comparaison doit se faire entre le gain journalier brut et l'indemnité journalière brute (ATF 121 V 51 consid.4a p. 56 ; B. RUBIN op. cit.). Enfin, la perte de gain indemnifiable correspond à la différence entre le gain déterminant et le gain intermédiaire, 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 (B. RUBIN, op. cit., p. 268 n°25). Le calcul de la perte de gain est ainsi effectué selon la formule « Gain assuré x jours de contrôle / 21,7 - Gain intermédiaire » (arrêt du Tribunal fédéral 8C 1027/2008 du 8 septembre 2009). Le gain intermédiaire est calculé normalement sur le total du revenu réalisé pendant la période de contrôle. Y entrent le salaire de base, les indemnités pour jours fériés et autres éléments constitutifs du salaire auxquels l'assuré a droit, tels que 13^{ème} salaire, gratifications, commissions, allocations de résidence, allocation de renchérissement, supplément pour travail de nuit, travail du dimanche, travail en équipes, service de piquet, si l'assuré touche normalement ces suppléments en raison de la nature de ses activités ou de son horaire de travail. L'indemnité de vacances versée en plus du salaire de base n'est prise en compte comme gain intermédiaire qu'au moment où l'assuré prend effectivement ses vacances (C149 ss du Bulletin LACI IC.) Le 13^{ème} salaire et les gratifications sont répartis

proportionnellement sur les périodes de contrôle où l'assuré a réalisé un gain intermédiaire. Si le montant de la gratification n'est pas connu durant le rapport de travail en gain intermédiaire, la caisse répartit cette gratification, dès qu'elle en a connaissance, sur la période de référence au prorata des heures accomplies chaque mois. Cela signifie qu'elle doit recalculer les périodes de décompte et établir une décision de restitution pour autant que le montant de la restitution revête une importance notable (C126). 7. En l'espèce, à teneur du contrat de mission signé le 20 juin 2017 par l'assuré, ce dernier était engagé dès cette date par B_____, pour trois mois, comme maçon affecté à l'entreprise D_____. En l'absence de licenciement ou de démission, la mission prenait fin à son terme, au plus tard, trois mois après son début. À tout moment durant cette période, le contrat de mission pouvait être résilié par les deux parties avec un préavis de deux jours ouvrables. Le recourant a fait valoir qu'il pensait que sa mission était terminée à la fin du mois de juillet, en se prévalant de la feuille d'heures semaine 30 de l'entreprise D_____, qui l'indiquait. Il est établi, et non contesté, que le chantier sur lequel travaillait le recourant a été interrompu au mois d'août pour les vacances annuelles. Il est possible que le recourant ait cru par erreur que son contrat de travail avait été résilié, dès lors que sa feuille d'heures mentionnait que la mission était terminée, alors que la mission était, apparemment, seulement interrompue temporairement en raison des vacances annuelles. La feuille d'heures semaine 30 ne pouvait pas constituer une résiliation du contrat de travail liant le recourant à B_____, vu son contenu qui constitue essentiellement un relevé d'heures par semaine à indemniser et surtout parce qu'elle émanait de l'entreprise D_____, qui n'était pas l'employeuse du recourant. Au moment du départ de ce dernier en vacances, à la fin du mois de juillet 2017, il n'avait pas encore été constaté par la caisse qu'il était sorti du chômage, étant relevé que les mois précédents, l'assuré travaillait déjà pour B_____ en gains intermédiaires. Lorsque la caisse a établi qu'il avait travaillé pour B_____ pendant au moins une période de contrôle, en l'occurrence le mois de juillet, avec un salaire réputé convenable, puisqu'il avait touché pour ce mois un salaire plus élevé que son droit à l'indemnité de chômage, elle devait en tirer la conséquence, selon le ch. C139 du Bulletin LACI IC relatif à l'application des art. 24 LACI et 41a OACI, qu'il était sorti du chômage. Partant, c'est à juste titre que la caisse a demandé la restitution des indemnités qui lui ont été versées sans droit en août 2017. 8. a. Il convient d'examiner encore si l'assuré peut se prévaloir du principe de la bonne foi. b. Découlant directement de l'art. 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi protège le citoyen dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités, lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration (ATF 129 I 161 consid. 4.1; ATF 128 II 112 consid. 10b/aa; ATF 126 II 377 consid. 3a et les arrêts cités). De la même façon, le droit à la protection de la bonne foi peut aussi être invoqué en présence, simplement, d'un comportement de l'administration susceptible d'éveiller chez l'administré une attente ou une espérance légitime (ATF 129 II 381 consid. 7.1 et les nombreuses références citées). Selon la jurisprudence, un renseignement ou une décision erronés de l'administration peuvent obliger celle-ci à consentir à un administré un avantage contraire à la réglementation en vigueur, à condition que : a) l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, b) qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de ses compétences et c) que l'administré n'ait pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu ; d) il faut encore qu'il se soit fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour prendre des dispositions auxquelles

il ne saurait renoncer sans subir de préjudice, et e) que la réglementation n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée (ATF 131 II 627 consid. 6; ATF 129 I 161 consid. 4.1 ; ATF 126 II 377 consid. 3a et les références citées). Une autorité ne peut toutefois pas valablement promettre le fait d'une autre autorité (arrêt du Tribunal fédéral des assurances K 7/04 du 27 janvier 2005 consid. 3.1). c. En l'espèce, le conseiller de l'assuré est intervenu concrètement en l'autorisant à partir en vacances. Ses compétences se limitaient toutefois à le libérer du contrôle, en application de l'art. 27 OACI. Selon cette disposition, l'assuré a droit à cinq jours consécutifs non soumis au contrôle après chaque période de 60 jours de chômage contrôlé. Durant ces jours sans contrôle, l'assuré n'est pas tenu d'être apte au placement, mais reste soumis aux conditions dont dépend le droit à l'indemnité (Bulletin LACI IC/B 364). Dans cette mesure, le conseiller a agi dans le cadre de ses compétences. L'on ne peut retenir qu'il a donné une autorisation erronée ou manqué à son obligation de renseigner, dès lors qu'au moment où il s'est prononcé, soit au plus tard courant juillet, la caisse n'avait pas encore constaté que l'assuré était sorti du chômage et que cela n'était pas encore évident, puisque cela dépendait du salaire touché par le recourant au mois de juillet. L'autorisation de partir en vacances donnée par le conseiller du recourant ne portait que sur son domaine de compétence et ne pouvait pas engager la caisse s'agissant du versement des indemnités. Enfin et surtout, il y a lieu de retenir que le recourant ne peut pas se prévaloir de bonne foi de l'autorisation de partir en vacances donnée par son conseiller, dès lors qu'il avait déjà été confronté à la même problématique en 2016, ayant reçu une demande de remboursement de la caisse pour le mois d'octobre 2016 et n'ayant pas été payé pendant ses vacances prises en août 2016. Même s'il n'était pas complètement au clair sur son droit aux indemnités pendant sa période de vacances en août 2017, il pouvait et devait se renseigner à ce sujet auprès de la caisse, en demandant si nécessaire l'aide du syndicat UNIA dont il avait déjà bénéficié. Enfin, il ressort des déclarations de l'assuré qu'il prenait de manière régulière trois semaines de vacances pendant la période d'interruption des chantiers durant l'été et cela, même si ceux-ci étaient interrompus moins longtemps, de sorte qu'il n'est pas rendu vraisemblable qu'il aurait renoncé à ses vacances, s'il avait su qu'il était sorti du chômage. Même si l'on retenait que l'entreprise D_____ a donné un renseignement erroné à l'assuré en lui signifiant la fin de sa mission dans la feuille d'heures de juillet, cela n'engagerait pas la caisse. Le recourant ne peut donc se prévaloir du principe de la bonne foi vis-à-vis de son obligation de restituer les sommes indues pour le mois d'août 2017. d. En vertu de l'art. 95 al. 1 LACI, en relation avec l'art. 25 LPGA, la caisse doit exiger la restitution de prestations indûment versées. L'administration peut reconsidérer une décision formellement passée en force de chose jugée et sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée au fond, à condition qu'elle soit sans nul doute erronée et que sa rectification revête une importance notable (ATF du 12 mars 2001, C 402/00, consid. 1a; ATF 126 V 42 , consid. 2b). Le non-respect d'une norme dans une situation de fait qui en commande clairement l'application relève bien d'une décision sans nul doute erronée (arrêt du Tribunal fédéral C 32/07 du 7 décembre 2007 consid. 3.2). Quant à l'importance notable de la rectification, ce critère est réalisé dès que la rectification porte sur un montant qui dépasse plusieurs centaines de francs (Boris RUBIN, Assurance-chômage, Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, Procédure, 2ème éd., Zurich, Bâle, Genève 2006, p. 827). e. Dans le cas présent, il a d'ores et déjà été établi que des indemnités de chômage avaient été versées à tort à l'assuré en août 2017. Il faut donc admettre que la disposition légale topique n'a pas été correctement appliquée et, partant, que le versement des prestations était manifestement erroné. Quant à la question de savoir si la rectification de

cette erreur revêt une importance notable, elle doit être à l'évidence tranchée par l'affirmative dans la mesure où le montant en cause s'élève à CHF 2'307.05. Il en découle que c'est à juste titre que l'intimée a réclamé la restitution des prestations indûment versées. f. Reste à examiner si la demande de la caisse est intervenue en temps utile. Aux termes de l'art. 25 al. 2 LPGA, le droit de demander la restitution s'éteint un an après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation. Sur ce point, la réglementation prévue par la LPGA reprend, matériellement, le contenu de l'ancien art. 95 al. 4 1^{ère} phrase LACI. Nonobstant la terminologie légale, il s'agit de délais de péremption (ATF 124 V 380, consid. 1). Contrairement à la prescription, la péremption prévue à l'art. 25 al. 2 LPGA ne peut être ni suspendue ni interrompue et, lorsque s'accomplit l'acte conservatoire que prescrit la loi, comme la prise d'une décision, le délai se trouve sauvegardé une fois pour toutes (ATF du 21 mars 2006, C 271/04, consid. 2.5). Selon la jurisprudence, le délai de péremption d'une année commence à courir dès le moment où la caisse de chômage aurait dû connaître les faits fondant l'obligation de restituer, en faisant preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle (ATF 122 V 270, consid. 5a). Il commence à courir dans tous les cas dès qu'il s'avère que les prestations en question étaient indues (ATF du 30 juillet 2007, K 70/06, consid. 5.1). En l'occurrence, l'intimée a adressé la décision de restitution au recourant le 25 avril 2018, soit moins d'un an depuis le versement à l'assuré de CHF 2'307,05 pour la période de contrôle d'août 2017, selon le décompte du 22 septembre 2017. Le délai d'une année prévu par l'art. 25 LPGA a ainsi été respecté. 9. Eu égard aux considérations qui précèdent, le recours est infondé et doit être rejeté. 10. La cause sera transmise à l'intimé pour décision sur la demande de remise du recourant (art. 25 al. 2 phr. 2 LPGA). 11. La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA). PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme :

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