

VD_GERICHTE ZQ23.023637 vom 30. Juli 2024

VD Tribunal cantonal, 2024-07-30, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_ZQ23.023637

FR: VD_GERICHTE ZQ23.023637 du 30 juillet 2024

IT: VD_GERICHTE ZQ23.023637 del 30 luglio 2024

Volltext

TRIBUNAL CANTONAL ACH 64/23 - 113/2024 ZQ23.023637 CO UR DE S
ASSURANCES SOCIALES _____

Arrêt du 30 juillet 2024 _____ Composition : M. PARRONE, juge unique
Greffière : Mme Vulliamy ***** Cause pendante entre : J. _____, à [...], recourant,
représenté par Me Milena Chiari, avocate à Lausanne, et R. _____, à [...], intimée.
_____ Art. 25, 49 al. 3 et 53 LPGA ; 24 et 95 al. 1 LACI 403

- 2 - E n f a i t : A. J. _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], a travaillé en
qualité de réceptionniste pour [...] du 10 septembre 2018 au 30 juin 2020, date pour laquelle
il a été licencié. Il s'est inscrit au chômage le 2 juin 2020 et a sollicité l'octroi d'indemnités
auprès de R. _____ (ci- après : la Caisse ou l'intimée) à 100 % dès le 1er juillet 2020.
Par courrier du 5 août 2020, la Caisse a informé l'assuré qu'il avait droit à l'indemnité
chômage dès le 1er juillet 2020 aux conditions suivantes : gain assuré de 3'813 fr. et
indemnité journalière fixée à 140 fr. brut avec un délai cadre ouvert jusqu'au 30 juin 2022.
De juillet à décembre 2020, l'assuré a régulièrement perçu une indemnité de chômage de
140 fr. calculée sur la base d'un gain assuré de 3'813 fr. multiplié par un taux de 79.67 % et
divisé par 21.70 (jours de travail moyens). Au mois de janvier 2021, l'assuré a indiqué, dans
le formulaire d'indications de la personne assurée (ci-après : IPA) de janvier 2021, avoir
travaillé du 4 au 22 janvier 2021 pour le Service [...] de la Ville de K. _____ et a
transmis deux attestations de gain intermédiaire d'un montant total de 1'252 fr. 74 ainsi
qu'une fiche de salaire de la Ville de K. _____ du même montant. La Caisse a dès lors
envoyé un second décompte à l'assuré pour janvier 2021 tenant compte d'un gain
intermédiaire de 1'156 fr. 40. Le 1er juillet 2021, l'assuré a signé un contrat de travail avec
la Fondation G. _____ pour un emploi de remplaçant en classe de pédagogie spécialisée
et accueil de jour à un taux d'activité variable à partir du 1er août 2021 pour une durée
indéterminée. Son salaire était fixé à un tarif horaire brut pour l'accueil de jour de 31 fr. 45
[25 fr. 13 + 3 fr. 90 d'indemnité de vacances et jours fériés + 2 fr. 42 de part au 13e salaire]
et de 58 fr. 10 [38 fr. 35 + 15 fr. 25 + 4 fr. 50] pour l'enseignement en classe de pédagogie
spécialisée.

- 3 - Pour le mois d'août 2021, une attestation de gain intermédiaire a été établie par la
D. _____ de la Ville de K. _____ (ci- après : D. _____) faisant état d'un montant
de 1'512 fr. 05 comme salaire de base et de 32 fr. 75 comme « autres éléments du salaire,
lesquels : alloc. rés. ». Le décompte d'août 2021 de la Caisse mentionne un gain
intermédiaire de 1'638 fr. 05. L'assuré a indiqué, dans son formulaire IPA d'août 2021,
avoir pris des vacances du 2 au 6 août et du 12 au 13 août 2021. Le 3 septembre 2021,
l'assuré a signé un contrat de travail avec la Ville de K. _____ pour un emploi de
personnel encadrant à la D. _____ pour un taux d'activité de 30.144 % dès le 1er août
2021 pour un salaire brut de 1'512 fr. 05 x 13 et une allocation de résidence de 393 fr., soit

32 fr. 75 mensuel. Pour le mois de septembre 2021, la D._____ a établi une attestation de gain de 1'544 fr. 80, à savoir 1'512 fr. 05 + 32 fr. 75, ce qui correspond à la fiche de salaire de la Ville de K._____. Le décompte de la Caisse du 13 octobre 2021 mentionne un gain intermédiaire de 1'638 fr. 05. Pour le mois d'octobre 2021, l'assuré a fait parvenir les attestations de gain intermédiaire suivantes à la Caisse : - une attestation établi par la D._____ d'un montant de 1'544 fr. 80, soit 1'512 fr. 05 de salaire de base et 32 fr. 75 comme allocation de résidence ; - une attestation de la Fondation G._____ d'un montant de 203 fr. 30, correspondant à 3.5 heures x 58 fr. 10 ; - une attestation du [...] d'un montant de 750 francs.

- 4 - Le décompte de la Caisse du mois d'octobre 2021 du 12 novembre 2021 mentionne un gain intermédiaire de 2'536 fr. 55. Le 23 novembre 2021, l'assuré a signé un contrat de travail avec la ville de K._____ pour un poste de personnel éducatif C payé à l'heure auprès de l'unité [...] du Service [...] du 1er octobre 2021 au 30 septembre 2023 au plus tard pour un salaire horaire brut de 34 fr. 35. Pour le mois de novembre 2021, l'assuré a transmis les attestations de gain intermédiaires suivantes : - une attestation de la Fondation G._____ d'un montant de 78 fr. 70, correspondant à 2.5 heures x 31 fr. 45, ; - une attestation de la Fondation G._____ d'un montant de 696 fr. 85 et indiquant 12 heures à 58 fr. 10 ; - une attestation établi par la D._____ d'un montant de 1'544 fr. 80 [1'512 fr. 05 de salaire de base et 32 fr. 75 comme allocation de résidence] ; - une attestation établi par la D._____ d'un montant de 111 fr. 63 correspondant à 3 heures x 37 fr. 21, soit 34 fr. 35 de salaire de base + 2 fr. 86 d'indemnité vacances. Le décompte de la Caisse du mois de novembre 2021 du 16 décembre 2021 mentionne un gain intermédiaire de 2'356 fr. 90. Pour le mois de décembre 2021, l'assuré a transmis les attestations de gain intermédiaires suivantes : - une attestation de la Fondation G._____ d'un montant de 1'480 fr. 90 et indiquant 25.50 heures à 58 fr. 10 ;

- 5 - - une attestation établi par la D._____ indiquant un montant de 2'174 fr. 80 comprenant notamment un montant de 1'512 fr. 05 de salaire de base et de 32 fr. 75 comme allocation de résidence ; - une attestation établi par la D._____ d'un montant de 325 fr. 60 correspondant à 8.75 heures x 37 fr. 21 et mentionnant en plus un montant de 30 fr. pour des frais de repas. Le décompte de la Caisse du mois de décembre 2021 du 7 février 2022 mentionne un gain intermédiaire de 3'087 fr. 60. Pour le mois de janvier 2022, l'assuré a transmis les attestations de gain intermédiaires suivantes : - une attestation de la Fondation G._____ d'un montant de 348 fr. 45, correspondant à 6 heures x 58 fr. 10 ; - une attestation établi par la D._____ d'un montant de 1'644 fr. 80 [1'512 fr. 05 de salaire de base et de 32 fr. 75 comme allocation de résidence] ; - une attestation établi par la D._____ d'un montant de 409 fr. 32 correspondant à 11 heures x 37 fr. 21 mentionnant également un montant de 20 fr. à titre de frais de repas. Le décompte de la Caisse du mois de janvier 2022 du 16 février 2022 mentionne un gain intermédiaire de 2'310 fr. 60. Pour le mois de février 2022, l'assuré a transmis les attestations de gain intermédiaires suivantes : - une attestation de la Fondation G._____ d'un montant de 214 fr. 85 et mentionnant 6.75 heures x 31 fr. 45 ;

- 6 - - une attestation de la Fondation G._____ d'un montant de 698 fr. 85, et indiquant à 12 heures x 58 fr. 10 ; - une attestation établi par la D._____ d'un montant de 1'744 fr. 80 dont notamment 1'512 fr. 05 de salaire de base et de 32 fr. 75 comme allocation de résidence ; - une attestation établi par la D._____ d'un montant de 638 fr. 30 correspondant à 18 heures x 34 fr. 35 + 20 fr. à titre d'indemnité de repas. Le décompte de

la Caisse du mois de février 2022 du 15 mars 2022 mentionne un gain intermédiaire de 2'237 fr. 55. Le 16 mars 2022, l'assuré a signé un avenant à son contrat de travail du 3 novembre 2021 avec l'unité [...] du Service [...] de la Ville de K._____ prévoyant que son salaire horaire brut passait de 34 fr. 35 à 36 fr. 16, soit 33 fr. 38 de salaire horaire et 2 fr. 78 d'indemnité vacances. Pour le mois de mars 2022, l'assuré a transmis une attestation établie par la D._____ d'un montant de 1'952 fr. 24 correspondant à 51.50 heures x 36 fr. 16 + 90 fr. de frais de repas. Le décompte de la Caisse du mois de mars 2022 du 8 avril 2022 mentionne un gain intermédiaire de 1'673 fr. 75. Pour le mois d'avril 2022, l'assuré a transmis les attestations de gain intermédiaires suivantes : - une attestation établi par la D._____ d'un montant de 1'544 fr. 80, dont 1'512 fr. 05 de salaire de base et de 32 fr. 75 comme allocation de résidence ;

- 7 - - une attestation établi par la D._____ d'un montant de 680 fr. 88 correspondant à 18 heures x 36 fr. 16 + 30 fr. à titre d'indemnité de repas. Le décompte de la Caisse du mois d'avril 2022 du 13 mai 2022 mentionne un gain intermédiaire de 2'147 fr. 05. Pour le mois de mai 2022, l'assuré a transmis les attestations de gain intermédiaires suivantes : - une attestation établi par la D._____ d'un montant de 1634 fr. 80 soit 1'512 fr. 05 de salaire de base + 32 fr. 75 comme allocation de résidence + 90 fr. de frais de repas ; - une attestation établi par la D._____ d'un montant de 843 fr. 60 correspondant à 22.50 heures x 36 fr. 16 + 30 fr. à titre d'indemnité de repas. Le décompte de la Caisse du mois de mai 2022 du 14 juin 2022 mentionne un gain intermédiaire de 2'400 fr. 10. Pour le mois de juin 2022, l'assuré a envoyé une attestation établie par la D._____ faisant état d'un montant de 1'671 fr. 20 [1'638 fr. 45 de salaire de base + 32 fr. 75 d'allocation de résidence] et d'un montant de 150 fr. de frais de repas. Le décompte de la Caisse du mois de juin 2022 du 8 juillet 2022 mentionne un gain intermédiaire de 1'957 fr. 70. Selon le formulaire IPA de juillet 2022, l'assuré a pris des vacances du 18 au 29 juillet 2022. Par décision du 29 août 2022, la Caisse a rejeté la demande d'indemnité de chômage de l'assuré pour les périodes de contrôle d'octobre et décembre 2021 ainsi que de février, mars et avril 2022 au

- 8 - motif que le revenu journalier réalisé pendant ces périodes était supérieur à l'indemnité journalière de 140 fr. à laquelle il avait droit. Elle a en effet retenu que l'assuré avait réalisé un revenu de 2'969 fr. 90 en octobre 2021, de 3'760 fr. 70 en décembre 2021, de 3'306 fr. 10 en février 2022, de 3'799 fr. 10 en mars 2022 et de 2'989 fr. 70 en avril 2022. Par décision du 29 août 2022, la Caisse a demandé à l'assuré la restitution d'un montant de 7'050 fr. 90. Elle a expliqué que, selon les éléments complémentaires reçus de la ville de K._____, le salaire de l'assuré avait, en juillet 2022, été revu rétroactivement dès le 1er août 2021, que les indemnités de résidence et salaires en nature variables n'avaient pas été pris en considération, que le droit aux vacances auprès de la Fondation G._____ n'avait pas été pris en compte de manière correcte, que durant le mois de février 2022, le gain intermédiaire réalisé auprès de la Fondation G._____ n'avait pas été pris en considération, ni le gain intermédiaire complémentaire de 51.5 heures réalisé auprès de la ville de K._____ au mois de mars 2022. A cette décision étaient annexés des décomptes corrigés d'août 2021 à juin 2022 ainsi que des fiches de salaire de la ville de K._____ selon lesquelles l'assuré avait touché un salaire brut de 1'512 fr. 05 + 32.75 d'allocation de résidence d'août 2021 à mai 2022, puis de 1'671 fr. 20 + 36 fr. 20 dès juin 2022 ainsi que des frais de repas qui variaient chaque mois. Ces fiches de salaire indiquaient également chaque mois un salaire horaire comprenant une indemnité de vacances et de 13e salaire pour les heures effectuées le mois précédant ainsi que parfois des heures de remplacement.

Le 8 septembre 2022, l'assuré a reconnu sa fille née le 3 mai 2022. Par courrier du 15 septembre 2022, la Caisse a informé l'assuré que son délai-cadre d'indemnisation prendrait fin le 30 novembre 2022. Le 16 septembre 2022, l'assuré s'est opposé à la décision de restitution de la Caisse du 29 août 2022 en relevant qu'il avait fourni

- 9 - chaque mois tous les documents demandés, y compris les attestations de gain intermédiaire, que les jours d'indemnités calculés sur les décomptes initiaux et les décomptes de demande de restitution différaient sans recevoir aucune explication, que le service des ressources humaines de la ville de K. _____ lui avait indiqué par deux fois qu'il n'y avait pas d'erreur dans son contrat de travail et enfin qu'il était passé dans les locaux de la Caisse pour discuter de vive voix après avoir pris contact par courriel le 31 août 2022 mais que personne n'avait pu ou voulu le renseigner le jour de son passage. Par courriel du 3 septembre 2022, l'assuré a informé la Fondation G. _____ qu'il ne pouvait plus lui proposer ses services en qualité d'auxiliaire remplaçant sur appel du moment qu'il travaillait à 50 % pour la ville de K. _____ réparti sur tous les jours de la semaine. Le 19 décembre 2022, l'assuré a transmis à la Caisse un courriel reçu le même jour de la ville de K. _____ selon lequel les heures payées en septembre et octobre 2022 seraient déduites de son salaire de janvier 2023 du moment que dès septembre 2022, il avait touché un salaire pour un 50.24 % sans que sa feuille d'heures ne soit modifiée ce qui faisait que les heures faites en plus en septembre et octobre 2022 avaient été payées alors qu'il avait touché un salaire augmenté au nouveau taux. Le 22 mars 2023, faisant suite à une demande de la Caisse, la D. _____ a renseigné le tableau suivant : Période Salaire Allocation Repas Remplacement mensuel résidence Août 2021 CHF CHF 36.20 CHF 0.00 CHF 0.00 1'671.20 Septembre CHF CHF 36.20 CHF 0.00 CHF 0.00 2021 1'671.20 Octobre 2021 CHF CHF 36.20 CHF 170.- CHF 0.00

- 10 - 1'671.20 Novembre CHF CHF 36.20 CHF 170.- CHF 0.00 2021 1'671.20 Décembre CHF CHF 36.20 CHF 200.- CHF 0.00 2021 1'671.20 Janvier 2022 CHF CHF 36.20 CHF 120.- CHF 0.00 1'671.20 Février 2022 CHF CHF 36.20 CHF 120.- CHF 0.00 1'671.20 Mars 2022 CHF CHF 36.20 CHF 90.- CHF 0.00 1'671.20 Avril 2022 CHF CHF 36.20 CHF 220.- CHF 0.00 1'671.20 Mai 2022 CHF CHF 36.20 CHF 70.- CHF 0.00 1'671.20 Juin 2022 CHF CHF 36.20 CHF 120.- CHF 260.45 1'671.20 Le 3 avril 2023, la Caisse a indiqué à l'assuré qu'il apparaissait qu'une décision sur opposition pourrait lui être plus défavorable que la décision du 29 août 2022 du moment que c'était un montant de 7'082 fr. 70 au lieu de 7'050 fr. 90 qui lui serait réclamé selon les tableaux suivants :

- 11 - Par décision sur opposition du 2 mai 2023, la Caisse a rejeté l'opposition formée par l'assuré et a réformé sa décision du 29 août 2022 dans le sens où c'était un montant de 7'082 fr. 70 qui était demandé en restitution en se référant aux mêmes tableaux que ceux mentionnés dans son courrier du 3 avril 2023. B. Par acte du 1er juin 2023, J. _____ a, sous la plume de sa mandataire, recouru contre cette décision sur opposition auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant principalement à sa réforme en ce sens qu'aucun montant n'était demandé en restitution et subsidiairement à son annulation et au renvoi de la cause à l'intimée pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Il a fait valoir qu'il ne contestait pas que l'augmentation de son salaire auprès de la ville de K. _____ était intervenue postérieurement aux versements perçus pour la période du 1er août 2021 au 30 juin 2022 mais qu'il ne lui était en revanche pas possible de déterminer quel montant était en lien avec cette augmentation rétroactive. Ensuite, le droit aux vacances et le gain intermédiaire auprès de la Fondation G. _____ ainsi que le gain

intermédiaire de 51.50 heures n'étaient pas des éléments nouveaux et ne pouvaient pas faire l'objet d'une révision, mais seulement d'une reconsidération dont les conditions n'étaient en l'espèce pas remplies. A

- 12 - titre de mesure d'instruction, il a requis que la Caisse fournisse le dossier complet en sa possession pour déterminer quel montant était réclamé en lien avec l'augmentation rétroactive de salaire et quel montant était réclamé en lien avec les autres prétentions. Dans sa réponse du 5 juillet 2023, l'intimée a conclu au rejet du recours. Elle a allégué qu'il existait une différence d'un montant net de 2'976 fr. 45 par rapport à l'augmentation du taux d'activité du recourant auprès de la ville de K. _____ et que le solde de 4'106 fr. 25 représentait le gain intermédiaire de février 2022, les vacances auprès de la Fondation G. _____ non prises en compte ainsi que les allocations de résidence, les frais de repas et les heures supplémentaires auprès de la ville de K. _____. S'agissant de l'argument du recourant selon lequel il ne pouvait pas déterminer quel montant était en lien avec l'augmentation rétroactive, elle a produit les deux tableaux suivants : « 1) Premier calcul du GI : Période GI GI GI GI horaire Total GI IC déjà mensuel mensuel horaire (sans vac.) versée net yc. 13e [...] brut (sans G. _____ sal. vac.) brut D. _____ D. _____ brut brut juin. 22 1'638.05 - 319.65 - 1'957.70 1'378.00 mai. 22 1'638.05 - 762.05 - 2'400.10 1'048.55 avr. 22 1'638.05 - 509.00 - 2'147.05 1'111.90 mars. 22 1'638.05 - 35.70 - 1'673.75 1'706.70 fév. 22 1'638.05 - 599.50 - 2'237.55 922.15 janv. 22 1'638.05 - 672.55 - 2'310.60 998.35 Déc. 21 1'638.05 - 305.25 1'144.30 3'087.60 680.90 nov. 21 1'638.05 - 108.65 610.20 2'356.90 1'084.10 oct. 21 1'638.05 750.00 - 148.50 2'536.55 832.20 sept. 21 1'638.05 - - - 1'638.05 1'601.95 août. 21 1'638.05 - - - 1'638.05 1'601.95 Total 12'966.75

- 13 - 2) Calcul GI avec modification uniquement D. _____ mensuel : GI mensuel yc GI GI horaire GI horaire Total GI IC due 13e sal. + mensuel (sans (sans net résidence + [...] brut vac.) vac.) Repas + D. _____ G. _____ Remplacement brut brut D. _____ brut 1'966.65 - 319.65 - 2'286.30 1'141.60 1'916.65 - 762.05 - 2'678.70 862.00 2'066.65 - 509.00 - 2'575.65 795.40 1'936.65 - 35.70 - 1'972.35 1'491.50 1'966.65 - 599.50 - 2'566.15 681.60 1'966.65 - 672.55 - 2'639.20 757.50 2'046.65 - 305.25 1'144.30 3'496.20 - 2'016.65 - 108.65 610.20 2'735.50 806.20 2'016.65 750.00 - 148.50 2'915.15 553.70 1'846.65 - - - 1'846.65 1'450.40 1'846.65 - - - 1'846.65 1'450.40 Total 9'990.30 Par réplique du 21 août 2023, le recourant a allégué que l'intimée ne parvenait pas à démontrer qu'elle avait commis une erreur manifeste pour calculer le gain intermédiaire en lien avec les vacances auprès de la Fondation G. _____ et les heures supplémentaires auprès de la ville de K. _____. Il s'est encore exprimé par courrier du 29 août 2023. E n d r o i t :

- 14 - 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). 2. Le litige porte sur le point de savoir si l'intimée était fondée à réclamer au recourant la somme de 7'082 fr. 70 correspondant à des indemnités de chômage qu'il aurait perçues indûment compte tenu des revenus qu'il a touchés dans le cadre de son gain intermédiaire entre août 2021 et juin 2022. 3. a) Selon l'art. 95 al. 1 LACI, la demande de restitution est régie par l'art. 25 LPGA, à l'exception des cas relevant des art. 55 et 59c bis al. 4 LACI, lesquels ne sont toutefois pas applicables en l'espèce. Aux termes de l'art. 25 al. 1 première phrase LPGA, les prestations indûment touchées doivent être restituées. Les prestations allouées sur la base d'une décision formellement passée en force et sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée sous l'angle

- 15 - matériel ne peuvent toutefois être répétées que lorsque les conditions d'une reconsidération (art. 53 al. 2 LPGA) ou d'une révision procédurale (art. 53 al. 1 LPGA) sont remplies (ATF 142 V 259 consid. 3.2). b) Les décisions et les décisions sur opposition formellement passées en force sont soumises à révision si la personne assurée ou l'assureur découvre subséquemment des faits nouveaux importants ou trouve des nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient être produits auparavant (révision procédurale ; art. 53 al. 1 LPGA). L'assureur peut également revenir sur de telles décisions, indépendamment des conditions mentionnées ci-avant, lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable (reconsidération ; art. 53 al. 2 LPGA). Les mêmes conditions s'appliquent pour le réexamen d'une décision rendue en procédure simplifiée (art. 51 LPGA) qui n'a pas été contestée dans un délai raisonnable (ATF 143 V 105 consid. 2.1 ; 138 V 324 consid. 3 ; 134 V 145 consid. 5.3.1 ; 129 V 110). 4. a) Selon l'art. 24 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 (al. 1, première et deuxième phrases). 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 (al. 3, première phrase). b) Lorsque l'assuré réalise un revenu inférieur à son indemnité de chômage, il a droit à des indemnités compensatoires se montant à 70 ou 80 % de la perte de gain, selon le taux d'indemnisation auquel il a droit (art. 24 al. 1, troisième phrase, LACI et art. 41a al. 1 OACI). 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. Le gain déterminant varie donc en fonction du nombre de jours contrôlés au cours

- 16 - des mois durant lesquels l'activité est exercée, conformément au système d'indemnisation du chômage, fondé sur cinq indemnités journalières par semaine, selon l'art. 21 LACI. En d'autres termes, le calcul de la perte de gain est effectué selon la formule suivante : gain assuré x jours de contrôle du mois / 21,7 - gain intermédiaire (TF 8C_1027/2008 du 8 septembre 2009 consid. 4.3.2 ; Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n. 25 ad art. 24 LACI). c) 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 13e 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 (Bulletin LACI IC du Secrétariat d'Etat à l'économie [SECO], ch. C125). Le 13e 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 (Bulletin LACI IC, ch. C126). Les heures effectuées en plus du temps normal de travail dans l'entreprise ne doivent pas être prises en compte comme gain intermédiaire. En ce qui concerne les autres éléments du salaire non pris en compte, le Bulletin renvoie au chiffre C2, relatif au gain assuré, qui est applicable par analogie (Bulletin LACI IC, ch. C127).

- 17 - d) Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que ni la rétribution des heures supplémentaires, ni celle du travail supplémentaire, ne sont prises en considération dans le calcul du gain assuré (ATF 129 V 105 consid. 2 et 3). Par heures supplémentaires exclues du calcul du gain assuré, il y a lieu de comprendre non seulement les heures supplémentaires (« Überzeit ») au sens des art. 12 et 13 LTr (loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce ; RS 822.11), mais également les heures effectuées en sus de l'horaire habituel (« Überstunde »). Par temps de travail accompli en sus de l'horaire habituel, il faut comprendre l'activité accomplie en plus de la durée de travail en vigueur dans l'entreprise ou habituelle dans la branche, telle qu'elle a été fixée par le contrat individuel de travail ou la convention collective. Tant les rémunérations perçues dans l'accomplissement d'heures supplémentaires que les gains réalisés au cours d'heures effectuées en sus de l'horaire habituel ne constituent pas un salaire obtenu « normalement » au sens de l'art. 23 al. 1 LACI (ATF 129 V 105 consid. 3 ; TF 8C_479/2014 du 3 juillet 2015 consid. 5.1 et les références). L'absence de prise en compte des indemnités pour heures supplémentaires lors du calcul du gain assuré s'applique également aux personnes employées à temps partiel (TF 8C_83/2013 du 17 juin 2013 consid. 4.2.1 ; TF 8C_379/2012 du 13 février 2013 consid. 4.2.1 et les références). Le Tribunal fédéral a ainsi par exemple jugé pour un assuré qui était employé à 60 % que, conformément à l'ATF 129 V 105, le salaire convenu pour le taux d'occupation de 60 % constitue le gain « normalement » réalisé selon l'art. 23 al. 1 LACI et que la rémunération des heures supplémentaires effectuées au-delà de la durée normale de travail fixée par le contrat de travail (de 25,2 heures par semaine) ne fait pas partie du gain assuré (TF 8C_83/2013 précité consid. 4.2.2). 5. Aux termes de l'art. 49 al. 3 LPGA, l'assureur doit motiver ses décisions si elles ne font pas entièrement droit aux demandes des parties. Cette obligation, qui découle également du droit d'être entendu, garanti

- 18 - par l'art. 29 al. 2 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101), a pour but que la personne destinataire de la décision puisse la comprendre, la contester utilement s'il y a lieu et que l'instance de recours soit en mesure, si elle est saisie, d'exercer pleinement son contrôle. Pour répondre à ces exigences, l'autorité doit mentionner, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que la personne concernée puisse se rendre compte de la portée de

celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Elle n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et arguments invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue de la procédure (ATF 146 II 335 consid. 5.1 ; 141 V 557 consid. 3.2.1 et les arrêts cités). Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision de l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté même si la motivation présentée est erronée. La motivation peut d'ailleurs être implicite et résulter des différents considérants de la décision (ATF 141 V 557 consid. 3.2). En revanche, une autorité se rend coupable d'un déni de justice formel prohibé par l'art. 29 al. 2 Cst. si elle omet de se prononcer sur des allégués et arguments qui présentent une certaine pertinence ou de prendre en considération des allégués et arguments importants pour la décision à rendre (ATF 142 III 360 consid. 4.1.1 ; 141 V 557 consid. 3.2.1 ; 133 III 235 consid. 5.2). Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle, dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond (ATF 144 I 11 consid. 5.3 ; 142 II 218 consid. 2.8.1 ; 137 I 195 consid. 2.2). Selon la jurisprudence, sa violation peut cependant être réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen (ATF 145 I 167 consid. 4.4 ; 142 II 218 consid. 2.8.1 ; 137 I 195 consid. 2.3.2). Toutefois, une telle réparation doit rester l'exception et n'est admissible, en principe, que dans l'hypothèse d'une atteinte qui n'est pas particulièrement grave aux droits procéduraux de la partie lésée ; cela étant, une réparation de la violation du droit d'être entendu peut également se justifier, même en présence

- 19 - d'un vice grave, lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure, ce qui serait incompatible avec l'intérêt de la partie concernée à ce que sa cause soit tranchée dans un délai raisonnable (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 ; 137 I 195 consid. 2.3.2 et les références citées). 6. a) En l'occurrence, on constatera en premier lieu que la Caisse a rendu deux décisions le 29 août 2022. aa) Dans la première décision, elle a rejeté la demande d'indemnité de chômage pour octobre et décembre 2021 ainsi que février, mars et avril 2022 au motif que le recourant avait réalisé un revenu supérieur à l'indemnité journalière de 140 fr. à laquelle il avait droit. Or, les montants indiqués dans cette décision à titre de revenu, à savoir 2'969 fr. 90, 3'760 fr. 70, 3'306 fr. 10, 3'799 fr. 10, et 2'989 fr. 70 ne correspondent pas aux revenus indiqués dans les décomptes de la Caisse à titre de gain intermédiaire des mois concernés, soit 2'536 fr. 55 pour octobre 2021, 3'087 fr. 60 pour décembre 2021, 2'237 fr. 55 pour février 2022, 1'673 fr. 75 pour mars 2022 et 2'147 fr. 05 pour avril 2022 sans que la Caisse n'ait justifié la manière dont les chiffres avaient été pris en compte. A ce stade déjà, il était difficile pour le recourant de comprendre pourquoi sa demande d'indemnité était rejetée pour les mois concernés. bb) Dans la seconde décision, l'intimée a requis la restitution d'un montant de 7'050 fr. 90 aux motifs que le salaire mensuel du recourant avait été revu à la hausse par la Ville de K._____ dès le 1er août 2021 de manière rétroactive, que les indemnités de résidence et salaires en nature variables soumis à AVS n'avaient pas été pris en considération, que le droit aux vacances auprès de la Fondation G._____ n'avait pas été pris en compte de manière correcte, que le gain intermédiaire réalisé en février 2022 auprès de la Fondation G._____ n'avait pas été pris en considération et qu'il avait été omis de tenir compte du gain intermédiaire complémentaire de 51.5 heures réalisé en mars 2022 auprès de la ville de K._____. La Caisse n'a cependant pas détaillé les montants réclamés pour chaque poste, se contentant de

- 20 - renvoyer à des décomptes d'indemnités journalières corrigés datés du 29 août 2022 et des fiches de salaire de la Ville de K._____. On constatera toutefois que certains des décomptes du 29 août 2022 n'indiquent pas le gain intermédiaire pris en compte ou indiquent un gain intermédiaire dont on ignore la manière comment il a été calculé et ne correspondant en tout cas pas aux attestations de gain intermédiaire présentes au dossier. A titre d'exemple, on notera que, pour le mois d'août 2021 durant lequel le recourant a annoncé un gain intermédiaire de 1'512 fr. 05 de salaire de base + 32 fr. 75 d'allocation de résidence, la Caisse a, dans le décompte d'août 2021 du 28 septembre 2021, tenu compte d'un gain intermédiaire de 1'638 fr. 05, puis de 1'846 fr. 65 dans le décompte corrigé du 29 août 2022 sans donner d'explications. En l'occurrence, il faut comprendre que le montant de 1'638 fr. 05 a été calculé en prenant en compte le salaire de base [1'512 fr. 05] auquel est ajouté une part du 13e salaire [1'512 fr. 05 / 12 =] 126 francs. Le montant de 1'846 fr. 65 a été calculé en prenant le salaire de base par 1'671 fr. 20, soit le salaire augmenté rétroactivement par la Ville de K._____ + 36 fr. 20 d'allocation de résidence et 139 fr. 25 de 13e salaire. Quant aux fiches de salaire de la ville de K._____ jointes à la décision, outre le fait que leur lecture est particulièrement peu claire, les montants qui y sont indiqués ne correspondent pas toujours aux montants retenus dans les attestations de gain intermédiaire, notamment en ce qui concerne les montants payés à l'heure. A cet égard, on remarquera que les attestations de gain intermédiaire varient d'un mois à l'autre dans la manière dont il a été calculé. Ainsi, elles indiquent parfois les indemnités repas dans le montant total et parfois non (cf. les mois de décembre 2021, janvier et juin 2022 où les frais de repas ne sont pas compris dans le montant total alors que c'est le cas pour les mois de février, mars, avril et mai 2022), elles incluent les vacances dans le montant horaire et d'autres fois le rajoutent au montant total ou encore elles calculent les montants de manière approximative, notamment dans les attestations concernant les heures payées à l'heure par la Fondation G._____ (cf. attestations D._____ de novembre et décembre 2021 et celle de la Fondation pour le mois de février 2022). Dans la mesure où le montant du gain intermédiaire détermine le montant des indemnités journalières auxquelles l'assuré avait droit et, de ce fait, la somme qui lui

- 21 - est réclamée en restitution, il s'agissait pour la Caisse d'expliquer la manière dont il a avait été calculé, s'agissant d'un élément important et décisif. La motivation de la décision attaquée n'était à l'évidence pas suffisante pour que le recourant soit en mesure de comprendre les calculs effectués. b) A la suite de l'opposition du recourant en date du 16 septembre 2022, la Caisse lui a, par courrier du 3 avril 2023, indiqué que le montant demandé en restitution se montait à 7'082 fr. 70 au lieu de 7'050 fr. 90 en se basant sur deux tableaux de calcul. Dans le premier tableau, la Caisse a indiqué, en lien avec le contrat de travail payé mensuellement par la Ville de K._____, un salaire de base de 1'671 fr. 20 + 36 fr. 20 d'allocation de résidence + 139 fr. 25 de 13e salaire + une indemnité pour les frais de repas. Si les montants retenus ne sont pas contestés par le recourant, ni par la ville de K._____ (cf. courrier du 22 mars 2023) et pourraient être admis, tel n'est pas le cas des autres montants indiqués dans ce tableau. Tout d'abord, les heures de remplacement de mai et juin 2022 ressortent en réalité des fiches de salaire de juin et juillet 2022 ce qui ne permet pas de les retenir pour les mois de mai et juin 2022, ignorant à quel moment ces heures ont été effectuées. Ensuite, les chiffres retenus comme gain intermédiaire auprès de la Fondation G._____ ne correspondent pas aux chiffres ressortant des attestations de gain intermédiaire. De plus, en ce qui concerne les chiffres retenus dans la colonne « vac. », on peine à comprendre d'où ces chiffres peuvent provenir dans la mesure où 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 (cf. consid. 4c supra) ce que le recourant n'a en l'occurrence pas fait, ayant pris ses vacances en août 2021 et mai 2022 alors qu'il ne travaillait pas pour la Fondation G. _____ à ce moment-là. En outre, on remarquera que les montants indiqués à titre de gain intermédiaire en décembre 2021 (3'790 fr. 70), mars (3'888 fr. 90) et avril 2022 (3'019 fr. 65) ne correspondent pas aux montants indiqués à titre de gain intermédiaire dans la décision du 29 août 2022, à savoir 3'760 fr. 70, 3'799 fr. 10 et 3'019 fr. 65.

- 22 - Concernant les heures supplémentaires effectuées auprès de la ville de K. _____ qui n'auraient pas été prises en compte, la Caisse n'a pas précisé s'il s'agissait des heures de remplacement prévues en fonction du contrat de remplaçant du recourant ou s'il s'agirait d'heures faites en plus dans le cadre de son contrat de travail en tant qu'employé rémunéré au mois. A cet égard, on remarquera que l'attestation de gain intermédiaire de mars 2022 fait état de 51h50 à un tarif horaire de 36 fr. 16, ce qui implique que 51h50 ont bien été prises en compte à titre d'heures travaillées dans le cadre du contrat de travail payé à l'heure. De plus, on rappellera ici que la rétribution des heures supplémentaires ne sont pas prises en considération dans le calcul du gain assuré (cf. consid. 4e supra). c) Le 2 mai 2023, la Caisse a rejeté l'opposition du recourant en se fondant sur les mêmes tableaux que ceux présentés dans son courrier du 3 avril 2023 qui ne permettent cependant pas de comprendre la manière dont les gains intermédiaires ont été calculés par la Caisse pour parvenir au montant réclamé en restitution. On notera aussi que la Caisse a évoqué tant l'art. 53 al. 1 LPGA que l'art. 53 al. 2 LPGA dans la partie « en droit » de sa décision sur opposition sans expliciter sur quel alinéa elle se basait pour réclamer la restitution, se contentant d'indiquer que « les conditions de l'art. 53 LPGA étant remplies en l'espèce (la décision du 29.08.2022 étant intervenue sur la base de faits nouveaux postérieurs aux décomptes initiaux), il y a lieu de confirmer que les montants indûment versés doivent être remboursés ». Or, elle a invoqué tant le fait que les décomptes devaient être corrigés à la suite de la modification rétroactive du taux d'activité par la ville de K. _____ que le fait que le droit aux vacances auprès de la Fondation G. _____ et des heures supplémentaires auprès de la ville de K. _____ n'avaient pas été pris en considération. Il s'agit là de motifs différents qui ne reposent pas sur la même base légale, ce que la Caisse n'a pas jugé utile de préciser. Sur ce point également, il faut constater que le recourant se retrouvait démuné d'explications et de calculs précis et ne pouvait attaquer la décision sur opposition en pleine connaissance de cause.

- 23 - Au vu de ce qui précède, il y a lieu de reconnaître une violation du droit d'être entendu du recourant au motif d'une motivation insuffisante. d) Il reste encore à examiner si cette violation peut être réparée dans le cadre du présent recours. Dans sa réponse du 5 juillet 2023, l'intimée a établi deux tableaux de calcul, le premier intitulé « premier calcul GI » et le second « calcul GI avec modification uniquement D. _____ mensuel ». La seule information qui ressort clairement du premier tableau est que le recourant a déjà reçu un montant de 12'966 fr. 75 à titre d'indemnité-chômage entre août 2021 et juin 2022, ce qui n'est pas contesté. En revanche, on peine à comprendre les autres chiffres indiqués dans ce tableau. En effet, les montants indiqués à titre de « GI horaire (sans vac.) D. _____ brut » et de « GI horaire (sans vac.) G. _____ brut » ne correspondent pas aux attestations de gain intermédiaire transmis par le recourant chaque mois et ne correspondent pas non plus aux chiffres indiqués dans le tableau établi par l'intimée dans sa réformation

du 3 avril 2023. Ensuite, les indemnités dues au recourant se montent, dans le second tableau, à 9'990 fr. 30, soit une différence de 2'976 fr. 45 par rapport au 12'966 fr. 75 déjà versés. Or, dans la demande de restitution du 29 août 2022, le droit du recourant se montait à 5'915 fr. 85, soit une différence de 7'050 fr. 90. Il serait donc logique que si le montant auquel aurait droit le recourant à titre d'indemnité chômage augmente, le montant à restituer diminue d'autant, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, la Caisse ayant allégué que le solde restant par 4'106 fr. 25 représentait le gain intermédiaire de février 2022, les vacances non prises en compte ainsi que les allocations de résidence, les frais de repas et les heures supplémentaires réalisées auprès de la ville de K. _____. Or ce chiffre n'est confirmé par aucune pièce et ne ressort pas non plus des différents tableaux produits par l'intimée. Il est en définitive impossible pour le tribunal de céans de pouvoir déterminer quel revenu le recourant a touché chaque mois à titre de gain intermédiaire, ce qui est par ailleurs confirmé par le fait que le montant du gain intermédiaire n'a fait que varier dans chaque tableau établi par la Caisse.

- 24 - Finalement, en plus de toutes les interrogations suscitées par les différents calculs faits par l'intimée, on relèvera encore l'existence d'inexactitudes ou approximations dans les décomptes de la Caisse. En effet, celle-ci a calculé le montant compensatoire auquel avait droit le recourant en multipliant la perte de gain par 79.67 % alors que l'art. 22 LACI prévoit un taux de 70 % ou de 80 % (cf. consid. 4a supra). A cet égard, on constatera que la Caisse a, dans sa décision sur opposition du 2 mai 2023, indiqué que le gain assuré avait été calculé en prenant en compte 70 % du gain assuré jusqu'en avril 2022, puis 80 % dès le mois de mai 2022. Or force est de constater que cette affirmation est inexacte dans la mesure où l'indemnité journalière a été calculée sur la base de 79.67 % (cf. décomptes), ce que l'on peine d'ailleurs à comprendre dans la mesure où c'est un montant de 80 % que la Caisse aurait dû prendre en compte (cf. art. 22 et 24 LACI), ce d'autant plus que le recourant est devenu papa en mai 2022. Si le montant de 140 fr. 55 correspondant au 80 % de 3'813 fr. se retrouve dans les décomptes de mai et juin 2022 établis le 3 mai 2022, ce n'est plus le cas dans les décomptes établis le 14 juin, 8 juillet et 29 août 2022. e) En définitive, dès lors que le recourant n'a pas reçu d'explications suffisantes à propos de la manière dont le montant demandé en restitution a été calculé, son droit d'être entendu a été violé. Cette violation ne saurait par ailleurs pas être réparée dans le cadre de la présente procédure de recours dans la mesure où un éventuel arrêt sur le fond aboutirait à priver le recourant d'une instance. Le dossier n'est pas suffisamment instruit pour pouvoir se prononcer en connaissance de cause sur l'existence, respectivement le montant de la créance en restitution et seul un renvoi est susceptible de garantir le droit des parties. La décision litigieuse se révèle par conséquent contraire au droit, de sorte qu'il y a lieu de l'annuler et de renvoyer le dossier à l'intimée pour qu'elle reprenne ab initio le traitement de ce dossier et rende, le cas échéant, si cela s'avère nécessaire, une nouvelle décision conforme aux garanties de procédure de l'art. 29 Cst.

- 25 - f) Le présent renvoi libère la Cour de céans d'examiner les différents griefs formulés par le recourant concernant le fond de l'affaire. 7. a) En conclusion, le recours doit être admis et la décision sur opposition rendue par l'intimée le 2 mai 2023 annulée, la cause lui étant renvoyée pour en poursuivre l'instruction et statuer à nouveau sur le fond. b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. fbis LPGA). c) Obtenant gain de cause avec le concours d'un mandataire professionnel, le recourant a droit à une équitable indemnité à titre de dépens, qu'il convient d'arrêter à 1'500 fr., débours

et TVA compris (art. 61 let. g LPGA ; 10 et 11 TFJDA [tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative ; BLV 173.36.5.1]), et de la mettre intégralement à la charge de la partie intimée. Par ces motifs, le juge unique p r o n o n c e :
I. Le recours est admis.

- 26 - II. La décision sur opposition rendue le 2 mai 2023 par R._____ est annulée, la cause lui étant renvoyée pour complément d’instruction et nouvelle décision sur le fond. III. Il n’est pas perçu de frais judiciaires. IV. R._____ versera à J._____ une équitable indemnité de 1'500 fr. (mille cinq cents francs) à titre de dépens. Le juge unique : La greffière : Du L'arrêt qui précède est notifié à : - Me Milena Chiari (pour J._____), - R._____, - 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.