RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/281/2023 **ATAS/1026/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 15 décembre 2023

Chambre 9

En la cause

A_____ recourante

contre

CAISSE DE CHÔMAGE UNIA intimé

Siégeant : Eleanor McGREGOR, Présidente ; Andres PEREZ et Michael RUDERMANN, Juges assesseurs

EN FAIT

A. **a.** Madame A_____ (ci-après : l'assurée), née en 1962, a travaillé depuis plusieurs années en qualité de garde d'enfant auprès de différents employeurs.

b. Elle s'est inscrite à l'office régional de placement (ci-après : l'ORP) le 21 mars 2022, indiquant être immédiatement disponible pour un placement à un taux d'activité de 100%. Elle a également déposé une demande d'indemnités auprès de la caisse de chômage UNIA (ci-après : la caisse).

c. Par courrier du 14 avril 2022, la caisse a communiqué à l'assurée les conditions qui encadraient son droit à l'indemnité de chômage dès le 21 mars 2022. Elle avait calculé son gain assuré qui s'élevait à CHF 3'319.-, de sorte que son indemnité journalière brut, retenue à hauteur de 80% du gain assuré, était de CHF 122.35. Durant son délai-cadre d'indemnisation, qui courait du 21 mars 2022 au 20 mars 2024, elle avait un droit au nombre maximum de 260 indemnités journalières.

d. Dans le courant du mois de juin 2022, la caisse a reçu un contrat de travail de durée indéterminée, daté du 1er juin 2022, conclu entre l'assurée et B_____ (ci-après : l'employeuse), par l'intermédiaire d'une entreprise de service. Selon ce contrat, l'assurée était engagée pour une garde d'enfant, avec entrée en service le jour-même. Un taux hebdomadaire d'environ 25,5 heures en moyenne par semaine était prévu, étant précisé que la charge de travail normale s'élevait à 25,5 heures par semaine et que les horaires de travail spécifiques faisaient l'objet d'un accord verbal entre l'employé et l'employeur. Le salaire horaire était fixé à CHF 25.21 brut, comprenant l'indemnité pour les vacances de 8,33%.

e. Le 30 juin 2022, la caisse a reçu les documents suivants :

- Une seconde version du contrat de travail de durée indéterminée conclu entre l'assurée et l'employeuse le 1er juin 2022, identique au premier, sous réserve du taux hebdomadaire et de la charge de travail normale, tous deux fixés cette fois-ci à environ 28,5 heures en moyenne par semaine.
- Une attestation de gain intermédiaire pour le mois de juin 2022, remplie par l'employeuse, selon laquelle l'assurée avait travaillé en tant que nounou comme suit :

2022	**Nombre d'heures**
01.06	9,5
02.06	9,5
03.06	9,5
07.06	6,25

08.06	9,5
09.06	9
10.06	4,5
13.06	9,5
14.06	9,5
16.06	9,5
17.06	9,5

Il était notamment indiqué que la durée hebdomadaire convenue était de 28,5 heures et le salaire horaire de CHF 25.21 brut. Le salaire mensuel brut s'élevait à CHF 2'419.90 (soit 95,75 heures à CHF 25.21) et était composé du salaire de base de CHF 2'228.20 et des indemnités de vacances de CHF 185.70.

- Une fiche de salaire du mois de juin 2022 de l'assurée.
- Le formulaire d'indications de la personne assurée (ci-après : formulaire IPA) pour le mois de juin 2022, rempli et signé par l'assurée le 29 juin 2022, dont il ressortait qu'elle avait travaillé du 1er au 17 juin 2022 pour l'employeuse et qu'elle reprenait le travail le 4 juillet 2022, mentionnant son contrat de travail de durée indéterminée d'une occupation de trois jours par semaines.

f. Par décision du 1er juillet 2022, la caisse a rejeté la demande d'indemnité de l'assurée pour le mois de juin 2022, au motif qu'elle ne subissait pas de perte de gain à prendre en considération. Se fondant sur le contrat de travail écrit entre l'assurée et son employeuse, prévoyant un horaire convenu de 28,5 heures par semaine, le salaire total mensuel de l'assurée s'élevait à CHF 2'898.- sans l'indemnité de vacances. Or, ce montant, divisé par le nombre de jours de travail possibles au mois de juin 2022, correspondait à un revenu journalier de CHF 131.72, ce qui était supérieur au montant de son indemnité journalière de CHF 122.35.

g. Le 12 juillet 2022, l'assurée s'est opposée à cette décision, faisant valoir que le salaire qu'elle avait réalisé au mois de juin 2022 était inférieur à l'indemnité de chômage à laquelle elle avait droit, de sorte qu'elle estimait avoir droit à l'indemnité compensatoire de chômage pour cette période de contrôle. À l'appui de son opposition, elle a produit son décompte de salaire de juin 2022.

h. Le 5 août 2022, la caisse a reçu les documents suivants concernant la période de contrôle du mois de juillet 2022 :

- Le formulaire IPA du mois de juillet 2022 rempli par l'assurée, par lequel elle indiquait qu'elle avait travaillé pour l'employeuse, mais avait été malade du 25 au 29 juillet 2022. Elle n'avait pas de certificat médical.
- L'attestation de gain intermédiaire pour le mois de juillet 2022, remplie par l'employeuse, selon laquelle l'assurée avait travaillé comme suit :

2022	**Nombre d'heures**
04.07	9,5
05.07	9,5
07.07	9,5
11.07	7,6
12.07	9,5
14.07	9,5
18.07	8
19.07	8
20.07	4,5
21.07	8
25.07	7,6
26.07	7,6
28.07	7,6

  Il était mentionné que la durée hebdomadaire convenue était de 28,5 heures et le salaire horaire brut de CHF 25.21. Le salaire mensuel brut s'élevait à CHF 2'682.39 (soit 106.4 heures à CHF 25.21) et était composé du salaire de base de CHF 2'476.04 et des indemnités de vacances de CHF 206.35. Il était précisé que l'activité allait probablement se poursuivre jusqu'au 16 septembre 2022.
- Le décompte de salaire du mois de juillet 2022, confirmant les informations sur le salaire, communiquées par l'employeuse par l'attestation de gain intermédiaire.

i. Interrogée par la caisse, l'employeuse a, par courriel du 12 août 2022, répondu que la version du contrat de travail prévoyant une durée moyenne de travail de

28,5 heures par semaine était celle valable. Par ailleurs, elle a expliqué avoir été en vacances à l'étranger la semaine du 20 juin 2022, raison pour laquelle l'assurée n'avait pas travaillé.

j. Par décision du 16 août 2022, la caisse a rejeté l'opposition de l'assurée et confirmé sa décision du 1er juillet 2022. Le contrat de travail de l'assurée prévoyait un temps de travail moyen de 28,5 heures hebdomadaires. Or, au mois de juin 2022, elle n'avait pas réalisé l'entier de l'horaire contractuel en raison des vacances prises par son employeuse. Il en découlait que cette dernière se trouvait en demeure d'accepter le travail de l'assurée (art. 324 CO) et ne pouvait réduire le salaire convenu contractuellement. L'assurance-chômage n'avait pas à couvrir les créances que l'assurée avait envers l'employeuse. De surcroit, la période de vacances de l'employeuse pouvait également être examinée au regard du principe selon lequel en cas de vacances d'entreprises, il fallait retenir le revenu complet qu'elle aurait dû percevoir sans prendre en compte dans quelle mesure la période de vacances et l'indemnité de vacances acquises se recouvraient. Dans les deux cas, il y avait lieu de tenir compte de l'horaire contractuel convenu pour le mois de juin 2022. L'employeuse avait déclaré, par attestation de gain intermédiaire du mois de juin 2022, que l'horaire hebdomadaire s'élevait à 28,5 heures, ce qui portait le nombre total d'heures de travail pour le mois de juin à 125,4 heures (28,5 heures / 5 jours de travail par semaines x 22 jours de travail au mois de juin 2022). Par ailleurs, elle relevait avoir fait une erreur de calcul dans la décision du 1er juillet 2022, en ce sens que le salaire horaire minimum cantonal à respecter, sans l'indemnité de vacances, s'élevait à CHF 23.27, montant qui devait être multiplié par le nombre d'heures de travail effectué au mois de juin 2022 (125,4 heures), ce qui portait le salaire brut à prendre en considération à CHF 2'918.05. Il en résultait que le gain journalier déterminé auprès de l'employeuse de CHF 132.65 (CHF 2'918.05 / 22 jours) était supérieur à l'indemnité journalière de CHF 122.35. L'emploi auprès de l'employeuse était donc réputé convenable et ne permettait aucun versement d'indemnité compensatoire pour le mois de juin 2022.

Cette décision n'a pas fait l'objet d'un recours.

B. **a.** Le 5 septembre 2022, la caisse a reçu de l'assurée les documents suivants :

- Le formulaire IPA du mois d'août 2022 rempli par l'assurée, par lequel elle indiquait qu'elle avait travaillé pour l'employeuse du 21 au 31 août 2022, avait pris des vacances les 15, 16, 19, 22, 23 et 25 août 2022 et que son employeuse était elle-même partie en vacances les 4, 8, 9 et 11 août 2022. Elle avait repris le travail le 1er septembre 2022.
- L'attestation de gain intermédiaire pour le mois d'août 2022, remplie par l'employeuse, selon laquelle l'assurée avait travaillé comme suit :

2022	**Nombre d'heures**

01.08	9,5
02.08	9,5
03.08	9,5
04.08	9,5
29.08	9,5
30.08	9,5
31.08	4

Il était mentionné que la durée hebdomadaire convenue était de 28,5 heures et le salaire horaire de CHF 25.21 brut. Le salaire mensuel brut s'élevait à CHF 1'537.84 (soit 61 heures à CHF 25.21) et était composé du salaire de base de CHF 1'419.54 et des indemnités de vacances de CHF 118.30. L'employeuse précisait avoir proposé à l'assurée plus d'heures de travail, à savoir 28.5 heures, mais que l'intéressée avait réservé des vacances.

- Le décompte de salaire du mois d'août 2022, confirmant les informations sur le salaire, communiquées par l'employeuse par l'attestation de gain intermédiaire.

b. Par décision du 6 septembre 2022, la caisse a rejeté la demande d'indemnité de l'assurée pour le mois d'août 2022, au motif, à nouveau, qu'elle ne subissait pas de perte de gain à prendre en considération. Le revenu retenu pour le mois d'août 2022 s'élevait à CHF 3'054.65, qui divisé par les 23 jours de travail possibles dudit mois, portait le gain intermédiaire journalier à CHF 132.81, soit un montant supérieur à l'indemnité journalière de CHF 122.35.

c. Le 29 septembre 2022, l'assurée s'est opposée à cette décision, faisant valoir que son contrat de travail de durée indéterminée était en réalité un contrat avec un horaire flexible, pouvant varier selon les besoins de son employeuse. Ce contrat mentionnait que l'horaire était « en moyenne » de 28,5 heures, de sorte qu'il pouvait être assimilé à un contrat de travail sur appel, étant donné que les besoins de l'employeuse ne pouvaient pas être fixés à l'avance et que ces derniers pouvaient être supérieurs ou inférieurs. Aucun salaire mensuel fixe n'avait d'ailleurs été convenu contractuellement et ces fluctuations d'horaire étaient normales et usuelles dans le métier de garde d'enfant. Seul un salaire horaire brut de CHF 25.21 était prévu contractuellement. Elle joignait à son opposition les attestations de gain intermédiaire corrigées par son employeuse, en tant qu'elle avait par erreur initialement coché la case « oui » relative à la durée de travail hebdomadaire convenue contractuellement. Celle-ci n'était pas de langue

maternelle française et elle avait fait cette erreur en raison des subtilités de la langue.

En annexe à ce courrier figuraient en particulier les attestations de gain intermédiaire pour les mois de juin à septembre 2022, datées du 23 septembre 2022 et modifiées dans le sens où aucune durée hebdomadaire de travail n'avait été convenue.

d. Par décision du 9 janvier 2023, la caisse a également rejeté l'opposition du 29 septembre 2022. Le contrat de travail du 1er juin 2022 avait été conclu par les parties avec la volonté commune de convenir d'une durée hebdomadaire de 28,5 heures, ce qui avait été confirmé par l'employeuse lorsqu'elle avait été interrogée à ce propos. La volonté des parties avait pris un tournant au moment de la notification de la décision portant sur le refus de prestations pour le mois d'août 2022, puisqu'à ce moment-là, elles avaient pu prendre connaissance des critères retenus par l'assurance-chômage afin d'imputer un gain intermédiaire en fonction d'un horaire convenu. Elles avaient ainsi réalisé les effets juridiques négatifs d'un tel contrat à l'égard de l'assurée et s'étaient ravisées, modifiant leur intention. L'assurée et son employeuse avaient le droit d'introduire des modifications du taux d'activité, mais il était alors question d'un congé-modification concernant le changement du taux d'activité et impliquant le respect du délai légal de résiliation. Or, la modification apportée était intervenue le 29 septembre 2022 et excédait l'objet du litige. Pour le surplus, elle reprenait les mêmes motifs que dans sa décision sur opposition du 16 août 2022.

C. **a.** Par acte du 27 janvier 2023, l'assurée a saisi la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : chambre de céans) d'un recours contre cette décision, concluant à son annulation et à la reconnaissance du fait qu'elle avait subi une perte de gain durant les mois de juin et d'août 2022, qui devait être prise en considération par l'intimée dans le cadre du droit à l'indemnité de chômage.

b. Invitée à se déterminer, l'intimée a conclu au rejet du recours, la recourante n'apportant aucun élément de nature à remettre en cause la décision litigieuse.

c. Cette écriture a été transmise à la recourante, qui n'a fait valoir aucune observation dans le délai imparti.

EN DROIT

1.

1.1 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.

1.2 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).

2. Il convient en premier lieu de déterminer l'objet du litige.

2.1 L'objet du litige dans la procédure administrative est le rapport juridique qui – dans le cadre de l'objet de la contestation déterminé par la décision – constitue, d'après les conclusions du recours, l'objet de la décision effectivement attaqué. D'après cette définition, l'objet de la contestation et l'objet du litige sont identiques lorsque la décision administrative est attaquée dans son ensemble (ATF 125 V 414 consid. 1b et 2 et les références citées).

2.2 En l'espèce, la recourante a interjeté recours devant la chambre de céans contre la décision sur opposition du 9 janvier 2023. L'objet du litige, déterminé par cette décision sur opposition, porte uniquement sur le droit à l'indemnité de chômage pour la période de contrôle du mois d'août 2022.

La chambre de céans relève que la recourante a conclu également à ce qu'il lui soit reconnu une perte de gain en juin 2022. Or, la question du droit à l'indemnité de chômage pour la période de contrôle du mois de juin 2022 a fait l'objet de la décision sur opposition du 16 août 2022, laquelle est entrée en force, faute de recours dans le délai légal. Il n'appartient donc pas à la chambre de céans d'examiner la conformité au droit de cette décision.

Aussi, l'examen du recours sera limité au droit à l'indemnité de chômage pour la période du mois d'août 2022.

3.

3.1 L'art. 8 LACI énumère les conditions d'octroi de l'indemnité de chômage. Conformément à l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré doit, pour bénéficier de cette prestation prévue par l'art. 7 al. 2 let. a LACI, être sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a), avoir subi une perte de travail à prendre en considération (let. b), être domicilié en Suisse (let. c), avoir achevé sa scolarité obligatoire et n'avoir pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne pas toucher de rente de vieillesse de l'AVS (let. d), remplir les conditions relatives à la période de cotisation ou en être libéré (let. e), être apte au placement (let. f) et satisfaire aux exigences de contrôle (let. g).

Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 215 consid. 2). Elles sont précisées par plusieurs dispositions de la LACI et de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (OACI –

RS 837.02), ainsi que - dans les limites d'admissibilité de telles directives administratives (ATF 144 V 202 ; 144 V 195 ; ATAS/1191/2014 du 18 novembre 2014 consid. 4 et doctrine et jurisprudence citées) - par les instructions édictées par le Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après: SECO) en sa qualité d'autorité de surveillance de l'assurance-chômage chargée d'assurer une application uniforme du droit (art. 110 LACI), notamment par le biais du Bulletin relatif à l'indemnité de chômage (Bulletin LACI IC).

3.2 D'après l'art. 24 LACI – intitulé « prise en considération du gain intermédiaire » –, 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 LACI. 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 (cf. art. 23 al. 3 LACI ; al. 3).

Aux termes de l'art. 41a al. 1 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (ordonnance sur l'assurance-chômage, OACI – RS 837.02) – intitulé « indemnités compensatoires » –, 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.

Une prétention aux indemnités compensatoires n'existe que si le revenu global de la personne assurée demeure inférieur à l'indemnité de chômage à laquelle elle pourrait prétendre (ATF 127 V 479).

Les notions de gain assuré (art. 23 LACI) et de gain intermédiaire (art. 24 LACI) sont distinctes l'une de l'autre, mais étroitement liées. En effet, le gain réalisé par le chômeur durant une période de contrôle (art. 24 al. 1 LACI) réduit le manque à gagner résultant du chômage (art. 11 al. 1 LACI), de sorte que l'assurance-chômage n'indemnise que la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire (art. 24 al. 3 LACI) ; effectuer une telle comparaison nécessite d'en définir les termes selon des critères analogues (dans ce sens, ATF 121 V 360 consid. 6a ; ATAS/24/2021 du 13 janvier 2021 consid. 7b). Il convient par ailleurs d'éviter, autant que possible, qu'un assuré se voie imputer un gain intermédiaire réalisé pendant un délai-cadre d'indemnisation et que ce revenu ne soit pas ensuite pris en considération pour déterminer son gain assuré (et inversement), lors de l'ouverture d'un deuxième délai-cadre d'indemnisation.

Aussi, en règle ordinaire, le Tribunal fédéral des assurances détermine le gain intermédiaire selon les mêmes règles qu'il applique au calcul du gain assuré. Ainsi en va-t-il, par exemple, du régime applicable aux indemnités de vacances versées avec le salaire, sous forme de pourcentage (cf. DTA 2000 n° 7 p. 35 consid. 2). La jurisprudence n'exclut toutefois pas d'examiner, dans certains cas, le droit d'un

assuré à des indemnités compensatoires selon des critères propres, en raison des particularités inhérentes au système régi par l'art. 24 LACI (cf. SVR 2000 ALV n° 22 p. 63 consid. 3) ; la loi le prévoit parfois expressément, notamment à l'art. 24 al. 3 LACI, qui prescrit de prendre en considération un gain intermédiaire conforme aux usages professionnels et locaux.

3.3 Selon le chiffre C132 du Bulletin LACI IC, publié par le SECO - dont les directives ne lient toutefois pas le juge (cf. ATF 145 V 84 consid. 6.1.1 ; 142 V 442 consid. 5.2) -, l'assuré a droit à une compensation de sa perte de gain pour les jours où il réalise un gain intermédiaire.

Est réputée perte de gain la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire réalisé dans une période de contrôle pour autant que ce dernier atteigne au moins le tarif usuel pour ce genre de travail dans la profession et la localité. Le revenu provenant d'un gain intermédiaire est pris en compte dans chaque période de contrôle pendant laquelle la prestation de travail est fournie (principe de survenance). La date à laquelle l'assuré réalise sa créance est sans importance (chiffre C133 Bulletin LACI IC).

Si le salaire versé n'est pas conforme au tarif usuel dans la profession et la localité, la caisse l'adapte au salaire en usage pour ce genre de travail. La caisse examine si le salaire est conforme aux usages professionnels et locaux en se fondant sur les prescriptions légales, la statistique des salaires, l'échelle des salaires usuels de l'entreprise ou de la branche, les contrats types ou les conventions collectives de travail. Elle peut le cas échéant se procurer les directives émises par les associations professionnelles. Un salaire conforme aux usages professionnels et locaux est pris en compte dès le début du gain intermédiaire, même si aucun revenu n'a été réalisé pendant les premiers mois. Une rétribution à la commission ne représente pas un salaire conforme aux usages professionnels et locaux si le revenu de l'assuré n'est pas en rapport avec sa prestation de travail. Si, au nom de son devoir de diminuer le dommage, l'assuré prend, à titre de stage, un emploi normal pour lequel il touche un salaire non conforme aux tarifs usuels dans la profession et la localité, c'est ce tarif qui sera pris en compte pour le calcul des indemnités compensatoires. Si elle doit recalculer le gain assuré dans un nouveau délai-cadre, elle tiendra compte par contre du salaire effectivement versé (chiffre C134 Bulletin LACI IC).

3.4 Lorsqu'il est amené à qualifier ou interpréter un contrat, le juge doit tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO).

Lorsque cette intention ne peut être établie, il faut tenter de découvrir la volonté présumée des parties en interprétant leurs déclarations selon le sens que le destinataire de celles-ci pouvait et devait raisonnablement leur donner selon les

règles de la bonne foi (principe de la confiance). L'interprétation en application de ce principe, dite objective ou normative, consiste à établir le sens que chacune des parties pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre. Pour ce faire, il convient de partir du texte du contrat avant de l'examiner dans son contexte ; dans ce dernier cas, toutes les circonstances ayant précédé ou accompagné sa conclusion doivent être prises en considération (cf. par exemple : ATF 140 V 145 consid. 3.3 et les références). Les circonstances survenues postérieurement à celle-ci ne permettent pas de procéder à une telle interprétation; elles constituent, le cas échéant, un indice de la volonté réelle des parties (ATF 129 III 675 consid. 2.3).

3.5 Le travail sur appel est une forme d'activité irrégulière où le travailleur prend l'engagement d'exercer l'activité requise chaque fois que l'employeur fait appel à lui (Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, 2010, p. 409 et 410 ; Aubert, Commentaire romand, Code des obligations I, 2e éd. 2012, n. 4 ad art. 324 CO). En soi, le travail sur appel n'est pas interdit par la loi. Il n'en demeure pas moins que cette forme de travail doit respecter les dispositions légales impératives (art. 361 et 362 CO) et qu'elle peut, le cas échéant, être incompatible avec les clauses normatives d'une convention collective de travail (ATF 125 III 65 consid. 3b; 124 III 249 consid. 2a; arrêt du Tribunal fédéral 4A_434/2017 du 27 août 2018 consid. 4.1).

3.6 Dans le domaine des assurances sociales, la procédure est régie par la maxime inquisitoire selon laquelle les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par l'autorité (art. 43 LPGA; ATF 145 V 90 consid. 3.2; ATF 138 V 218 consid. 6). Cette règle n'est toutefois pas absolue. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire. Cela comporte en partie l'obligation d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi la partie concernée s'expose à devoir supporter les conséquences de l'absence de preuve (ATF 145 V 90 consid. 3.2; ATF 138 V 218 consid. 6; ATF 115 V 133 consid. 8a), sauf si l'impossibilité de prouver ce fait peut être imputée à la partie adverse (ATF 138 V 218 consid. 8.1.1).

À cet égard, il est possible de s'inspirer du principe général consacré à l'art. 8 CC selon lequel chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit (ATF 138 V 218 consid. 6; en ce sens également : ATF 146 V 51 consid. 5.1 ; ATF 145 V 90 consid. 3.2 ; ATF 115 V 133 consid. 8a ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_412/2011, du 30 avril 2012 consid. 3.2). En conséquence, la partie qui fait valoir un droit doit prouver les faits fondant ce dernier, alors que le fardeau de la preuve relatif aux faits supprimant le droit, respectivement l'empêchant, incombe à la partie, qui affirme la perte du droit ou qui conteste son existence ou son étendue (ATF 141 III 241 consid. 3 ; ATF 139 III 13 consid. 3.1.3.1 ; ATF 139 III 7 consid. 2.2). Dans le même sens, le Tribunal fédéral a récemment précisé que la partie qui se prévaut d'une exception

à la règle générale doit prouver les faits qui fondent ladite exception (ATF 147 III 393 consid. 6.3.1).

Le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 135 V 39 consid. 6.1; ATF 126 V 353 consid. 5b et les références; ATF 125 V 193 consid. 2 et les références). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 135 V 39 consid. 6.1 et la référence).

Si l'administration ou le juge, se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves fournies par les investigations auxquelles ils doivent procéder d'office, sont convaincus que certains faits présentent un degré de vraisemblance prépondérante et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation, il est superflu d'administrer d'autres preuves (appréciation anticipée des preuves ; ATF 145 I 167 consid. 4.1 et les références ; ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 et les références). Une telle manière de procéder ne viole pas le droit d'être entendu selon l'art. 29 al. 2 Cst (SVR 2001 IV n. 10 p. 28 consid. 4b), la jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 4 aCst. étant toujours valable (ATF 124 V 90 consid. 4b, ATF 122 V 157 consid. 1d).

3.7 En droit des assurances sociales, on applique de manière générale la règle dite des « premières déclarations ou des déclarations de la première heure », selon laquelle, en présence de deux versions différentes et contradictoires d'un fait, la préférence doit être accordée à celle que l'assuré a donnée alors qu'il en ignorait peut-être les conséquences juridiques, les explications nouvelles pouvant être consciemment ou non le fruit de réflexions ultérieures (ATF 121 V 45 consid. 2a ; ATF 115 V 133 consid. 8c).

4. En l'espèce, l'intimée a nié le droit aux indemnités compensatoires pour le mois d'août 2022, au motif que le revenu retenu pour cette période de contrôle en faveur de la recourante était supérieur à l'indemnité de chômage et donc convenable. Pour déterminer le revenu de la recourante, il a retenu que cette dernière et son employeuse, dans le cadre du contrat de travail du 1er juin 2022, avaient convenu d'un horaire hebdomadaire de 28,5 heures, pour un salaire à l'heure de CHF 25.21, indemnités de vacances de 8.33% inclues. En conséquence, le revenu de la recourante pour le mois d'août 2022 devait être porté à CHF 3'050.70, soit un gain journalier de CHF 132.65, supérieur à l'indemnité journalière de chômage fixée à CHF 122.35.

La recourante conteste la manière dont l'intimée à déterminer son revenu. Elle fait valoir qu'au mois d'août 2022, elle n'a concrètement perçu qu'un revenu de CHF 1'537.84 et que son contrat de travail était en réalité constitutif d'un contrat de travail sur appel, dont l'horaire n'était pas prédéfini, de sorte qu'il ne fallait pas retenir tel quel un horaire de 28,5 heures par semaine. Elle invoque le fait que son employeuse et elle-même ne sont pas francophones, raison pour laquelle il y avait eu des erreurs dans le contrat et les formulaires remplis par son employeuse. Elle explique que l'intention des parties au contrat avait toujours été d'avoir une flexibilité au niveau des heures de travail, car les besoins de son employeuse pouvaient fluctuer, tant à la hausse qu'à la baisse. Elle estime qu'il ressort du dossier qu'à chaque fois qu'elle s'était rendue compte d'une erreur, elle en avait immédiatement fait part à l'employeuse pour qu'elle la fasse rectifier. La recourante fait valoir sa bonne foi et celle de son employeuse dès lors que cette dernière s'était toujours montrée transparente et bienveillante et avait rapidement entrepris les démarches nécessaires pour régulariser les documents administratifs et qu'elle-même avait régulièrement informé son conseiller au chômage de chaque changement de situation, transmettant tous les justificatifs, car elle n'avait rien à cacher.

Il convient donc d'examiner la nature et l'étendue du contrat de travail du 1er juin 2022 qui liait la recourante à l'employeuse.

Il ressort du dossier que la recourante a signé avec l'employeuse, par l'intermédiaire d'une entreprise de service, un contrat de travail de durée indéterminée, rédigé en anglais et daté du 1er juin 2022, prévoyant une durée hebdomadaire de travail d'environ 25,5 heures en moyenne et une charge de travail normale de 25,5 heures. Ce document a été transmis à l'intimée dans le courant du mois de juin.

Une seconde version de ce document, prévoyant cette fois-ci une durée hebdomadaire de travail en moyenne de 28,5 heures et une charge de travail de 28,5 heures a été transmise à l'intimée le 30 juin 2022. La recourante a expliqué que la société de service n'avait simplement pas tenu compte du temps des repas pris sur place en gardant les enfants, ce qui avait été corrigé dans cette seconde version du contrat. Elle a indiqué qu'hormis cette erreur sur l'horaire de travail, le contrat courait dès le 1er juin 2022 pour une durée indéterminée.

La chambre de céans relève d'emblée que le fait que les parties aient souhaité apporter une telle modification de l'horaire de travail – soit seulement trois heures supplémentaires par semaine – audit contrat écrit, ne parait pas aller dans le sens d'une volonté des parties de conclure un contrat de travail sur appel.

En outre, l'employeuse a systématiquement mentionné un horaire de 28,5 heures de travail hebdomadaire dans les formulaires de gain intermédiaire. Elle a, de surcroit, confirmé expressément à l'intimée par courriel, du 12 août 2022, que le contrat prévoyant 28,5 heures de travail par semaine était valable.

À cet égard, le fait qu'elle ne soit pas francophone ne suffit pas à justifier une hypothétique erreur de communication, puisque le contrat de travail avait été rédigé en anglais et que celui-ci prévoyait effectivement 28,5 heures de travail en moyenne hebdomadaire.

Or, ce n'est qu'après avoir reçu la décision sur opposition du 16 août 2022 de l'intimée, concernant la période de contrôle du mois de juin 2022, ainsi que la décision initiale du 6 septembre 2022 concernant le mois d'août 2022, que la recourante a expliqué à l'intimée, dans son opposition du 29 septembre 2022, qu'un horaire flexible variant en fonction des besoins de l'employeuse avait été convenu avec cette dernière, raison pour laquelle il était mentionné dans le contrat un horaire « en moyenne », de 28,5 heures. C'est à ce moment-là également que la recourante a produit les nouveaux formulaires de gain intermédiaire, en indiquant qu'ils avaient été corrigés.

On rappellera qu'il convient en général d'accorder la préférence aux premières déclarations de l'assuré, faites alors qu'il en ignorait peut-être les conséquences juridiques, les explications nouvelles pouvant être – consciemment ou non – le fruit de réflexions ultérieures (ATF 121 V 47 consid. 2a ; ATF 115 V 143 consid. 8c).

Certes, le contrat prévoyait une moyenne de 28,5 heures hebdomadaire. Cela étant, il prévoyait également une charge de travail normale de 28,5 heures et quoi qu'il en soit les 61 heures de travail réalisées au total par la recourante durant le mois d'août 2022 sont largement en deçà d'une moyenne de 28,5 heures de travail hebdomadaire, laquelle aurait dû correspondre au total, pour le mois d'août, à environ 131,10 heures (28,5 heures [nombre d'heures de travail hebdomadaire en moyenne prévu par le contrat] / 5 jours [nombre de jours de travail possible par semaine] x 23 jours [nombre de jours de travail possible au mois d'août 2022]). Une telle différence est dès lors bien trop éloignée de la moyenne d'heures prévue contractuellement.

Au vu de ces éléments, la thèse du contrat de travail sur appel n'emporte pas la conviction de la chambre de céans. Quant aux erreurs et à la bonne foi alléguée par la recourante, elles ne convainquent pas non plus et ne permettent pas de renverser cette appréciation. Ce d'autant plus que, selon les déclarations de la recourante et de son employeuse – par le biais des formulaires IPA et de gain intermédiaire du mois d'août 2022 –, elles ont toutes deux pris des vacances, raison pour laquelle la recourante n'a travaillé que sept jours pour un total de 61 heures en août 2022. Or, ce motif ne saurait être retenu en faveur de la recourante pour les raisons qui suivent.

Le contrat de travail de la recourante est soumis au contrat-type de travail avec salaires minimaux impératifs de l'économie domestique du 13 décembre 2011 (CTT-EDom – J 1 50.03). La CTT-EDom s'applique aux rapports de travail du personnel de l'économie domestique occupé dans un ménage privé, dont,

notamment, les employés de maison affecté à la prise en charge d'enfant (cf. art. 1 al. 1 et 2 CTT-Edom), ce qui est le cas de la recourante. L'art. 21 al. 3 let. a CTT-EDom prévoit que pendant les vacances, le travailleur occupé a droit à une indemnité qui est calculée à raison de 8,33% du salaire en espèce brut réalisé au cours des 12 derniers mois s'il a droit à 4 semaines de vacances. Selon l'art. 12 *ab initio* CTT-EDom, en cas d'absence de l'employeur, le travailleur a droit à son salaire en espèce et en nature.

En l'espèce, s'agissant d'abord des vacances prises par la recourante, il sied de souligner que son contrat de travail du 1er juin 2022 était un contrat de travail de durée indéterminée l'occupant à temps partiel, de sorte qu'elle avait droit à une indemnité de vacances à hauteur de 8,33%, laquelle était d'ailleurs inclue dans son salaire horaire, conformément à son contrat écrit. Aussi, bien que la recourante n'ait pas concrètement perçu de salaire durant ses vacances, ces dernières doivent être considérées comme étant rémunérées par le biais de l'indemnité de vacances inclue dans le salaire horaire.

Quant aux vacances qui auraient été prises par l'employeuse – en dehors des propres vacances de la recourante –, elles ne sauraient justifier l'absence de salaire, dès lors où l'employeuse ne pouvait déroger, en défaveur du travailleur, au contrat qui prévoyait 28,5 heures de travail hebdomadaire. En effet, il n'appartient pas à l'assurance-chômage de se substituer à l'obligation de l'employeur – si celui-ci est absent (cf. art. 12 CTT-EDom) – de verser le salaire convenu dans le cadre du contrat de travail.

Par conséquent, au degré de la vraisemblance prépondérante, la chambre de céans retiendra que le contrat du 1er juin 2022 entre la recourante et l'employeuse constituait un contrat de travail individuel de durée indéterminée, dans le cadre duquel avait bel et bien été convenu un horaire de travail hebdomadaire et une charge de travail de 28,5 heures, ce conformément à la seconde version du contrat écrit transmis à l'intimée le 30 juin 2022. Aussi, le fait que l'intimée ait, sur cette base, déterminé le gain de la recourante pour le mois d'août 2022, ne prête pas le flanc à la critique.

Les calculs opérés par l'intimée sont également conformes au droit et ne sont d'ailleurs pas remis en cause par la recourante. Le gain assuré de CHF 3'319.- retenu par l'intimée n'est pas litigieux. L'indemnité de chômage correspond à 80% de ce montant divisé par 21.7, soit le nombre de jours ouvrables en moyenne par mois (cf. art. 40a de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité [OACI ; RS 837.02]) et s'élève ainsi à CHF 122.35. Quant au revenu journalier de la recourante retenu pour le mois d'août 2022, correspondant au gain intermédiaire, il est de CHF 132.65, soit CHF 3'050.70 (28.5 heures [horaire hebdomadaire contractuel] / par 5 jours [nombre de jours de travail possible par semaine] fois 23 jours [nombre de jours de travail possible au mois d'août 2022] x CHF 23.27 [salaire horaire contractuel

de CHF 25.21 sans l'indemnité de vacances de 8.33%] divisés par 23 jours contrôlés au mois d'août 2022.

Dès lors, le gain intermédiaire retenu (CHF 132.65) dépassait pour la période en cause l'indemnité de chômage (CHF 122.35).

Au vu de ce qui précède, c'est à bon droit que l'intimée a retenu que la recourante n'avait pas de droit aux indemnités compensatoires pour la période de contrôle du mois d'août 2022.

5. La décision querellée doit donc être confirmée et le recours rejeté.

Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. f^{bis} *a contrario* LPGA).

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110) ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière	La présidente
Sylvie CARDINAUX	Eleanor McGREGOR

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'au Secrétariat d'État à l'économie par le greffe le