

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3318/2024

ATAS/106/2025

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 19 février 2025

Chambre 4

En la cause

A. _____

recourant

contre

CAISSE DE CHÔMAGE UNIA

intimée

Siégeant : Catherine TAPPONNIER, présidente ; Larissa ROBINSON-MOSER et Antonio Massimo DI TULLIO, juges assesseurs

EN FAIT

- A.**
- a.** Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né le _____ 1959, est comptable de formation.
 - b.** Il a été licencié le 14 novembre 2022 avec effet au 31 janvier 2023 par B_____ pour laquelle il travaillait comme comptable depuis 2019.
 - c.** Il s'est inscrit le 3 mars 2023 auprès de l'office régional de placement pour un travail à 100% et a demandé des indemnités de chômage à la caisse de chômage UNIA (ci-après : la caisse ou l'intimée).
 - d.** La caisse a ouvert en sa faveur un délai-cadre d'indemnisation du 3 mars 2023 au 31 janvier 2024. Le gain assuré a été calculé à CHF 9'343.- et le montant brut de l'indemnité journalière à CHF 301.40 (soit 70% du gain assuré).
- B.**
- a.** Le 5 mai 2023, un contrat de mission de durée indéterminée a été conclu entre l'assuré et l'entreprise de service B_____ (ci-après : l'employeur), aux termes duquel l'assuré était engagé en qualité de comptable dès le 4 mai 2024 avec un horaire de travail d'« environ 24 heures par semaine », pour un salaire horaire brut de CHF 50.09, y compris jours fériés 3.20%, indemnités de vacances 10.60% et 13^e salaire 8.33%. La mission a pris fin le 29 novembre 2023.

Selon le contrat-cadre de travail, l'employé percevait un « salaire horaire brut, ainsi que les frais éventuels fixés par écrit sur le contrat de mission, calculé en multipliant le taux horaire convenu par le nombre d'heures effectuées ». Il avait droit au « salaire convenu dans le contrat de mission, en fonction de l'horaire de travail convenu » et devait établir un compte rendu hebdomadaire des heures de travail. Si ces dernières effectivement fournies ne concordaient pas avec les heures de travail convenues, seul le temps de travail pour lequel une justification était produite était indemnisé, sauf dans le cas où l'employé prouvait que l'entreprise locataire de services avait refusé qu'il fournisse ses prestations de travail.

Le contrat était basé sur la convention collective de travail CCT « Locations de service ».

b. À teneur des attestations de gain intermédiaire remplies par l'employeur, l'assuré avait effectué :

- lors du mois de mai 2023 (soit depuis le 4 mai 2023), 60.50 heures de travail ;
- lors du mois de juillet 2023, 83.25 heures de travail ;
- lors du mois d'août 2023, 91 heures de travail ;
- lors du mois d'octobre 2023, 86.25 heures de travail ;
- lors du mois de novembre 2023 (soit jusqu'au 29 novembre 2023), 55 heures de travail.

Une durée hebdomadaire de travail d'« environ 24 heures par semaine » avait été convenue et l'assuré ne s'était pas vu offrir d'effectuer plus d'heures de travail.

c. Selon les décomptes, la caisse a indemnisé l'assuré de la manière suivante :

- pour le mois de mai 2023, d'un montant de CHF 4'476.85, en prenant en compte un gain intermédiaire brut de CHF 2'762.45 ;
- pour le mois de juillet 2023, d'un montant de CHF 3'256.45, en prenant en compte un gain intermédiaire brut de CHF 3'801.20 ;
- pour le mois d'août 2023, d'un montant de CHF 3'561.80, en prenant en compte un gain intermédiaire brut de CHF 4'155.05 ;
- pour le mois d'octobre 2023, d'un montant de CHF 2'781.40, en prenant en compte un gain intermédiaire brut de CHF 4'771.10 ;
- pour le mois de novembre 2023, d'un montant de CHF 2'975.50 en prenant en compte un gain intermédiaire brut de CHF 4'027.20.

d. Le 14 juillet 2023, sur question de la caisse, l'employeur a expliqué que l'assuré avait été engagé pour remplacer « au pied levé » une personne qui s'occupait de la comptabilité, qui était absente pour une durée indéterminée. Il avait été décidé d'un commun accord qu'il aurait peut-être besoin de plus d'heures de travail car l'assuré ne connaissait pas le programme, avait commencé immédiatement et était sans formation. Une durée hebdomadaire de travail d'« environ 24 heures par semaine », et non d'« au moins 24 heures par semaine », avait donc été convenue. L'assuré effectuait à ce jour une moyenne de 20 à 21 heures de travail par semaine. Au mois de mai 2023, il avait commencé en fin de semaine et il y avait eu deux jours fériés.

e. Le 20 février 2024, la caisse a corrigé les décomptes de la manière suivante :

- pour le mois de mai 2023 : un gain intermédiaire brut de CHF 3'945.- était pris en compte, résultant en un montant à verser par la caisse de CHF 3'700.50 en lieu et place des CHF 4'476.85 déjà versés, de sorte que CHF 776.35 devaient être restitués à la caisse ;
- pour le mois de juillet 2023 : un gain intermédiaire brut de CHF 4'602.55 était pris en compte, résultant en un montant à verser par la caisse de CHF 2'729.20 en lieu et place des CHF 3'256.45 déjà versés, de sorte que CHF 527.25 devaient être restitués à la caisse ;
- pour le mois d'août 2023 : un gain intermédiaire brut de CHF 4'821.70 était pris en compte, résultant en un montant à verser par la caisse de CHF 3'145.65 en lieu et place des CHF 3'561.80 déjà versés, de sorte que CHF 416.15 devaient être restitués à la caisse ;
- pour le mois d'octobre 2023 : un gain intermédiaire brut de CHF 4'821.70 était pris en compte, résultant en un montant à verser par la caisse de

CHF 2'753.65 en lieu et place des CHF 2'781.40 déjà versés, de sorte que CHF 27.75 devaient être restitués à la caisse ;

- pour le mois de novembre 2023 : un gain intermédiaire brut de CHF 4'602.55 était pris en compte, résultant en un montant à verser par la caisse de CHF 2'892.40 en lieu et place des CHF 2'975.50 déjà versés, de sorte que CHF 83.10 devaient être restitués à la caisse.

f. Par décision du 11 avril 2024, la caisse a demandé la restitution de la somme de CHF 1'830.60. Durant les périodes précitées, l'assuré était au bénéfice d'un contrat de mission auprès de B_____ avec un horaire contractuellement établi de 24 heures par semaine. En tenant en compte de cet horaire, le montant des indemnités devait être de CHF 15'221.40 et non de CHF 17'052.-.

g. Par courrier du 17 avril 2024, l'assuré a formé opposition à cette décision, concluant à sa reconsidération. La caisse s'était basée sur un horaire établi de 24 heures par semaine alors que le nombre d'heures mentionné dans le contrat était indicatif, sur la base des informations reçues du client.

h. Le 8 août 2024, la caisse a demandé à l'employeur pour quelles raisons le contrat de mission du 5 mai 2023 mentionnait un horaire de travail d'« environ 24 heures » alors que selon les directives du Secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO) un horaire de travail précis devait être établi.

i. Le 14 août 2024, l'employeur a répondu, en rappelant la teneur de son courrier du 14 juillet 2023, précisant n'avoir jamais obtenu de réponse à ce sujet.

j. Par courriel du 20 août 2024, l'employeur a précisé que le taux d'activité de l'assuré était de deux jours par semaine, mais qu'étant donné son absence de formation et le fait qu'il ne connaissait pas le programme, il a été convenu d'un commun accord, avec le client et l'assuré, que ce dernier aurait besoin de plus d'heures de travail. Ils s'étaient donc entendus sur une durée hebdomadaire d'environ 24 heures par semaine et non d'au minimum.

k. Par décision du 10 septembre 2024, l'intimée a partiellement admis l'opposition, réduisant le montant à restituer à CHF 1'681.80, retenant que l'assuré avait été engagé dès le 4 mai 2024 avec un horaire de 24 heures en moyenne, soit 4.80 heures par jour, sur la base suivante :

- au mois de mai 2023, il avait travaillé 60.50 heures au lieu de 86.40 heures, en tenant compte de deux jours fériés ;
- au mois de juin 2023, il avait travaillé 77 heures au lieu de 105.60 heures ;
- au mois de juillet 2023, il avait travaillé 83.25 heures au lieu de 100.80 heures ;
- au mois d'août 2023, il avait travaillé 91 heures au lieu de 105.60 heures, en tenant compte d'un jour férié ;
- au mois de septembre 2023, il avait travaillé 83 heures au lieu de 96 heures, en tenant compte d'un jour férié ;

- au mois d'octobre 2023, il avait travaillé 86.25 heures au lieu de 105.60 heures ;
- au mois de novembre 2023, il avait terminé sa mission le 29 et avait travaillé 55 heures au lieu de 100.80 heures.

L'horaire de 24 heures par semaine ne correspondait donc pas à la réalité. L'employeur devait savoir que l'horaire de travail prévu par le contrat de mission devait être respecté et qu'il était en demeure de lui payer le salaire convenu même si le client ne pouvait pas employer l'assuré durant 24 heures par semaine tous les mois. L'employeur aurait dû donc adapter le contrat de mission dès que la caisse l'avait informé du fait que le nombre d'heures réellement effectuées ne correspondait pas à celui convenu initialement. De plus, même si les attestations de gain intermédiaire indiquaient un horaire d'environ 24 heures, l'employeur devait connaître les prescriptions de la loi sur le service de l'emploi concernant l'horaire de travail.

S'agissant de la restitution des prestations, les conditions de la reconsidération étaient remplies et il convenait de confirmer la correction effectuée pour les périodes de contrôle de mai et juillet à novembre 2023. La caisse avait dès lors compensé le montant de CHF 138.80 pour la période de septembre 2023, le jour férié n'ayant pas été déduit.

- C.** **a.** Par acte posté le 8 octobre 2024, l'assuré a recouru devant la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : la chambre de céans) contre cette décision, concluant à son annulation.

Le 7 octobre 2024, son employeur lui avait confirmé qu'en mentionnant « environ » 24 heures par semaine dans son contrat de mission, il suivait les recommandations de « *Swissstaffing* », un centre de compétence des prestataires des services de l'emploi suisse, ayant notamment comme partenaire l'Union suisse des arts et métiers, l'Union patronale suisse, « *economiesuisse* » et le SECO). L'employeur avait donc appliqué les directives du SECO. Selon les dispositions applicables, le contrat était parfait lorsque les parties avaient, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté. Les horaires de travail avaient toujours été discutés entre l'employeur et l'employé, tout en répondant aux souhaits du client. Si la décision du 10 septembre 2024 devait être maintenue, il renvoyait au point 6 de ladite décision, qui mentionnait que la perte de salaire – qu'il considérait comme correspondant à la demande de restitution du trop-perçu d'indemnité – n'était guère supportable financièrement par un employé bénéficiaire de l'indemnité chômage. De plus, il s'était vu notifié une demande de restitution d'indemnité alors qu'en qualité de bénéficiaire, il n'était informé de la situation qu'au moment où la décision était prise. Il aurait été ainsi plus simple pour lui de vérifier ces points en juillet 2023, ce qui lui aurait évité de recourir contre la décision.

À l'appui de son recours, l'assuré a joint le courrier de son employeur selon lequel il était expliqué qu'« environ 24 heures » avait été prévu en raison d'une incertitude quant au nombre exact d'heures qu'il allait effectuer, sur la base d'une recommandation de « *Swissstaffing* » qui était appliquée dans des cas similaires.

b. Par réponse du 6 novembre 2024, l'intimée a conclu au rejet du recours, considérant que le recourant n'avait pas apporté d'éléments de faits ou d'arguments nouveaux remettant en cause la décision litigieuse. Elle a également cité une jurisprudence selon laquelle la loi n'était pas claire en ce qui concernait la définition du gain intermédiaire réalisé et que la systématique de la loi et la *ratio legis* conduisaient à assimiler le gain intermédiaire réalisé au salaire fixé par le contrat de travail, indépendamment du montant versé par l'employeur.

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 Interjeté dans la forme et le délai de trente jours prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA et 62 ss de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]).

2. Le litige porte sur le bien-fondé de la demande de restitution d'un montant de CHF 1'681.80, singulièrement sur l'horaire de travail à prendre en compte lors du calcul du gain intermédiaire.

3. À titre liminaire, il convient d'examiner une éventuelle violation du droit d'être entendu du recourant, lequel se plaint de ne pas avoir été informé et de ne pas avoir pu se déterminer avant la prise de décision par l'intimée.

3.1 Garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 135 II 286 consid. 5.1 p. 293 ; 135 I 279 consid. 2.3 p. 282).

Ce droit est rappelé, en assurances sociales, à l'art. 42 LPGA. Selon cette disposition, qui s'applique en assurance-chômage par le renvoi de l'art. 1 al. 1 LACI, les parties ont le droit d'être entendues et il n'est pas nécessaire de les entendre avant une décision sujette à opposition.

3.2 En l'espèce, l'intimée n'a pas violé le droit d'être entendu du recourant en prenant sa décision de restitution du 11 avril 2024 sans lui avoir donné la possibilité de se déterminer, celui-ci ayant correctement pu exercer son droit d'être entendu dans le cadre de son opposition du 17 avril 2024 à la décision précitée.

4.

4.1 Selon l'art. 25 LPGA, auquel renvoie l'art. 95 al. 1 LACI, les prestations indûment touchées doivent être restituées. La restitution ne peut être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile (al. 1). Le droit de demander la restitution s'éteint trois ans 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. Si la créance naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est déterminant (al. 2).

L'obligation de restituer des prestations indûment touchées et son étendue dans le temps a pour but simplement de rétablir l'ordre légal après la découverte du motif justifiant la reconsidération ou la révision procédurale de la décision initiale d'octroi de prestations (ATF 122 V 134 consid. 2 d-e ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_398/2021 du 22 février 2022 consid. 5.1).

L'obligation de restituer suppose que soient réunies les conditions d'une révision procédurale (art. 53 al. 1 LPGA) ou d'une reconsidération (art. 53 al. 2 LPGA) de la décision par laquelle les prestations en cause ont été allouées (ATF 142 V 259 consid. 3.2 ; 138 V 426 consid. 5.2.1 ; 130 V 318 consid. 5.2 et les références).

En vertu de l'art. 53 LPGA, intitulé « révision et reconsidération », les décisions et les décisions sur opposition formellement passées en force sont soumises à révision si l'assuré ou l'assureur découvre subséquentement des faits nouveaux importants ou trouve des nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient être produits auparavant (al. 1). L'assureur peut revenir sur les décisions ou les décisions sur opposition formellement passées en force lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable (al. 2).

Cette disposition de la LPGA consacrée à la « révision et reconsidération » s'inscrit dans la thématique de la modification des décisions entrées en force de chose décidée, soit celles qui ne sont plus susceptibles d'un recours ordinaire (Margit MOSER-SZELESS, in Commentaire romand, LPGA, 2018, n° 1 et 25 ss *ad* art. 53 LPGA et les références citées).

Si la révision procédurale et la reconsidération ont pour point commun de remédier à l'inexactitude initiale d'une décision (« *anfängliche tatsächliche Unrichtigkeit* » ; Ueli KIESER / Gabriela RIEMER-KAFKA, *Tafeln zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht*, 5^e éd., 2013, p. 140), la révision est la modification d'une décision correcte au moment où elle a été prise, compte tenu des éléments connus à ce moment, mais qui apparaît ensuite dépassée en raison d'un élément nouveau. En revanche, la reconsidération a pour objet la correction d'une décision qui était déjà erronée, dans la constatation des faits ou dans l'application du droit, au moment où elle a été prise (ATAS/1244/2020 du 10 décembre 2020 consid. 7b ; ATAS/154/2019 du 25 février 2019 consid. 3b ; ATAS/1163/2014 du 12 novembre 2014 consid. 5c).

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 126 V 42 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral C 402/00 du 12 mars 2001 consid. 1a). 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 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*, 2^e éd., Zurich, Bâle, Genève 2006, p. 827 ; ATAS/860/2023 du 8 novembre 2023 consid. 4.2 et ATAS/671/2024 du 3 septembre 2024, consid. 4.1).

La reconsidération sert à corriger une application initialement erronée de la loi fondée sur l'appréciation des faits. L'inexactitude est manifeste lorsque dès le début, il n'y a aucun doute raisonnable de son inexactitude (ATF 138 V 324). Dans la mesure où le pouvoir d'appréciation se fonde sur la situation des faits et du droit, y compris la pratique juridique, il n'y a pas place pour une inexactitude incontestable manifeste (ATF 141 V 405)

4.2

4.2.1 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 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).

Selon l'art. 10 LACI, est réputé sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et qui cherche à exercer une activité à plein temps (al. 1). Selon l'alinéa 2 de cette disposition, est réputé partiellement sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et cherche à n'exercer qu'une activité à temps partiel (let. a), ou occupe un emploi à temps partiel et cherche à le remplacer par une activité à plein temps ou à le compléter par une autre activité à temps partiel (let. b). N'est pas réputé partiellement sans emploi celui qui, en raison d'une réduction passagère de l'horaire de travail, n'est pas occupé normalement (al. 2bis). Celui qui cherche du travail n'est réputé sans emploi ou partiellement sans emploi que s'il s'est inscrit aux fins d'être placé (al. 3).

Selon la jurisprudence, la perte de travail est calculée en règle générale en fonction de l'horaire de travail habituel dans la profession ou le domaine d'activité concernés ou, le cas échéant, en fonction de l'horaire de travail prévu par une convention particulière. En cas de travail sur appel, le travailleur ne subit, en principe, pas de perte de travail, respectivement pas de perte de gain à prendre en considération lorsqu'il n'est pas appelé, car le nombre de jours où il est amené à travailler est considéré comme normal. Exceptionnellement, lorsque les appels diminuent après que l'assuré a été appelé de manière plus ou moins constante pendant une période prolongée (période de référence), une telle perte de travail et de gain peut être prise en considération. Plus les appels ont été réguliers, plus la période de référence sera courte (arrêt du Tribunal fédéral 8C_812/2017 du 23 août 2018 consid. 5.3.1 et les références).

4.2.2 D'après l'art. 24 LACI – intitulé « prise en considération du gain intermédiaire » –, est réputé gain intermédiaire, tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle, dont le montant est inférieur à l'indemnité de chômage à laquelle il a droit. La prise en compte du gain intermédiaire relève uniquement de la compétence de la caisse de chômage.

L'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain. 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).

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 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.

Selon le ch. C132 du Bulletin LACI IC, publié par le SECO, 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 (ch. C133).

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.

Selon le ch. C142, relatif aux principes applicables au cas de solde négatif, aux termes de l'art. 324 CO, l'employeur ne peut réduire le salaire s'il a empêché, par sa propre faute, l'exécution du travail ou s'est trouvé en demeure de l'accepter pour d'autres motifs. Il est alors tenu de verser le salaire, à condition toutefois que le travailleur lui ait offert, comme il se doit, de travailler et ait accepté d'accomplir des heures supplémentaires alors que son solde d'heures était négatif, dans la mesure où il pouvait s'en charger et où les règles de la bonne foi permettaient de le lui demander (voir art. 321c CO).

Deux cas de figure peuvent dès lors se présenter :

- L'employeur est en demeure d'accepter le travail et doit verser le salaire convenu. Le travailleur est tenu de faire valoir sa créance envers son employeur. Il n'appartient pas à l'assurance-chômage de couvrir les créances de l'assuré envers son employeur et de libérer ainsi ce dernier de son obligation de verser le salaire.
- Le travailleur n'a pas offert dûment de travailler et n'a pas été empêché de le faire pour des motifs indépendants de sa volonté, p. ex. maladie, accident, etc., au sens de l'art. 324a CO. Le fait que l'assuré n'offre pas son travail dans les règles exclut toute demeure de l'employeur, lequel n'est dès lors plus tenu de verser le salaire convenu. L'assurance doit sanctionner le travailleur responsable de la perte de travail provoquée par son comportement. Conclusion : dans un cas comme dans l'autre, on ne tient pas compte des réductions de salaire et c'est le salaire convenu contractuellement qui doit être pris en compte comme gain intermédiaire.

Dans un arrêt 8C_229/2023 du 26 avril 2024, le Tribunal fédéral a considéré que la systématique de la loi et la *ratio legis* conduisaient à assimiler le gain intermédiaire réalisé – indépendamment du montant de la rémunération versée par l'employeur – au droit au salaire fixé par le contrat de travail et que la méthode de calcul du gain intermédiaire consistant à prendre en compte les heures de travail effectives était contraire au droit fédéral (consid. 7.5). Le ch. 142 de la directive qui prévoyait que le salaire convenu contractuellement devait être imputé en tant que revenu intermédiaire, ne pouvait être qualifié d'illégale.

4.2.3 Soumise à la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 6 octobre 1989 (LSE – RS 823.11), la location de services est le contrat par lequel une personne (le bailleur de services) met des travailleurs à la disposition

d'une autre (le locataire de services), moyennant rémunération. On considère en général qu'il s'agit d'un contrat innommé *sui generis*, comportant des aspects du mandat (TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, Les contrats spéciaux, 4^e éd. 2009, n° 3272 p. 479 ; MATILE / ZILLA / STREIT, Travail temporaire, Commentaire pratique des dispositions fédérales sur la location de services [art. 12-39 LSE], 2010, p. 5ss. ; Luc THÉVENOZ, Le travail intérimaire, 1987, p. 121ss ; *cf.* aussi ATF 119 V 357 consid. 2a). L'art. 27 OSE distingue trois formes de location de services: le travail temporaire, le travail en régie et la mise à disposition occasionnelle de travailleurs. En cas de travail temporaire (ou travail intérimaire), l'employeur (l'agence de placement) ne conclut pas, dans un premier temps, de véritable contrat de travail avec son employé, mais un contrat-cadre, soit une convention générale de services permettant d'obtenir l'adhésion du travailleur à ses conditions de travail. Il lui propose ensuite un contrat de mission dans une entreprise tierce. Si le travailleur accepte la mission offerte, alors il conclut un contrat de travail effectif avec l'agence de placement. Le salaire n'est pas dû entre deux missions (voir l'arrêt du Tribunal fédéral 4C.356/2004 du 7 décembre 2004 consid. 2.3). Quant au travail en régie, il se caractérise par le fait que le travailleur est engagé en vue de la location de ses services à diverses entreprises clientes. Cependant, contrairement au travail temporaire, la durée du travail est en principe indépendante des missions effectuées dans les entreprises clientes. Le travailleur demeure lié par un contrat de travail durable avec son employeur. Celui-ci supporte donc le risque éventuel d'inactivité du travailleur entre deux placements. On parle dans ce cas de travail intérimaire improprement dit (ATF 137 V 114 consid. 4.2.2 et les références ; ATAS/965/2022 du 8 novembre 2022 consid. 4.3.2).

Selon l'art. 19 al. 2 let. d LSE, le bailleur de services est tenu de convenir par écrit de l'horaire de travail avec le travailleur.

Swissstaffing est un centre de compétence des prestataires des services de l'emploi suisse et une association des employeurs. Cette association indique avoir comme prestataires notamment le SECO. Son mémento du 13 avril 2021 sur l'aménagement du temps de travail indique qu'il est impératif de convenir d'un horaire de travail correspondant aux besoins réels, un taux d'occupation incorrect ou excessivement élevé étant susceptible d'entraîner la demeure de l'employeur (*cf.* pages 1 et 2). La formulation « en moyenne 42 heures par semaine » était désormais licite et utile pour amortir de « petites » fluctuations du temps de travail. En cas de fortes fluctuations, la possibilité pour éviter les heures en moins et de conclure un nouveau contrat de mission avec le nombre d'heures de travail correspondant. Une clause visant à minimiser le risque de demeure de l'employeur était également proposée, et ajoutée par ailleurs au contrat-cadre de travail du 5 mai 2023, selon laquelle seul le temps de travail pour lequel une justification était produite était indemnisée si les heures de travail effectivement fournies ne concordaient pas avec les heures de travail convenues.

5. En l'espèce, la décision de restitution a été rendue en temps utile le 11 avril 2024, soit moins de trois ans après que l'intimée a eu connaissance des explications de l'employeur du 14 juillet 2023 sur l'horaire de travail du recourant et moins de cinq ans depuis le versement des indemnités demandées en restitution.

L'intimée a demandé la restitution du trop-perçu à titre d'indemnités pour les mois de mai, juillet, août, octobre et novembre 2023, au motif que le gain intermédiaire retenu initialement pour ces périodes de contrôle était fondé sur les heures effectives de travail du recourant pour son employeur alors qu'il y avait lieu de tenir compte de l'horaire de travail prévu dans le contrat de mission, qui était de 24 heures par semaine. Ainsi, le montant retenu était inférieur à ce qui aurait dû être retenu.

Le recourant conteste l'horaire de travail retenu par l'intimée, faisant valoir qu'il cet horaire avait été convenu avec son employeur à titre indicatif afin de tenir compte de son absence de formation et du fait qu'il ne connaissait pas le programme. Il avait effectué en réalité moins d'heures de travail, soit environ 20 à 21 heures par semaine, et fallait tenir compte de ces heures de travail effectives pour établir le gain intermédiaire. En convenant d'un horaire « d'environ 24 heures par semaine », l'employeur avait appliqué les recommandations de *Swissstaffing*, partenaire du SECO et, ainsi, les directives de ce dernier.

Il convient en l'espèce de retenir qu'un horaire de 24 heures de travail a été convenu entre l'employeur et le recourant, quand bien même il était spécifié dans le contrat un horaire « d'environ 24 heures », dès lors que selon l'art. 19 al. 2 let. d LSE, le bailleur de services est tenu de convenir par écrit de l'horaire de travail avec le travailleur et que l'employeur du recourant ne pouvait ignorer, que selon le mémento de *Swissstaffing* du 13 avril 2021, il était tenu de verser le salaire sur la base de l'horaire de travail convenu par le contrat-cadre de travail et qu'il devait en cas de fortes fluctuations conclure un nouveau contrat de mission avec le nombre d'heures de travail correspondant.

C'est ainsi à bon droit que l'intimée a corrigé le 20 février 2024 les décomptes relatifs aux périodes de mai, juillet, août, octobre et novembre 2023, lesquels étaient fondés sur les heures de travail réellement effectuées par le recourant pour son employeur et non sur celles convenues contractuellement avec ce dernier.

Les premiers décomptes de l'intimée étaient manifestement erronés, au vu des directives du SECO et du mémento de *Swissstaffing*, étant relevé que le Tribunal fédéral, dans son arrêt 8C_229/2023 du 26 avril 2024, a considéré que le ch. C142 du Bulletin LACI IC, qui prévoit que le salaire convenu contractuellement doit être imputé en tant que revenu intermédiaire, n'est pas illégal.

Le montant versé en trop par l'intimée est de CHF 1'681.80 et il doit être considéré comme d'une importance notable, selon la jurisprudence.

Les conditions d'une reconsidération étaient ainsi remplies, de sorte que la demande de restitution de l'intimée doit être confirmée, étant précisé que les

nouveaux décomptes de l'intimée n'appellent pas la critique et n'ont pas été remis en cause par le recourant.

6. Infondé le recours sera rejeté.

Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. *fbis* LPGA en lien avec l'art. 1 al. 1 LACI).

**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

Melina CHODYNIECKI

Catherine TAPPONNIER

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