

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 19 février 2019

---

Composition : M. NEU, juge unique  
Greffière : Mme Berseth Béboux

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

**L.**\_\_\_\_\_, à [...], recourante,

et

**CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE**, à Lausanne, intimée,

---

**Art. 25 al. 1 LPGA ; art. 18, 23 al. 1, 24 et 95 LACI**

**E n f a i t :**

**A.** L.\_\_\_\_\_ (ci-après : l'assurée ou la recourante), opticienne diplômée née en [...] et mère de deux enfants nés en [...] et [...], a sollicité l'octroi d'indemnités de chômage dès le 1<sup>er</sup> janvier 2018, à la suite de son licenciement avec effet au 31 décembre 2017 par la société V.\_\_\_\_\_. Parallèlement à cet emploi, l'assurée occupait également un poste auprès de X.\_\_\_\_\_, quelques heures par mois, depuis juin 2011. Sur sa demande d'indemnité à l'attention de la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la caisse ou l'intimée), l'assurée a indiqué être disponible pour un emploi au taux de 60%.

Dans une attestation du 6 décembre 2017 à l'attention de la caisse, V.\_\_\_\_\_ a indiqué que l'assurée travaillait à 60% (24h75 sur 41h25) pour un salaire brut mensuel de 4'320 fr., versé treize fois l'an. X.\_\_\_\_\_ a de même fait savoir à la caisse que l'assurée travaillait pour son compte à raison de deux heures par semaine pour un salaire horaire brut de 50 fr., auquel s'ajoutait une indemnité de vacances de 8,33%.

L'assurée a remis à la caisse les décomptes de salaire mensuels établis par X.\_\_\_\_\_ pour l'année 2017, dont il ressort les éléments suivants :

- pour janvier 2017 :
  - salaire horaire brut : 300 fr.,
  - indemnités de vacances (8,33%) : 25 fr.,
  - indemnité de trajet : 130 fr.,
- pour février 2017 :
  - salaire horaire brut : 225 fr.,
  - indemnités de vacances (8,33%) : 18 fr. 75,
  - indemnité de trajet : 65 fr.,
- pour mars 2017 :
  - salaire horaire brut : 400 fr.,
  - indemnités de vacances (8,33%) : 33 fr. 30,
  - indemnité de trajet : 130 fr.,
- pour avril 2017 :
  - salaire horaire brut : 375 fr.,
  - indemnités de vacances (8,33%) : 31 fr. 25,

- indemnité de trajet : 130 fr.,
- pour mai 2017 :
  - salaire horaire brut : 175 fr.,
  - indemnités de vacances (8,33%) : 14 fr. 60,
  - indemnité de trajet : 65 fr.,
- pour juin 2017 :
  - salaire horaire brut : 300 fr.,
  - indemnités de vacances (8,33%) : 25 fr.,
  - indemnité de trajet : 130 fr.,
- pour juillet 2017 :
  - salaire horaire brut : 162 fr. 50,
  - indemnités de vacances (8,33%) : 13 fr. 55,
  - indemnité de trajet : 65 fr.,
- pour août 2017 :
  - salaire horaire brut : 200 fr.,
  - indemnités de vacances (8,33%) : 16 fr. 65,
  - indemnité de trajet : 65 fr.,
- pour septembre 2017 :
  - salaire horaire brut : 475 fr.,
  - indemnités de vacances (8,33%) : 39 fr. 55,
  - indemnité de trajet : 195 fr.,
- pour octobre 2017 :
  - salaire horaire brut : 325 fr.,
  - indemnités de vacances (8,33%) : 27 fr. 05,
  - indemnité de trajet : 130 fr.,
- pour novembre 2017 :
  - salaire horaire brut : 375 fr.,
  - indemnités de vacances (8,33%) : 31 fr. 25,
  - indemnité de trajet : 130 fr.,
- pour décembre 2017 :
  - salaire horaire brut : 100 fr.,
  - indemnités de vacances (8,33%) : 8 fr. 35,
  - indemnité de trajet : 65 fr.,
- pour janvier 2018 :
  - salaire brut : 375 fr.,
  - indemnités de vacances (8,33%) : 31 fr. 25,
  - indemnité de trajet : 130 fr.

Par un premier décompte du 14 février 2018, la caisse a fixé l'indemnité brute due à l'assurée pour le mois de janvier 2018 à 3'319 fr. 15, sur la base d'un gain assuré de 4'724 fr. et d'un gain intermédiaire brut de 375 francs.

Par décompte rectificatif du 5 mars 2018, la caisse a corrigé l'indemnité de janvier 2018 à 2'498 fr. 70, compte tenu d'un gain assuré de 4'827 fr. et d'un gain intermédiaire brut de 505 fr., estimant au demeurant que l'intéressée devait être soumise à un délai d'attente de cinq jours.

Par décision du 15 mars 2018, la caisse a requis de l'assurée la restitution de 820 fr. 45, correspondant aux indemnités indûment versées pour le mois de janvier 2018. La caisse a expliqué que les indemnités de trajet allouées par X.\_\_\_\_\_ devaient être prises en considération dans le calcul du gain assuré. Le gain assuré rectifié s'élevait dès lors à 5'096 fr. (au lieu des 4'988 fr. retenus initialement) et induisait l'imposition d'un délai d'attente de cinq jours. Du fait de ces corrections, l'assurée avait perçu un montant indu de 820 fr. 45, qu'elle devait restituer.

Le 24 mars 2018, l'assurée s'est opposée à cette décision, faisant grief à la caisse de ne pas avoir explicité le calcul du gain assuré et d'avoir fait preuve de confusion en évoquant successivement quatre montants différents à ce titre. Elle a requis de la caisse le détail des calculs et des bases légales retenus.

Par décision sur opposition du 9 mai 2018, la caisse a confirmé la décision entreprise, maintenant que l'indemnité de trajet allouée par X.\_\_\_\_\_, soumise à cotisations, devait être incluse dans le gain assuré déterminant. Elle a indiqué sur quels éléments elle s'était basée pour aboutir au premier gain assuré retenu (4'988 fr.), puis au second (5'096 fr.), précisant que ces gains avaient ensuite dû être réduits (à respectivement 4'724 fr. pour le premier calcul, et 4'827fr. pour le calcul de rectification), afin de tenir compte du fait que l'assurée s'était inscrite au chômage pour un taux de disponibilité de 60%, alors qu'elle avait cotisé sur la base d'une activité à 63,35% (60% auprès de V.\_\_\_\_\_ et 3,35% auprès de X.\_\_\_\_\_). Le gain assuré mensuel de 5'096 fr. dépassant la limite des 60'000 fr. annuels, il induisait la prise en considération d'un délai d'attente de cinq jours.

Dans un courriel adressé le 22 mai 2018 à l'assurée, la caisse a maintenu sa position, se référant notamment à la Directive sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG (DSD) émise par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) et au Memento 2.01 sur les cotisations salariales à l'AVS, à l'AI et aux APG, publié par le Centre d'information AVS/AI.

**B.** Par acte du 4 juin 2018, L. \_\_\_\_\_ a recouru auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal contre la décision sur opposition du 9 mai 2018, dont elle a implicitement conclu à l'annulation, dans le sens où le gain assuré fixé initialement par la caisse était correct, qu'aucune indemnité ne lui avait été indûment versée et que la caisse n'était donc pas légitimée à lui demander le remboursement d'indemnités versées à tort. La recourante explique notamment que son employeur, sachant qu'elle passerait beaucoup de temps sur la route en comparaison avec le temps de travail, avait accepté de lui verser une indemnité fixe par trajet, de 65 fr. pour chaque jour de travail.

Dans une réponse du 9 juillet 2018, la caisse a conclu au rejet du recours et au maintien de la décision entreprise.

### **E n d r o i t :**

**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. a)** Conformément à l'art. 61 let. c et d LPGA, le juge des assurances sociales établit les faits et le droit d'office, et statue sans être lié par les griefs et conclusions des parties. Son devoir d'examen d'office est toutefois limité par celui des parties de collaborer à l'instruction de la cause, d'alléguer les faits déterminants et de motiver leurs conclusions. Le juge n'est pas tenu, en particulier, de soulever d'office toutes les questions de fait ou de droit qui pourraient théoriquement se poser en rapport avec l'objet du litige. Il peut se limiter à traiter les griefs soulevés, hormis lorsqu'une lacune de la décision litigieuse ressort clairement du dossier et que sa rectification aurait une influence notable sur l'issue du procès (ATF 119 V 347 consid. 1).

**b)** Le présent litige porte sur le point de savoir si l'intimée était fondée à requérir de la recourante le remboursement d'un montant de 820 fr. 45 au titre d'indemnités indûment versées pour le mois de janvier 2018.

**3.** Selon l'art. 25 al. 1 LPGA (RS 830.1), auquel renvoie l'art. 95 al. 1 LACI, les prestations indûment touchées doivent être restituées (première phrase).

Pour qu'une restitution se justifie, il importe que des prestations aient été versées indûment, c'est-à-dire sur la base d'une

constatation erronée des faits déterminants et/ou en violation des normes juridiques applicables. Le point de savoir si ces prestations ont été allouées de manière indue doit être examiné objectivement, en ce qui concerne tant les faits déterminants que le droit applicable (cf. Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Schulthess 2014, p. 610, n° 10 ad art. 95).

Dès lors que c'est à la suite de la rectification du gain assuré de la recourante que l'intimée a émis la demande de restitution litigieuse, il convient d'examiner à titre préalable cette notion, en déterminant singulièrement si le gain assuré de l'intéressée doit inclure les indemnités de trajet allouées par X. \_\_\_\_\_. La même question se posera ensuite s'agissant du gain intermédiaire réalisé par l'assurée en janvier 2018. Enfin, il conviendra encore de se pencher sur la question de savoir si c'est à juste titre que l'intimée a imposé à l'assurée un délai d'atteinte de cinq jours dans son décompte d'indemnités rectificatif du 5 mars 2018.

**4.** A titre préliminaire, on peut se demander si la caisse était fondée à modifier le gain assuré par simple décompte d'indemnités rectificatif, suivi dix jours plus tard d'une décision de restitution, puis d'une décision sur opposition confirmant l'obligation de restituer. L'art. 51 al. 1 LPGA permet certes aux autorités de statuer dans le cadre d'une procédure simplifiée, par exemple en fixant le droit aux prestations dans un décompte d'indemnités. Toutefois, à teneur du second alinéa de cette disposition, l'assuré peut exiger de l'assureur qu'il rende une décision, écrite et motivée, munie de voies de droit. Dans le cas d'espèce, la caisse n'a cependant pas rendu de décision formelle statuant sur les éléments constitutifs de son décompte d'indemnités rectifié du 5 mars 2018, alors même que l'assurée avait contesté le gain assuré corrigé, fait savoir à la caisse que la situation lui paraissait confuse et demandé à être renseignée sur les modalités de calcul ainsi que les bases légales appliquées. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs précisé que la procédure de restitution de prestations implique trois étapes en principe distinctes : une première décision sur le caractère indu des prestations, une deuxième décision sur la restitution en tant que telle des prestations et, cas échéant, une

troisième décision sur la question de la remise de l'obligation de restituer (TF 9C\_678/2011 du 4 janvier 2012 consid. 5.2 et les références ; Sylvie Pétremand, in : Dupont/Moser-Szeless [éd.], Commentaire romand de la loi sur la partie générale des assurances sociales, Bâle 2018, n° 30 ad art. 25). En agissant sans respecter ces différentes étapes, la caisse est susceptible d'avoir violé le droit d'être entendue de l'assurée. Par économie de procédure toutefois, cette question peut rester ouverte en l'espèce, dès lors que la décision entreprise doit quoi qu'il en soit être annulée, pour les motifs développés ci-après.

**5. a)** Aux termes de l'art. 23 al. 1 première phrase LACI, est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence, y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement, dans la mesure où elles ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail.

Le salaire pris en considération comme gain assuré se rapproche de la notion de salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS, mais ne se recouvre pas exactement avec celui-ci, comme cela ressort du terme « normalement » ("normalerweise" ; "normalmente") utilisé à l'art. 23 al. 1 LACI. Certains montants perçus par le salarié, certes soumis à cotisation, n'entrent pas en considération dans le calcul du gain assuré au sens de l'art. 23 al. 1 LACI (BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n° 8 ad art. 23 ; DTA 2006 p. 305 consid. 4.1). Il en va ainsi notamment de la rémunération des heures supplémentaires (ATF 129 V 205), de l'indemnité de vacances (à certaines conditions : ATF 130 V 492 consid. 4.2.4), des gains accessoires (ATF 129 V 105 consid. 3.2 p. 108 ; 126 V 207) ou des indemnités pour inconvénients liés au travail ou en raison de frais occasionnés par le travail (DTA 1992 n. 14 p. 140 [C 13/92] consid. 2b ; TF 8C\_479/2014 du 3 juillet 2015 consid. 3.1 ; BORIS RUBIN, op. cit, n° 11 ad art. 23).

**b)** A teneur de l'art. 24 LACI, l'assuré qui réalise un gain intermédiaire durant une période au cours de laquelle il fait contrôler son chômage, a droit à une compensation de sa perte de gain. Le gain intermédiaire se détermine en principe de la même manière que le gain assuré, afin d'éviter qu'un assuré se voie imputer un gain intermédiaire qui ne serait pas, ensuite, prise en compte de façon semblable sous l'angle du gain assuré à l'occasion de l'ouverture d'un éventuel délai-cadre d'indemnisation ultérieur. Cela concerne à la fois le type de rémunération à prendre en compte et la période à laquelle il convient d'opérer un rattachement temporel (cf. BORIS RUBIN, op. cit., n° 14 ad art. 24 et les références citées).

**c)** Selon l'art 18 al. 1 LACI, le droit à l'indemnité commence à courir après un délai d'attente de cinq jours de chômage contrôlé. Sont toutefois dispensés d'un tel délai d'attente les assurés dont le gain assuré ne dépasse par 36'000 fr. par année, ou 60'000 fr. par an pour les assurés ayant une obligation d'entretien envers des enfants de moins de 25 ans (art. 6a al. 2 et 3 OACI).

**6.** Dans le cas d'espèce, par son décompte d'indemnités du 5 mars 2018, l'intimée a procédé à la rectification du gain assuré initialement fixé, estimant que celui-ci devait inclure les indemnités de trajet allouées par X. \_\_\_\_\_ à raison de 65 fr. par jour travaillé, élément dont elle avait fait abstraction dans son premier calcul du 14 février 2018. Elle a également ajouté ladite indemnité de trajet au gain intermédiaire réalisé par l'assurée en janvier 2018. Le gain assuré corrigé dépassant les 60'000 fr. annuels, la caisse a en outre appliqué à l'assurée un délai d'attente de cinq jours.

**a)** Après examen des pièces au dossier à la lumière des règles précitées, force est de constater que le nouveau calcul opéré par la caisse est erroné et que les indemnités de trajet versées par l'employeur ne font pas partie des éléments de rémunération à prendre en compte dans le calcul du gain assuré. En effet, de jurisprudence constante, les indemnités de frais ne doivent pas être considérées comme revenu déterminant pour

le calcul du gain assuré dans le cadre de l'assurance-chômage. Tel est également le cas des suppléments pour inconvénients de service, pour autant qu'ils ne soient pas versés également durant les vacances. En particulier, si un salaire horaire englobe un supplément pour inconvénients pris en compte dans le calcul de l'indemnité de vacances, le supplément en question compte dans le gain assuré (cf. BORIS RUBIN op. cit, n° 10 et 11 ad. art. 23 et les références jurisprudentielles citées). Or, en l'occurrence, l'indemnité de vacances, de 8,33%, est calculée sur la seule base du salaire horaire de 50 fr., et non sur l'indemnité de trajet de 65 fr. par jour travaillé. Il en découle que l'indemnité litigieuse n'est pas allouée durant les vacances et qu'à ce titre, elle ne doit pas faire partie du gain assuré.

C'est en vain que l'intimée se réfère au Memento 2.01, selon lequel les indemnités versées par les employeurs pour les frais de déplacement habituels des employés du domicile au lieu de travail entrent dans le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS. Certes, l'art. 23 al. 1 LACI définit le gain assuré au sens de l'assurance-chômage en faisant référence au salaire déterminant selon la législation sur l'AVS. L'art. 23 al.1 LACI ajoute toutefois que seul le revenu obtenu « normalement » entre dans le calcul du gain assuré, ce dont il découle que la notion de gain assuré en assurance-chômage ne recouvre pas exactement celle de salaire déterminant au sens de la LAVS et que certains montants reçus par les salariés sont certes soumis à cotisation au sens de la LAVS mais ne sont pas à prendre en compte dans le calcul du gain assuré selon l'art 23 al. 1 LACI. Selon le Tribunal fédéral, tel est notamment le cas des heures supplémentaires, des gains accessoires, des indemnités pour inconvénients de service ou des indemnités de frais.

Ainsi, que l'on considère l'indemnité de trajet de 65 fr. par jour travaillé comme une indemnité de frais ou une indemnité pour inconvénient de service (notamment un indemnité pour temps de voyage), ce montant ne devait pas être inclus dans le gain assuré au sens de l'art. 23 LACI. Le calcul du gain assuré effectué par la caisse dans son décompte initial du 14 février 2018, aboutissant au montant de 4'724 fr., n'avait ainsi pas à être corrigé.

**b)** La même conclusion s'impose concernant le gain intermédiaire réalisé durant le mois de janvier 2018. Dès lors que le gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI se détermine en principe de la même manière que le gain assuré, l'intimée n'était pas fondée à y inclure les deux indemnités de trajet de 65 fr. allouées par X. \_\_\_\_\_ pour les deux jours de travail réalisés durant le mois.

**c)** S'agissant du délai d'attente, on s'explique difficilement que la caisse prenne en compte un gain assuré différent (réduit ou non), selon qu'elle calcule le droit à l'indemnité ou qu'elle fixe le délai d'attente. Si sur le principe la réduction du gain assuré n'est pas critiquable lorsqu'un assuré s'inscrit à un taux inférieur à celui pour lequel il a cotisé, on ne voit de prime abord pas ce qui justifierait de ne pas prendre en compte le même montant pour les autres questions dépendant du gain assuré. Cette question peut cependant souffrir de rester en suspens dès lors que dans le cas d'espèce, le gain assuré calculé sans y inclure les indemnités de trajet reste quoi qu'il en soit en deçà des 60'000 fr. annuels prévus à l'art. 6a al. 3 OACI, que ce soit avant ou après réduction en fonction du taux d'inscription de l'assurée. C'est ainsi de manière fondée que l'intimée avait initialement exempté l'assurée, mère de deux jeunes enfants à charge, du délai d'atteinte général de l'art. 18 al. 1 LACI. Il n'y avait pas lieu non plus de corriger le droit de l'assurée à cet égard.

**d)** En définitive, les éléments retenus par l'intimée à l'appui de son décompte du 14 février 2018 ne prêtaient pas flanc à la critique. Dès lors que les prestations allouées par ce décompte initial n'ont pas été établies sur la base d'une constatation erronée des faits déterminants et/ou en violation des normes juridiques applicables, elles n'ont pas été indûment versées. Les conditions d'une restitution de prestations au sens de l'art. 95 LACI ne sont donc pas réalisées.

**7. a)** Sur le vu de ce qui précède, le recours doit être admis et la décision sur opposition du 9 mai 2018 doit être annulée.

**b)** Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer de dépens, dès lors que la recourante a agi sans l'aide d'un mandataire professionnel (art. 61 let. g LPGA).

**Par ces motifs,  
le juge unique  
prononce :**

- I.** Le recours est admis.
- II.** La décision sur opposition rendue le 9 mai 2018 par la Caisse cantonale de chômage est annulée.
- III.** Il n'est pas perçu de frais de justice ni alloué de dépens.

Le juge unique :

La greffière :

**Du**

L'arrêt qui précède est notifié à :

- L. \_\_\_\_\_,
- Caisse cantonale de chômage,
- Secrétariat d'Etat à l'économie,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :