

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 25 juillet 2022

Composition : Mme BERBERAT, juge unique
Greffière : Mme Tagliani

Cause pendante entre :

U._____, à [...], recourant,

et

CAISSE X._____, à [...], intimée.

Art. 25 et 27 al. 1 LPGA ; 24 al. 3 LACI

E n f a i t :

A. a) U._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], célibataire, ressortissant [...] au bénéfice d'une autorisation d'établissement, s'est inscrit le 21 juillet 2020 comme demandeur d'emploi à 100 % auprès de l'Office régional de placement de [...] (ci-après : l'ORP). Il a sollicité le versement d'indemnités de chômage à compter du 3 août 2020 de la Caisse X._____ (ci-après : la Caisse ou l'intimée). Un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur du 3 août 2020 au 31 août 2022. Son gain mensuel assuré a été fixé à 5'797 fr., correspondant à une indemnité journalière de 187 francs.

Le dernier employeur de l'assuré était M._____ SA, pour lequel il avait travaillé à plein temps, soit à raison de 40 heures par semaine, comme responsable marketing et conseiller à la clientèle, fondé de pouvoir, du 18 décembre 2013 au 30 juin 2020, date à laquelle il avait été licencié pour motifs économiques. Selon un document intitulé « Récapitulatif Bulletin de Salaire » établi le 12 août 2020 par M._____ SA, son salaire brut était de 4'000 fr., versé douze fois l'an. Il avait également perçu des bonus, soit 23'727 fr. brut en 2019, et 5'000 fr. brut en 2020.

Dès le 1^{er} juillet 2020, l'assuré avait été engagé comme trader en valeurs mobilières et immobilières par W._____ SA, pour une mission temporaire de durée indéterminée auprès de la société E._____ SA. Selon les contrats de mission successifs des 1^{er} juillet et 3 août 2020, il avait d'abord été engagé à temps complet, soit à raison de 42 heures par semaine en moyenne, en juillet, puis à 50 % en août 2020. Son salaire horaire brut s'élevait à 28 fr. 95. La mission de l'assuré avait pris fin le 31 août selon l'attestation de gain intermédiaire signée le même jour par W._____ SA. Selon cette dernière, l'assuré avait déployé son activité à raison de 132 heures au mois de juillet 2020 et de 88 heures en août 2020.

b) Par courriels des 31 mai et 1^{er} juin 2021, l'assuré a informé la Caisse, respectivement sa conseillère en placement de l'ORP, qu'il avait décroché un nouvel emploi. Il a indiqué dans son courriel à la Caisse qu'il espérait que son engagement à temps partiel serait « progressif », que la société employeuse était « toute nouvelle » et qu'elle venait d'être inscrite au Registre du commerce (ci-après : RC). Le contrat de travail avait été signé le 26 mai 2021 entre l'assuré et Y._____ Sàrl (ci-après : l'employeur), pour une durée indéterminée à partir du 1^{er} juin 2021. L'assuré était engagé par la société en fonction de directeur, gestionnaire de fortune et responsable LBA et LSFIn (réd. : loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, et loi fédérale sur les services financiers). Son salaire fixe mensuel était de 531 fr. 75 brut, et 500 fr. net, payé douze fois l'an, pour un temps de travail de 10 heures par semaine. La rubrique « salaire variables [sic] » indiquait (sic) : « Une provision brut sur les honoraires de gestion et les honoraires de performance réalisée seront payée en fin de période trimestrielle. Une commission correspondant à 80 % brut du chiffres d'affaires réalisé dans l'activité de la fonction sera payée en fin de période des contrats obtenus ».

Les 5 et 26 juillet, 27 août et 25 septembre 2021, Y._____ Sàrl a rempli des attestations de gain intermédiaire à l'attention de l'assurance-chômage, indiquant qu'au mois de juin comme aux mois de juillet, août et septembre, l'assuré avait réalisé un salaire brut de 532 fr., pour 40 heures de travail, à un salaire horaire de 13 fr. 30. Figurent également au dossier les fiches de salaire de l'assuré, pour les mois de juin, juillet et août, faisant état d'un salaire brut de 532 fr. et un salaire net de 500 francs.

Par formulaire du 25 septembre 2021, l'assuré a informé la Caisse de sa nouvelle obligation d'entretien envers sa fille, née le 17 août précédent.

Par décision du 4 octobre 2021, la Caisse a ordonné la restitution par l'assuré de l'indemnité de chômage, d'un montant de

10'111 fr. 35, motif pris que le salaire qu'il réalisait comme directeur auprès d'Y._____ Sàrl n'était pas usuel pour son profil professionnel dans la région, et devrait se monter au minimum à 5'000 francs. Les gains intermédiaires depuis juin 2021 devaient dès lors être calculés avec ce dernier salaire estimé convenable, en lieu et place de 532 fr., ce qui donnait lieu à une restitution des indemnités, perçues à tort, pour les mois de juin, juillet et août. Selon les décomptes d'indemnités établis par la Caisse, il s'agissait de trois fois 3'370 fr. 45.

Pour le mois de septembre 2021, aucune indemnité n'a été versée à l'assuré, son gain intermédiaire brut, fixé à 5'000 fr., dépassant le montant des indemnités journalières.

Par courrier du 6 octobre 2021, l'assuré a formé opposition à l'encontre de la décision précitée, en demandant l'annulation, ainsi que le versement des indemnités pour le mois de septembre 2021. Il a fait valoir le fait qu'il avait informé la Caisse par téléphone « durant le mois de mai 2021 » de son nouvel engagement pour 10 heures par semaine, par une jeune société créée le 26 mai 2021 et active dans la gestion de fortune. Il a ajouté :

« Après l'obtention d'une licence d'exercer ainsi que la création des relations bancaires, je devrais être en charge de la gestion des comptes internes. Au téléphone, la personne m'a répondu qu'il n'y avait pas de problème du moment que nous établissions un contrat de travail (Joint en copie). J'ai, bien entendu, prévenu ma conseillère ORP du contrat qui a été signé et elle m'a félicité de ma volonté à sortir du chômage. Après signature du contrat de travail convenu de 40 heures par mois avec un salaire de base de 532.-frs et une partie variable sur la gestion des comptes, je l'ai envoyé aux parties respectives citée plus haut en date du 1^{er} juin et du 30 mai 2021.

Sans aucune lettre de contestation ou de confirmation la caisse X._____, [...] a versé les indemnités sur la base du contrat de travail et de mes déclarations de gains intermédiaires du mois de juin, juillet & août 2021 ».

L'assuré a expliqué qu'en raison de la création récente de la société employeuse, cette dernière avait utilisé ses compétences pour lancer ses activités et ne pouvait pas lui verser un salaire plus élevé. Y._____ Sàrl comptait sur sa gestion future pour que son salaire variable

augmente. Au moment de l'opposition, grâce à son expérience dans la finance, il avait obtenu la licence ainsi que la relation bancaire et la société pourrait commencer la gestion au cours du mois d'octobre 2021. L'assuré arguait qu'un salaire de 5'000 fr. pour 10 heures équivalait à un salaire mensuel de 20'000 fr., ce qui ne pouvait être considéré comme le salaire convenable dans son cas. De plus, sa situation financière précaire, avec la naissance de sa fille, ne le lui permettait pas de rembourser les indemnités. Il ne savait plus comment agir face à son employeur, et demandait s'il devait résilier son contrat de travail, ce qui pourrait pourtant être considéré comme un refus de travailler et amener à le « pénaliser ». Il a produit entre autres ses courriels des 31 mai et 1^{er} juin 2021, ainsi qu'une attestation du 6 octobre 2021, établie par Y._____ Sàrl, par laquelle cette dernière indiquait ce qui suit à la Caisse (sic) :

« Dans le cadre de la constitution de la société Y._____ Sàrl à [...], Monsieur U._____ a été engagé à titre partiel de 40 heures par mois afin de mener à bien les démarches administratives, secrétariats et ainsi que de gérer les comptes clients.

A ce jour, il vient avec succès de finir les tâches administratives qui étaient longues et fastidieuses. Nous espérons qu'il puisse commencer dans le courant du mois d'octobre l'activité de gestion de fortune et investir dans les marchés financiers qui est la part variable de son salaire.

Nous attendons la confirmation des ouvertures de comptes de la part de la banque pour lui confier des liquidités à gérer et ainsi pouvoir convaincre d'autres clients à nous suivre dans la confiance que nous lui témoignons ».

Par courriel du 2 décembre 2021, l'assuré a informé la Caisse et sa conseillère en placement de l'ORP qu'au vu de la situation « totalement absurde et sans gain intermédiaire depuis 3 mois », son employeur avait mis un terme à son contrat de travail pour la fin du mois de novembre 2021. Son licenciement lui avait été annoncé le 1^{er} novembre et il avait espéré « ne pas devoir annoncer et quitter ce poste dans lequel [il avait] obtenu malgré tout deux certificats dans le domaine bancaire pour la LSFIN et la LBA qui [avaient] coûté à [s]on employeur », ce qui laissait ce dernier également dans une situation compliquée. Il était désormais à la recherche d'un emploi à 100 %, à

nouveau, dans un marché au sein duquel il n'avait eu aucun entretien depuis un an, et les propositions d'emploi étaient rémunérées à la commission exclusivement. Il a joint plusieurs documents à cette correspondance, dont deux bulletins de salaire, tous deux concernant le salaire du mois d'octobre 2021 :

- l'un daté du 4 novembre 2021, mentionnant en sus du salaire brut de 532 fr., une commission d'affaires brute de 680 fr., pour un salaire net après déductions sociales de 1'134 fr. 40 ;
- l'autre, daté du 30 novembre 2021 mentionnant en sus du salaire brut de 532 fr., une commission d'affaires brute de 423 fr. 25, pour un salaire net après déductions sociales de 894 fr. 15.

Il a également annexé sa lettre de licenciement, remise en main propre, lui signifiant la fin de son contrat de travail avec effet au 30 novembre 2021, dont le paragraphe suivant est extrait :

« Au vu de votre situation envers la caisse X. _____ ainsi que votre situation financière, nous ne pouvons malheureusement pas vous maintenir au poste de Directeur, gestionnaire de fortune et responsable LBA à 20 % dans lequel vous avez mené à bien vos tâches à notre entière satisfaction, ce qui vous permettra de vous consacrer à la recherche d'un emploi convenable aux yeux de la caisse de chômage ».

Par décision sur opposition du 7 décembre 2021, la Caisse a rejeté l'opposition et confirmé sa décision, sans frais ni dépens. Elle a indiqué qu'il ne lui appartenait pas de statuer sur une demande de remise formulée par un assuré, mais que cette demande était transférée auprès de l'autorité cantonale compétente, et que la loi ne lui laissait par principe pas le choix de demander la restitution ou de ne pas le faire, sauf si les conditions qu'une remise étaient manifestement remplies. En outre, la rémunération de 532 fr. perçue par l'assuré n'était pas conforme aux usages professionnels et locaux de la branche, de sorte qu'elle avait pris en compte le salaire de base d'un directeur des finances pour 10 heures de travail par semaine, ce qu'elle avait estimé à 5'000 fr. selon le

calculateur de salaire de l'USS (réd. : Union syndicale suisse, disponible à l'adresse internet <https://www.uss.ch/services/calculateur-de-salaire>).

Les critères que la Caisse a sélectionnés dans le calculateur étaient les suivants (cf. p. 105 du dossier) :

Groupe de professions	Directeurs/trices généraux, cadres supérieurs
Branche	Services financiers, hors assurance et caisses de retraite
Formation	Apprentissage
Position hiérarchique	Cadre supérieur
Heures de travail	10
Profession	Directeur régional/Directrice régionale
Âge	45
Ancienneté	0
Canton	Vaud

Les résultats du calculateur pour la région de l'arc lémanique étaient les suivants :

Limite des 25 % inférieurs	Salaire médian	Limite des 25 % supérieurs
5'000.-	5'470.-	5'920.-

B. Par acte du 22 décembre 2021, U._____ a formé recours à l'encontre de la décision sur opposition précitée, par-devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant à son annulation avec suite de frais et dépens. Il a fait valoir que la Caisse avait outrepassé son pouvoir d'appréciation et rendu sa décision de manière arbitraire. Il était de bonne foi et ne devait pas rembourser le montant réclamé, d'une part

car la Caisse avait été informée de la relation de travail et du salaire y relatif, sans qu'elle ne forme la moindre contestation ou remarque, et avait versé les indemnités sans réserve. D'autre part, le salaire usuel que la Caisse avait pris en compte était « manifestement invraisemblable », et n'était pas représentatif des usages professionnels et locaux, à l'inverse du salaire net de 500 francs. Selon le calculateur USS, 50 % des travailleurs dans des conditions de travail similaires pouvaient prétendre à un salaire mensuel moyen de 1'870 francs. Toutefois, la branche n'était soumise à aucune convention collective, les salaires étaient donc laissés à la libre négociation et difficilement arrêtables. La rémunération qui était prévue dans le contrat, « offert[e] de concert avec des formations certifiées [sic] d'une attestation LSFIN & LBA qui sont aujourd'hui nécessaires pour l'exercice du métier » paraissait adéquate. Il n'avait jamais eu l'intention d'être de mauvaise foi et avait simplement cru dans un projet financier au sein duquel son taux d'activité devait croître avec le développement de la société. Le « dessein d'Y. _____ Sàrl » était de le sortir du chômage, alors qu'il se retrouvait désormais sans travail, dans une situation encore pire que celle qui prévalait auparavant. Enfin, compte tenu de sa bonne foi, de sa collaboration, de sa situation financière et de la fin de sa relation de travail au 30 novembre 2021, il ne pouvait guère y avoir de restitution. Le recourant a produit un onglet de pièces à l'appui de son recours, contenant notamment ses bulletins de salaire pour les mois de juin, juillet et août 2021.

Par réponse du 27 janvier 2022, la Caisse a proposé le rejet du recours dans la mesure de sa recevabilité et la confirmation de la décision attaquée. Elle a produit le dossier de la cause et renvoyé au contenu de sa décision sur opposition. Elle a précisé qu'elle avait « pour coutume » d'utiliser le calculateur de salaire de l'USS, et que la société Y. _____ Sàrl avait trois associés selon le RC, dont l'une était également la mère de l'enfant du recourant.

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 relève de la compétence du juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

2. a) En tant qu'autorité de recours contre des décisions prises par des assureurs sociaux, le juge des assurances sociales ne peut, en principe, entrer en matière - et le recourant présenter ses griefs - que sur les points tranchés par cette décision ; de surcroît, dans le cadre de l'objet du litige, le juge ne vérifie pas la validité de la décision attaquée dans son ensemble, mais se borne à examiner les aspects de cette décision que le recourant a critiqués, exception faite lorsque les points non critiqués ont des liens étroits avec la question litigieuse (ATF 131 V 164 ; ATF 125 V 413 consid. 2c ; ATF 110 V 48 consid. 4a ; RCC 1985 p. 53).

b) Le présent litige porte sur la restitution d'un montant de 10'111 fr. 35 à titre d'indemnité de chômage compensatoire versée à tort pour la période du 1^{er} juin au 31 août 2021, et en particulier sur le montant du gain intermédiaire à prendre en considération. Il s'agit plus

particulièrement de déterminer si l'intimée était fondée à calculer le droit à l'indemnité compensatoire sur la base d'un gain intermédiaire mensuel fictif de 5'000 francs.

c) En ce qu'il demande en substance la remise de l'obligation de restituer, en raison de sa bonne foi et de sa situation financière, le recourant présente un grief irrecevable à ce stade. Cette requête ne peut en effet être traitée sur le fond que si la demande de restitution est entrée en force, la remise et son étendue faisant, le cas échéant, l'objet d'une procédure distincte (art. 25 al. 1 LPGA, par renvoi de l'art. 95 al. 1 LACI, et 4 OPGA [ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.11]). En principe, il lui serait loisible de déposer une telle demande par écrit, motivée, accompagnée des pièces nécessaires, au plus tard trente jours à compter de l'entrée en force de la décision de restitution (art. 4 al. 4 OPGA). Quoi qu'il en soit, au vu de l'issue de la présente cause, cette question ne se pose plus.

3. a) Selon l'art. 95 al. 1 LACI, la demande de restitution est régie par l'art. 25 LPGA, à l'exception des cas relevant des art. 55 et 59c bis al. 4 LACI, lesquels ne sont toutefois pas applicables en l'espèce. Aux termes de l'art. 25 al. 1 première phrase LPGA, les prestations indûment touchées doivent être restituées. Les prestations allouées sur la base d'une décision formellement passée en force et sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée sous l'angle matériel ne peuvent toutefois être répétées que lorsque les conditions d'une reconsidération (art. 53 al. 2 LPGA) ou d'une révision procédurale (art. 53 al. 1 LPGA) sont remplies (ATF 142 V 259 consid. 3.2).

En vertu de l'art. 25 al. 2, première phrase, LPGA, 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. Il s'agit de délais (relatif et absolu) de péremption, qui doivent être examinés d'office (ATF 146 V 217 consid. 2.1 ; 142 V 20 consid. 3.2.2 ; 140 V 521 consid. 2.1 ; Message du Conseil fédéral [Message du 2 mars 2018 concernant la modification de la loi

fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales FF 2018 1597).

b) En l'occurrence, le droit de demander la restitution des prestations n'était pas périmé, ce qui n'est pas contesté par le recourant. L'intimée a considéré que les conditions matérielles étaient remplies pour demander la restitution de trois mois d'indemnités de chômage au recourant, de sorte qu'il s'agit de déterminer si ces prestations, pour les mois de juin, juillet et août 2021, ont été touchées indûment.

4. a) Selon l'art. 24 LACI, est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle ; l'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain (al. 1 première et deuxième phrases). Est réputée perte de gain la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux (al. 3, première phrase).

Le gain intermédiaire est calculé sur le total du revenu réalisé pendant la période de contrôle. Il est composé du salaire de base, des indemnités pour jours fériés et autres éléments de salaire auxquels l'assuré a droit, tels que treizième salaire, gratifications, commissions, allocations de résidence, allocations de renchérissement, supplément pour travail de nuit, travail du dimanche, travail en équipes, service de piquet, si l'assuré touche normalement ces suppléments en raison de la nature du travail ou de son horaire (Bulletin LACI IC [Indemnité de chômage] du Secrétariat d'Etat à l'économie, autorité de surveillance en matière d'assurance-chômage, ch. C125 ; Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n° 27 ad art. 24 LACI).

Un revenu est réputé avoir été réalisé au moment où l'assuré a fourni la prestation de travail rémunératoire et non pas au moment de l'encaissement (ATF 122 V 367 consid. 5b ; TF 8C_318/2018 du 29 janvier 2019 consid. 5.2).

b) L'exigence de la conformité aux usages professionnels et locaux prescrite à l'art. 24 al. 3 LACI a pour but de prévenir le *dumping* salarial (ATF 120 V 515 consid. 4a ; TF 8C_318/2018 du 29 janvier 2019 consid. 8.2 et la référence).

Pour déterminer si le salaire est conforme aux usages, il convient de prendre en considération les conditions fixées par les conventions collectives de travail, les contrats-types de travail, s'il en existe dans la branche concernée, la législation sur le travail et sur le contrat de travail. En l'absence de convention collective de travail ou de contrat-type de travail, il y a lieu de constater l'usage (la pratique) et de déterminer si le salaire proposé à un assuré se situe dans la fourchette qui correspond à ce qui se pratique dans la plupart des cas ou au contraire s'il s'écarte de cet usage. L'usage est un fait qui se constate. Par ailleurs, c'est en fonction de la nature du poste et non de la formation de l'assuré qu'il convient de déterminer si le salaire offert correspond à l'usage. Les salaires prévus dans les conventions collectives de travail et les contrats-types de travail servent de référence même lorsque ces instruments ne sont pas de force obligatoire (Rubin, op. cit., n° 35 ad art. 24 LACI et n° 21 LACI ; ATF 127 V 479 consid. 4). En outre, l'assurance-chômage prévoit un correctif pour les employés rémunérés à la commission, qui gagnent généralement très peu durant la phase de formation et de constitution de leur clientèle. Leur gain est fixé fictivement à 20 fr. de l'heure au moins dès la phase d'initiation au travail, en vue non seulement de respecter l'usage salarial, mais également de garantir une forme de salaire minimum acceptable (TF 8C_318/2018 du 29 janvier 2019 consid. 8.2 et les références citées).

La question de la conformité du salaire fixé contractuellement aux usages professionnels et locaux, au sens de l'art. 24 al. 3 LACI, doit être examinée par la caisse à l'occasion du calcul des indemnités de chômage (art. 81 al. 1 let. a LACI). 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 (Bulletin LACI IC ch. C134).

c) Lorsque l'assuré réalise un revenu inférieur à son indemnité de chômage, il a droit à des indemnités compensatoires se montant à 70 ou 80 % de la perte de gain, selon le taux d'indemnisation auquel il a droit (art. 24 al. 1, troisième phrase, LACI et art. 41a al. 1 OACI).

La perte de gain indemnisable correspond à la différence entre le gain déterminant et le gain intermédiaire, le gain déterminant représentant le gain assuré journalier (gain assuré divisé par 21,7), multiplié par le nombre de jours contrôlés au cours d'un mois. Le gain déterminant varie donc en fonction du nombre de jours contrôlés au cours des mois durant lesquels l'activité est exercée, conformément au système d'indemnisation du chômage, fondé sur cinq indemnités journalières par semaine, selon l'art. 21 LACI. En d'autres termes, le calcul de la perte de gain est effectué selon la formule suivant : gain assuré x jours de contrôle du mois / 21,7 - gain intermédiaire (TF 8C_1027/2008 du 8 septembre 2009 consid. 4.3.2 ; Rubin, op. cit., n° 25 ad art. 24 LACI).

La réglementation sur la compensation de la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire (art. 24 LACI) est une norme de calcul des indemnités de chômage au sens des art. 8 ss. LACI (ATF 121 V 336 consid. 2b et 2c). Un assuré ne perd pas son droit à l'indemnité du seul fait qu'un salaire, annoncé comme gain intermédiaire à la caisse de chômage, est inférieur aux usages professionnels et locaux. Dans cette hypothèse, il a droit à la compensation de la différence entre le gain assuré et le salaire correspondant aux usages professionnels et locaux (ATF 129 V 102 ; 120 V 233 consid. 4b ; 120 V 502 consid. 8e ; 120 V 515 consid. 2b). Un salaire fictif, conforme à ces usages, remplace le salaire réellement perçu par l'assuré, pour le calcul de sa perte de gain. Les indemnités compensatoires seront calculées sur la base du salaire conforme aux usages professionnels et locaux même si l'assuré ne réalise aucun gain ou seulement un gain minime (TF 8C_774/2008 du 3 avril 2009 consid. 2 et les références citées).

5. a) A teneur de l'art. 27 al. 1 LPGA, les assureurs et les organes d'exécution des diverses assurances sociales sont tenus, dans les limites

de leur domaine de compétence, de renseigner les personnes intéressées sur leurs droits et leurs obligations. En matière d'assurance-chômage, cette obligation de renseigner est reprise par l'art. 22 OACI (ici applicable dans sa version entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2021), l'alinéa 2 de cette disposition précisant que les caisses renseignent les assurés sur leurs droits et obligations découlant de leurs tâches. En fait notamment partie la détermination du droit aux prestations en tant que cette tâche n'est pas expressément réservée à un autre organe (art. 81 al. 1 let. a LACI).

L'obligation de renseigner et de conseiller est à la fois générale et spécifique. L'obligation générale se concrétise par les explications figurant dans les brochures concernant les droits et obligations des personnes intéressées, les explications figurant dans les formules officielles de revendication des prestations (TF 8C_950/2009 du 29 janvier 2010 consid. 3), ainsi que par l'organisation de séances d'information destinées aux nouveaux chômeurs. L'obligation spécifique implique quant à elle des renseignements et conseils personnalisés devant permettre aux personnes intéressées d'obtenir les prestations les plus avantageuses possibles, compte tenu de leur situation personnelle et des éventuels changements de circonstances (TFA C 44/05 du 19 mai 2006). L'étendue du devoir de renseigner et de conseiller dépend de la situation individuelle dans laquelle se trouve l'assuré, telle qu'elle est reconnaissable pour l'administration (TF 8C_1041/2008 du 12 novembre 2009 consid 6.2 9C_865/2010 du 8 juin 2011 consid. 5.1). Le devoir de conseil de l'assureur social comprend également l'obligation d'attirer l'attention de la personne intéressée sur le fait que son comportement pourrait mettre en péril la réalisation de l'une des conditions du droit aux prestations (ATF 131 V 472) ou pourrait lui causer un préjudice de nature procédurale. Plus le cas est complexe, plus l'obligation de renseigner est étendue. Afin de déterminer quelle devrait être la réaction des employés en cause, il faut se référer au comportement hypothétique d'une personne qui voue aux choses une attention usuelle (sur l'ensemble de la question : Rubin, op. cit., n° 57 ss ad art. 17 LACI et les références, notamment ATF 133 V 249 sur ce dernier point).

Le Tribunal fédéral a admis que l'obligation de renseigner au sens de l'art. 27 LPGA comprenait l'obligation de rendre l'assuré attentif au fait que le gain intermédiaire réalisé n'était pas conforme aux usages professionnels et locaux et qu'il mettrait en péril son droit à l'indemnité (TF 8C_774/2008 du 3 avril 2009 consid. 4). Il appartient ainsi à l'assuré d'assumer lui-même les conséquences qui résultent de la législation sur l'assurance-chômage, sous réserve d'une violation de l'obligation de renseigner selon l'art. 27 LPGA (idem et TFA C 55/01 du 30 octobre 2001 consid. 1). Dès qu'ils prennent connaissance de conditions d'engagement non-conformes aux usages professionnels et locaux, les organes de chômage doivent rendre l'assuré attentif au fait qu'un gain intermédiaire fictif peut être pris en considération et dès lors potentiellement le priver d'indemnités (TF 8C_774/2008 précité).

b) Le défaut de renseignement dans une situation où une obligation de renseigner est prévue par la loi, ou lorsque les circonstances concrètes du cas particulier auraient commandé une information de l'assureur, est assimilé à une déclaration erronée qui peut, sous certaines conditions, obliger l'autorité (ou l'assureur) à consentir à un administré un avantage auquel il n'aurait pu prétendre en vertu du principe de la protection de la bonne foi découlant de l'art. 9 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101). D'après la jurisprudence, il faut que l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées (a), qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de ses compétences (b) et que l'administré n'ait pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu (c). Il faut également que celui-ci se soit fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice (d) et que la réglementation n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée (e). Ces principes s'appliquent par analogie au défaut de renseignement, la condition (c) devant toutefois être formulée de la façon suivante : que l'administré n'ait pas eu connaissance du contenu du renseignement omis ou que ce contenu était tellement évident qu'il n'avait pas à s'attendre à une autre information

(ATF 131 V 472 consid. 5 ; 131 II 627 consid. 6.1 et les références ; TF 8C_433/2014 du 16 juillet 2015 consid. 3).

6. Dans le domaine des assurances sociales, le juge 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 ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 144 V 427 consid. 3.2 ; 139 V 176 consid. 5.3 et les références citées).

7. a) En l'espèce, la rémunération mensuelle versée par Y._____ Sàrl au recourant dès le mois de juin 2021 était inférieure à son gain assuré, de sorte qu'elle constituait un gain intermédiaire au sens de l'art. 24 al. 1 LACI. Il se justifiait donc d'examiner sa conformité avec les usages professionnels et locaux, au sens de l'art 24 al. 3 LACI, afin de déterminer la perte de gain à considérer.

b) Tout d'abord, le recourant se prévaut en substance d'une violation de l'obligation de renseigner de l'intimée. Il explique en effet, dans son opposition comme dans son acte de recours, qu'il avait immédiatement informé l'intimée de son nouvel engagement ainsi que de ses conditions salariales, et que cette dernière n'avait formulé aucune réserve ou contestation. Elle avait versé les indemnités journalières de juin à août 2021 sans aucune remarque particulière. Il prétend l'avoir informée par téléphone durant le mois de mai, avant de débiter son activité, et que son interlocuteur l'aurait alors félicité pour ses efforts, ce dont le dossier ne contient pas de trace, sans que l'intimée ne le conteste pour autant. Le contenu de son courriel du 31 mai 2021 à sa conseillère en placement de l'ORP rend vraisemblable qu'il avait déjà annoncé son engagement auparavant (« Bonjour, Voici mon contrat de travail à 20 % à partir du

1^{er} juin 2021. Je reste entièrement disponible pour toutes demandes. »). Quoi qu'il en soit, l'ORP puis la Caisse étaient en possession du contrat de travail au plus tard à la réception des courriels des 31 mai et 1^{er} juin 2021. Pourtant, l'intimée n'a formulé aucune réserve, ni posé aucune question sur la rémunération prévue, avant de rendre sa décision du 4 octobre 2021. Aucun élément au dossier ne permet de retenir qu'elle aurait informé le recourant de la problématique de la conformité du salaire avec les usages, avant ou après qu'il ne signe son contrat de travail, ni avant sa décision du 4 octobre 2021. L'on relève que cette décision est intervenue plus de quatre mois après le début des rapports de travail, soit selon toute vraisemblance après la fin du temps d'essai. Force est de constater que la Caisse n'a pas renseigné le recourant sur les questions litigieuses, ce qu'elle ne prétend d'ailleurs pas ; elle est restée muette sur ce grief.

Or, les notions pertinentes de gain intermédiaire fictif et de salaire usuel relèvent d'une problématique particulièrement complexe et spécifique, dont on ne saurait attendre raisonnablement de tout assuré novice en assurance-chômage qu'il en ait connaissance. Même en l'absence de sollicitation du recourant, l'intimée aurait dû, en l'espèce et à l'instar de l'arrêt précité TF 8C_774/2008, le renseigner quant à la réglementation applicable en cas de salaire non-conforme aux usages professionnels et locaux, et à ses conséquences sur le droit aux indemnités de chômage. Une obligation de renseigner étendue lui incombait, d'autant plus que le contrat prévoyait de manière claire une part de salaire variable, soumise à des objectifs, et une part de salaire fixe d'un montant faible, pour une activité de gestion de fortune. La Caisse n'ayant pas renseigné utilement le recourant dès la réception des informations sur son contrat de travail, elle a violé son obligation de renseigner découlant de l'art. 27 al. 1 LPGA.

c) Le présent défaut de renseignement doit être assimilé à une déclaration erronée *in casu*, et les conditions idoines du principe de la protection de la bonne foi sont réunies. Le recourant avait en effet transmis sans délai ses informations salariales à la Caisse, qui ne l'a pas rendu attentif au fait que sa rémunération pouvait être considérée comme

trop faible par rapport aux usages et conduire à la fixation d'un gain intermédiaire fictif pouvant potentiellement le priver d'indemnités. Il a ainsi de bonne foi commencé et continué son activité professionnelle, ce qui lui a porté préjudice du point de vue des prestations. Il a reçu ses indemnités de chômage sans qu'aucune réserve ne soit émise. Compte tenu de la complexité de la problématique, il ne pouvait pas raisonnablement s'attendre aux conséquences de cet engagement. Rien ne porte à croire qu'il ait eu connaissance du renseignement omis, au contraire. Il a en effet demandé, dans le cadre de son opposition, s'il devait démissionner, eu égard à sa situation financière depuis la décision de la Caisse. Il a indiqué ne plus savoir comment se comporter vis-à-vis de son employeur. Selon toute vraisemblance, il était alors prêt à résilier ses rapports de travail, mais manquait toujours d'informations de la Caisse, notamment quant au refus d'emploi qu'il pensait se voir opposer. D'ailleurs, il a manifestement fait part de la décision de la Caisse à son employeur, qui l'a licencié pour la fin du mois de novembre 2021 afin qu'il puisse se « consacrer à la recherche d'un emploi convenable aux yeux de la caisse de chômage ». Il en découle qu'il s'il avait été renseigné correctement dès la transmission de son contrat à l'intimée, il aurait vraisemblablement refusé cet emploi, du moins aux conditions proposées, et ainsi respecté son devoir de diminuer le préjudice (art. 17 al. 1 LACI ; TF 8C_491/2014 du 23 décembre 2014 consid. 2).

d) Dans ces circonstances, le gain intermédiaire du recourant devait être fixé sur la base du revenu qu'il a effectivement perçu, à tout le moins pour la période concernée par le présent litige, soit de juin à août 2021. La Caisse n'était pas fondée à demander la restitution des indemnités de chômage versées pour ces trois mois, car elles n'ont pas été touchées indûment. La décision sur opposition du 7 décembre 2021 doit par conséquent être annulée.

La question de la fixation du salaire usuel du recourant n'est plus pertinente en l'espèce, compte tenu de ce qui précède.

8. a) La période suivant directement celle concernée par la décision sur opposition litigieuse, soit celle du 1^{er} septembre au 30 novembre 2021, appelle les remarques suivantes, compte tenu du lien matériel étroit qui la lie au présent litige, et du fait que la Caisse a fixé le gain intermédiaire fictif et demandé la restitution des prestations versées en une seule et même décision.

b) Les mois de septembre à novembre 2021 n'ont fait l'objet d'aucune décision formelle ; le recourant a simplement reçu des décomptes d'indemnités, soit des décisions au sens matériel rendues en procédure simplifiée (Rubin, *op. cit.*, n° 18 ad. art. 100 LACI). Ces décomptes aboutissaient à des versements d'indemnités de 0 fr., compte tenu du gain intermédiaire fictif de 5'000 francs. En toute logique, la Caisse s'est fondée sur sa décision du 4 octobre 2021 pour envoyer lesdits décomptes. Or, vu l'annulation de la décision sur opposition litigieuse, qui confirmait la décision précitée, ces décisions matérielles subséquentes devront faire l'objet d'un nouvel examen par la Caisse. Il lui appartiendra de se prononcer sur le moment à partir duquel elle a suffisamment renseigné le recourant quant à la problématique relative à son gain intermédiaire, puis d'examiner le comportement que l'intéressé aurait dû adopter et dans quel délai, notamment eu égard au délai de résiliation applicable (à ce sujet, cf. par ex. arrêt de la Cour des assurances sociales ACH 198/19 - 48/2020 du 24 mars 2020 consid. 5c). Il en découlera l'applicabilité ou non d'un gain intermédiaire fictif. L'on relève encore que le dossier de la Caisse, en l'état, ne lui permettrait pas de calculer le gain effectif du recourant pour cette période subséquente. Ceci notamment en raison des deux fiches de salaire différentes pour le mois d'octobre 2021 » (cf. doc. 9 p. 63 et 15 p. 76 du dossier de l'intimée), et de l'éventuel bonus versé pour la période (cf. consid. 4a *supra*). La prise en compte de la nouvelle obligation d'entretien du recourant envers sa fille devrait être examinée, le cas échéant, de même que d'éventuels intérêts moratoires.

9. a) En définitive, le recours doit être admis et la décision sur opposition attaquée annulée. En outre, il sied de transmettre le dossier à la Caisse afin qu'elle procède conformément au considérant 8 qui précède,

singulièrement pour qu'elle statue sur l'existence et l'étendue du droit du recourant aux indemnités compensatoires de chômage pour la période du 1^{er} septembre au 30 novembre 2021.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la loi spéciale ne le prévoyant pas (art. 61 let. f bis LPGA), ni d'allouer de dépens, la partie recourante ayant procédé sans mandataire qualifié (art. 61 let. g LPGA ; ATF 127 V 205 consid. 4b).

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

- I.** Le recours est admis.
- II.** La décision sur opposition rendue le 7 décembre 2021 par la Caisse X. _____ est annulée.
- III.** Le dossier est transmis à la Caisse X. _____ pour qu'elle procède conformément aux considérants.
- IV.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens.

La juge unique :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- M. U. _____,
- Caisse X. _____,
- 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 :