

GE_GERICHTE ATAS/24/2021 vom 13. Januar 2021

GE Cour de justice, 2021-01-13, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_24_2021

FR: GE_GERICHTE ATAS/24/2021 du 13 janvier 2021

IT: GE_GERICHTE ATAS/24/2021 del 13 gennaio 2021

Erwägungen

E. 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 LACI. Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

E. 2

Le recours a été interjeté en temps utile (art. 60 LPGA) et il satisfait aux exigences de forme et de contenu prescrites par la loi (art. 61 let. b LPGA). Il est dès lors recevable.

E. 3

Le litige porte sur la qualification des revenus tirés par la recourante de son activité indépendante. Il s'agit de déterminer si c'est à juste titre que l'intimée a qualifié ceux-ci de gains intermédiaires et non de gains accessoires.

E. 4

Un assuré qui remplit cumulativement les conditions fixées à l'art. 8 LACI – dont celles d'être sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 8 al. 1 let. a et art. 10 LACI), de subir une perte de gain à prendre en considération (art. 8 al. 1 let. b et art. 11 LACI) et d'être apte au placement (art. 8 al. 1 let. f et art. 15 LACI) – a droit, durant le délai-cadre d'indemnisation (art. 9 al. 2 LACI) mais après un délai d'attente (art. 18 LACI), à l'indemnité de chômage, versée sous forme d'indemnités journalières (art. 21 phr. 1 LACI), soit à un nombre maximal d'indemnités journalières calculé selon son âge et la période de cotisation dont il peut justifier (art. 27 LACI).

A/3000/2020 - 9/15 -

E. 5

a. Est réputé apte à être placé le chômeur qui est disposé à accepter un travail convenable et à participer à des mesures d'intégration et qui est en mesure et en droit de le faire (art. 15 al. 1 LACI). L'aptitude au placement comprend ainsi deux éléments : d'une part la capacité de travail, c'est-à-dire la faculté de fournir un travail – plus précisément d'exercer une activité lucrative salariée – sans que l'assuré en soit empêché pour des causes inhérentes à sa personne, et d'autre part la disposition à accepter un travail convenable au sens de l'art. 16 LACI, ce qui implique non seulement la volonté de prendre un tel travail s'il se présente, mais aussi une disponibilité suffisante quant au temps que l'assuré peut consacrer à un emploi et quant au nombre des employeurs potentiels. b. Les chômeurs qui envisagent d'exercer ou exercent une activité indépendante ont une disponibilité qui, suivant les cas, peut être trop restreinte pour être compatible avec l'exigence de l'aptitude au placement.

L'indisponibilité peut résulter de l'importance des préparatifs, de l'ampleur de l'activité indépendante, des horaires où celle-ci est exercée, de la durée des engagements pris, ou de la volonté, de la part de l'assuré, de privilégier son activité indépendante au détriment d'un emploi salarié (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 40 ad art. 15 p. 158). Lorsque l'assuré exerce une activité indépendante temporaire durant les heures habituelles de travail (à temps partiel ou à plein temps), il n'est considéré comme apte au placement que s'il est disposé et en mesure de mettre rapidement un terme à cette activité en cas de possibilité d'embauche (DTA 2009 p. 342). Un assuré qui exerce une activité indépendante n'est pas d'entrée de cause inapte au placement. Le degré d'engagement dans l'activité indépendante est à cet égard déterminant. Seules des activités indépendantes dont l'exercice n'exige ni investissement particulier, ni structure administrative lourde et ni engagements ou relations juridiques de longue durée peuvent être compatibles avec la condition de l'aptitude au placement (arrêts du Tribunal fédéral 8C_342/2010 du 13 avril 2011 consid. 3.3 ; 8C_435/2010 du 25 janvier 2011 consid. 2.2 ; 8C_721/2009 du 27 avril 2010 consid. 3 ; Boris RUBIN, op. cit., no. 46 ad art. 15 p. 159). Les revenus réalisés par un assuré qui demeure apte au placement malgré l'exercice d'une activité indépendante susceptible d'être rapidement abandonnée doivent être pris en compte à titre de gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI (ATF 126 V 212 consid. 3a p. 214 ; Boris RUBIN, op. cit., no. 47 ad art. 15 p. 160). Le bulletin LACI édité par le SECO précise que seules des activités indépendantes à caractère transitoire, temporaires et ne nécessitant que peu d'investissement entrent en ligne de compte comme gain intermédiaire. L'assuré qui exerce une telle activité doit poursuivre intensivement ses recherches en vue de trouver une activité salariée. L'activité indépendante doit avoir été prise en réaction au chômage et dans le seul but de diminuer le dommage (bulletin LACI IC, ch. B 235). Le mode d'indemnisation est cependant différent en cas d'activité indépendante durable. L'assuré qui exerce une activité indépendante durable pendant son

A/3000/2020 - 10/15 - chômage est apte au placement s'il peut l'exercer en dehors de l'horaire de travail normal (ATF 112 V 136 consid. 3b p. 138 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_966/2010 du 28 mars 2011). L'exercice d'une activité durable à temps partiel empiétant sur les heures habituelles de travail, mais n'empêchant pas la prise d'une activité salariée, ne compromet pas l'aptitude au placement. Par contre, cette situation influencera l'étendue de la perte de travail à prendre en considération (Boris RUBIN, op. cit., no. 48 ad art. 15, p. 160). Les revenus liés à l'exercice d'une activité indépendante durable ne tombent pas dans le champ d'application des règles sur le gain intermédiaire (DTA 2010 p. 297; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C_135/05 du 26 juin 2006). En cas d'activité indépendante durable de faible ampleur (jusqu'à deux heures par jour) pouvant être accomplie hors des horaires habituels de travail, l'indemnisation peut demeurer maximale. Lorsque l'activité indépendante est non seulement durable, mais également exercée à titre principal, toute indemnisation est exclue (Boris RUBIN, op. cit., no. 49 ad art. 15 p. 161).

E. 6

L'indemnité journalière pleine et entière s'élève 80 % du gain assuré (art. 22 al. 1 LACI). Elle s'élève à 70 % du gain assuré dans certains cas listés à l'art. 22 al. 2 LACI, notamment pour les assurés qui n'ont pas d'obligation d'entretien envers des enfants de moins de 25 ans (let. a).

E. 7

a. 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 (art. 23 al. 1 phr. 1 LACI). Le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (art. 37 al. 1 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (ordonnance sur l'assurance-chômage, OACI - RS 837.02). Il est déterminé sur la base du salaire moyen des douze derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation si ce salaire est plus élevé que le salaire moyen visé à l'al. 1 (art. 37 al. 2 OACI). b. Est réputé gain intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle (art. 24 al. 1 phr. 1 LACI), étant précisé que ce gain doit être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux (art. 24 al. 3 phr. 1 in fine LACI) mais qu'en sont exclus notamment les gains accessoires (art. 24 al. 3 phr. 2 LACI), qui ne sont pas assurés (art. 23 al. 3 phr. 1 LACI). L'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain (art. 24 al. 1 phr. 2 LACI), soit de la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire (art. 24 al. 3 phr. 1 in initio LACI). Les notions de gain assuré (art. 23 LACI), 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

A/3000/2020 - 11/15 - n'indemnise que la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire (art. 24 al. 2 et 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). c. Est réputé accessoire tout gain que l'assuré retire d'une activité dépendante exercée en dehors de la durée normale de son travail ou d'une activité qui sort du cadre ordinaire d'une activité lucrative indépendante (art. 23 al. 3 phr. 2 LACI). Un gain accessoire n'est pas assuré (art. 23 al. 3 phr. 1 LACI). La non-prise en considération des gains accessoires s'inscrit dans la logique que le gain assuré corresponde au salaire obtenu « normalement » durant le délai-cadre de cotisation (art. 23 al. 1 phr. 1 LACI). L'assurance-chômage ne doit garantir qu'une compensation appropriée de la perte de revenu causée par le chômage (art. 114 al. 2 let. a de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 - Cst. - RS 101) ; aussi certains types de suppléments ne sont-ils pas constitutifs du gain assuré, comme des suppléments de salaire pour des heures de travail supplémentaires ou des indemnités de vacances et pour jours fériés de travailleurs payés à l'heure (Boris RUBIN, op. cit., n. 2 et 11 ad art. 23), de même que, précisément, les gains accessoires. Le gain assuré comprend donc exclusivement le revenu tiré de l'activité salariée normale, et ce même si les gains procurés par une activité accessoire sont proportionnellement plus élevés que celui-ci (ATF 129 V 105 consid. 3.2 p. 108 ; ATF 125 V 475). Le fait qu'une activité soit de faible ampleur durant le délai-cadre de cotisation ne suffit pas à en faire une activité accessoire. Il faut encore qu'il y ait en parallèle une activité principale exercée dans le cadre d'un contrat de travail (DTA 2008 p. 154, Boris RUBIN, op. cit., 2014, n. 9 ad art. 23, p. 248). d. Il s'ensuit qu'un gain accessoire réalisé durant le délai-cadre de cotisation peut continuer à être réalisé durant le délai-cadre d'indemnisation ouvert à la suite de la perte de l'activité principale, donnant, elle, lieu au versement de l'indemnité de chômage, sans que celle-ci ne soit réduite du fait de la poursuite de la perception de revenus provenant de cette

activité accessoire. Autrement dit, un gain accessoire ne devient pas automatiquement un gain intermédiaire du fait de la perte de l'activité principale. Encore faut-il, cependant, qu'il n'augmente pas sensiblement durant le délai-cadre d'indemnisation, auquel cas la part dudit revenu ayant augmenté devient un gain intermédiaire, impliquant la réduction de l'indemnité de chômage à due concurrence (ATF 123 V 230 ; 120 V 518 consid. 3 ; arrêts du Tribunal fédéral 8C_600/2015 du 11 mai 2016 consid. 2.2 in fine et jurisprudence citée ; 8C_654/2015 du 14 décembre 2015 consid. 4 ; 8C_265/2014 du 27 août 2014 consid. 3.6 ; Bulletin LACI IC, ch. C8 à C11 et C131). Pour savoir si une personne est en gain intermédiaire ou si elle poursuit simplement son activité indépendante accessoire, il convient de se baser sur le montant des gains réalisés et non pas sur le temps investi dans l'activité (Bulletin LACI IC, ch. C9 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C_149/02 du 27 janvier 2003).

A/3000/2020 - 12/15 - Par contre, si, pendant le délai de congé ou sachant qu'il sera licencié dans un proche avenir, un assuré prend une activité lui procurant un gain accessoire, ce gain sera intégralement pris en compte comme gain intermédiaire lorsque l'assuré entrera au chômage (Bulletin LACI IC, ch. C11). En résumé – comme l'indique Boris RUBIN (op. cit., n. 39 ad art. 24, p. 272) –, pour qu'un gain accessoire n'ait pas à être pris en considération à titre de gain intermédiaire, il doit s'agir d'un gain tiré d'une activité accessoire (à une activité principale) ayant déjà débuté durant le délai-cadre de cotisation, c'est-à-dire avant la survenance du chômage, qui perdure postérieurement à la perte de l'activité principale et qui n'augmente pas sensiblement durant le délai-cadre d'indemnisation. Boris RUBIN précise (op. cit., n. 39 ad art. 24, p. 272) qu'en cas d'activité indépendante de faible ampleur durant le délai-cadre de cotisation et qui se poursuit durant le délai-cadre d'indemnisation après la perte de l'activité principale, il ne peut jamais être question d'un gain intermédiaire. Une telle activité indépendante doit être considérée comme durable, ce qui induit uniquement, le cas échéant, une réduction de la perte de travail à prendre en considération et donc aussi une diminution du gain assuré. Si l'activité indépendante « accessoire » peut être exercée dans les mêmes proportions qu'avant le début du chômage et peut être accomplie totalement hors des horaires habituels de travail, la perte de travail ne subit aucune réduction. Se référant au bulletin LACI du SECO sur l'indemnité de chômage, il retient qu'un assuré peut conserver une indemnisation maximale lorsque l'activité indépendante de faible ampleur ne dure pas plus de 2 heures par jour (Bulletin LACI IC, ch. B 240). Ledit bulletin LACI précise en effet que selon les relevés publiés par l'Office fédéral de la statistique, l'horaire hebdomadaire usuel était de 41,6 heures en 2015. La loi sur le travail prévoyant, à son art. 9 al. 1 let. b, un nombre maximum de 50 heures par semaine, il reste une marge de manœuvre de 8,3 heures par semaine, soit, en chiffres arrondis, de 2 heures par jour. L'assuré peut donc exercer une activité indépendante à caractère durable en dehors de son horaire de travail normal, dans cette mesure, sans que sa perte de travail à prendre en compte soit réduite (Bulletin LACI IC, ch. B 240). Boris RUBIN spécifie enfin qu'une augmentation sensible de l'ampleur de l'activité indépendante durant le délai-cadre d'indemnisation, qui se traduirait par un dépassement de cette limite de 2 heures par jour, induirait alors une diminution correspondante de la perte de travail à prendre en considération et donc aussi une diminution du gain assuré, dans les mêmes proportions (Boris RUBIN, op. cit., n. 39 ad art. 24, p. 272).

E. 8

En l'espèce, la question de l'aptitude au placement de la recourante étant apparue douteuse à la caisse intimée, cette dernière l'a soumise à l'OCE, lequel a rendu, le 27 février 2020, une décision reconnaissant la recourante pleinement apte au placement, à raison d'une disponibilité à l'emploi de 100 %. L'OCE a retenu que la recourante avait commencé son activité indépendante parallèlement à son activité

A/3000/2020 - 13/15 - salariée car son ancien employeur n'avait pas pu l'engager à temps plein, et que malgré cette activité indépendante, il convenait de lui reconnaître une aptitude au placement avec une disponibilité à l'emploi de 100 % car la recourante était disposée à renoncer à cette activité à tout moment, dès lors qu'aucun engagement important n'y faisait obstacle. Cette décision liait la caisse intimée (ATF 126 V 399 consid. 2b/bb). Cependant, dans celle-ci, l'OCE n'a fait que se déterminer sur l'aptitude au placement de la recourante. Contrairement à ce que soutient l'intimée, l'OCE ne s'est pas prononcé sur l'aspect durable, ou non, de l'activité indépendante de la recourante. S'il a relevé que la recourante avait la possibilité de cesser en tout temps son activité indépendante, c'était uniquement dans le but de déterminer l'aptitude au placement de la recourante, et non pour qualifier les éventuels revenus qu'elle percevrait de son activité indépendante. Partant, si la caisse intimée était liée par cette décision de l'OCE, elle n'en était pas moins compétente pour déterminer les indemnités journalières auxquelles la recourante pouvait prétendre (art. 81 al. 1 let. a LACI), en particulier établir le gain assuré de la recourante, qualifier les éventuels gains réalisés par cette dernière durant le délai-cadre d'indemnisation et les prendre éventuellement en compte comme gains intermédiaires, ou au contraire les considérer comme des gains accessoires. À cet égard, le courriel d'une juriste de l'OCE du 28 avril 2020, répondant à la question de la caisse intimée relative à la qualification des revenus que la recourante tirait de son activité indépendante, ne saurait être assimilé à une décision de l'autorité cantonale liant la caisse intimée. Il ressort des éléments figurant au dossier que la recourante a commencé son activité indépendante en 2016 déjà, soit parallèlement à son activité salariée à 80 % auprès de son ancien employeur, et que le taux de cette activité variait entre 5 et 20 %. Dans la mesure où cette activité indépendante n'a pas été spécifiquement entreprise par la recourante en réaction au chômage et dans le seul but de diminuer le dommage résultant de la perte de son travail, il ne s'agit pas d'une activité indépendante à caractère transitoire, conformément à la doctrine et au bulletin LACI précités. Or, seules des activités indépendantes à caractère transitoire, temporaire et ne nécessitant que peu d'investissement entrent en ligne de compte comme gain intermédiaire (bulletin LACI IC, ch. B 235). Cette activité indépendante, bien que pouvant être facilement abandonnée par la recourante en raison de l'absence d'engagement important sur le long terme, doit être qualifiée d'activité indépendante durable puisqu'elle a été entreprise par la recourante des années avant la perte de son emploi, et non en réaction au chômage. Cette activité n'étant exercée par la recourante qu'à un pourcentage de 5 à 20 %, elle constitue une activité indépendante durable de faible ampleur (soit jusqu'à 2 heures par jour) pouvant être accomplie hors des horaires habituels de travail, de

A/3000/2020 - 14/15 - sorte que l'indemnisation peut effectivement demeurer maximale et les revenus tirés de cette activité ne sauraient être qualifiés de gains intermédiaires mais de gains accessoires, à condition toutefois de ne pas avoir augmenté durant le délai-cadre d'indemnisation. C'est d'ailleurs à cela que semble avoir fait référence l'OCE dans sa décision du 27 février 2020, lorsqu'il a attiré l'attention de la recourante sur son obligation de renseigner les organes de l'assurance-chômage de tout développement de son activité

indépendante, ainsi que de tout revenu provenant de celle-ci. Les deux années précédant la perte de son emploi, la recourante a réalisé un chiffre d'affaire de CHF 8'170.- en 2017, et de CHF 7'575.- en 2018. Il ressort par ailleurs du dossier que depuis l'ouverture de son délai-cadre d'indemnisation, la recourante a perçu des revenus de cette activité à hauteur de CHF 200.- en janvier 2020, CHF 500.- en février 2020, CHF 750.- en avril 2020, CHF 700.- en mai 2020 et CHF 445.- en juin 2020, soit un total de CHF 2'595.- sur six mois. Ce montant étant inférieur à la moitié du chiffre d'affaire réalisé par la recourante chaque année en 2017 et en 2018, on ne saurait considérer que son gain accessoire a augmenté durant le délai-cadre d'indemnisation. Par conséquent, les gains réalisés par la recourante depuis l'ouverture de son délai- cadre d'indemnisation ne sauraient être qualifiés de gains intermédiaires, mais de gains accessoires qui ne doivent pas être déduits des indemnités de chômage versées à la recourante. Au vu de ce qui précède, le recours sera admis et la décision sur opposition du 28 août 2020 annulée. La cause sera renvoyée à l'intimée afin que cette dernière calcule et verse le montant devant être restitué à la recourante, correspondant aux gains intermédiaire qu'elle a retenus à tort depuis le mois d'avril 2020. La recourante obtenant gain de cause, une indemnité de CHF 1'000.- lui sera accordée à titre de participation à ses frais et dépens (art. 61 let. g LPGA ; art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en matière administrative du 30 juillet 1986 – RFPA; RS/GE 5 10.03). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

A/3000/2020 - 15/15 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.