

## **GE\_GERICHTE A/1831/2014 vom 30. Juni 2015**

GE Cour de justice, 2015-06-30, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_1831\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_1831_2014)

FR: GE\_GERICHTE A/1831/2014 du 30 juin 2015

IT: GE\_GERICHTE A/1831/2014 del 30 giugno 2015

### **Erwägungen**

#### **E. 2**

La décision attaquée retient que, de janvier 2010 à août 2011, le recourant a réalisé des gains intermédiaires (et non des gains accessoires) durant son délai-cadre d'indemnisation à hauteur de CHF 53'880.62, qu'il s'en est suivi qu'il a perçu des d'indemnités journalières trop élevées, à concurrence de CHF 33'400.35 (recte : CHF 34'400.35 selon la réponse au recours corrigeant une erreur de calcul), et qu'il était dès lors tenu de restituer cette somme à la caisse au titre de trop-perçu.

#### **E. 3**

a. À l'exception de cas ici non pertinents, la demande de restitution de prestations de chômage perçues à tort ou en trop est régie par l'art. 25 LPGA (art. 95 al. 1 LACI). Selon l'art. 25 al. 1 phr. 1 LPGA, les prestations indûment touchées doivent être restituées ; la restitution ne peut cependant être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile (art. 25 al. 1 phr. 2 LPGA) ; ces deux conditions matérielles sont cumulatives (art. 4 al. 1 de l'ordonnance sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 11 septembre 2002 - OPGA - RS 830.11 ; ATF 126 V 48 consid. 3c p. 53 ; DTA 2001 p. 160, C 223/00 consid. 5 ; ATAS/1328/2014 du 19 décembre 2014 consid. 3.a). À ses art. 2 à 5, l'OPGA apporte des précisions sur la restitution de prestations indûment touchées. Elle prévoit notamment que l'étendue de l'obligation de restituer est fixée par une décision, qui doit indiquer la possibilité d'une remise (art. 3 al. 1 et 2 OPGA), d'une part, et que la demande de remise doit être présentée par écrit, motivée, accompagnée des pièces nécessaires et déposée au plus tard trente jours à compter de l'entrée en force de la décision de restitution, et que la remise fait l'objet d'une décision (art. 4 al. 4 et 5 OPGA), d'autre part. b. Comme la jurisprudence l'a précisé (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_678/2011 du 4 janvier 2012 consid. 5.2 ; cf. art. 3 et 4 OPGA ; Ueli KIESER, ATSG-Kommentar, 2<sup>ème</sup> éd., 2009, ad art. 25 LPGA, n. 8 p. 354 s.), la procédure de restitution de prestations comporte trois étapes en principe distinctes, à savoir une première décision sur le caractère indu des prestations, une seconde décision sur la restitution en tant que telle des prestations, et, le cas échéant, une troisième décision sur la remise de l'obligation de restituer au sens de l'art. 25 al. 1 phr. 2 LPGA. Cette procédure en plusieurs temps s'explique par le fait que l'obligation de restituer des prestations sociales indûment touchées et son étendue dans le temps sont indépendantes de la bonne foi du bénéficiaire des prestations, car il s'agit simplement de rétablir l'ordre légal, après la découverte du fait nouveau (arrêt du Tribunal fédéral des assurances P 61/2004 du 23 mars 2006 consid. 5 in fine ; ATAS/107/2014 du 23 janvier 2014 consid. 6a in fine). Le moment déterminant pour apprécier s'il y a une situation difficile est d'ailleurs le moment où la décision de restitution est exécutoire (art. 4 al. 2 OPGA). C'est une fois qu'est entrée en force la décision portant sur la restitution elle-même des prestations perçues indûment – donc en principe dans un

troisième temps seulement (à tout le moins dans un deuxième temps, la décision sur la restitution en tant que telle étant susceptible d'être rendue en même temps que la décision sur le caractère indu des prestations [arrêt du Tribunal fédéral 9C\_496/2014 du 22 octobre 2014 consid. 2 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances P 62/04 du 6 juin 2005 consid. 1.2]) – que sont examinées les deux conditions cumulatives faisant le cas échéant obstacle à une restitution, à savoir la bonne foi et l'exposition à une situation difficile (sur ces deux conditions, cf. not. Ueli KIESER, op. cit. n. 28 ss ad art. 25), à moins qu'il soit manifeste que ces deux conditions sont remplies, auquel cas il doit être renoncé à la restitution déjà au stade de la prise de la décision sur la restitution. c. En l'espèce, la décision sur opposition attaquée porte sur les deux premiers volets, à savoir sur le caractère indu des prestations perçues (et la mesure de l'indu) ainsi que sur la restitution en tant que telle du trop-perçu. Les questions de savoir si le recourant était de bonne foi en percevant les indemnités le cas échéant versées en trop et si leur restitution dans cette mesure l'exposerait à une situation difficile n'ont pas à être abordées dans le cadre de la présente procédure, sinon sous l'angle du caractère le cas échéant manifeste de leur réalisation.

#### **E. 4**

a. Dans la mesure où des prestations versées le cas échéant en trop ou induement l'ont été sur la base d'une décision, formelle ou non, entrée en force, leur caractère indu ne peut être reconnu que si les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale sont réunies, au sens des art. 53 LPGA, ou d'une adaptation de prestations durables au sens de l'art. 17 LPGA (ATF 130 V 318 consid. 5.2 et les références ; arrêt du Tribunal fédéral 9C\_678/2011 précité consid. 5.1.1 ; Ueli KIESER, op. cit., n. 9 ss et 26 ss ad art. 53, et n. 39 ss ad art. 17 ; Ghislaine FRÉSARD, Procédure et contentieux, in Ghislaine FRÉSARD / Bettina KAHIL-WOLFF / Stéphanie PERRENOUD, Doit suisse de la sécurité sociale, vol. II, 2015, p. 537 ss). b. À teneur de l'art. 53 LPGA, les décisions et les décisions sur opposition formellement passées en force sont soumises à révision si l'assuré ou l'assureur découvre subséquemment 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 ; Ghislaine FRÉSARD, op. cit., p. 537 ss). Selon l'art. 17 al. 2 LPGA, toute prestation durable accordée en vertu d'une décision entrée en force est, d'office ou sur demande, augmentée ou réduite en conséquence, ou encore supprimée si les circonstances dont dépendait son octroi changent notablement. L'administration est tenue de procéder à la révision d'une décision entrée en force lorsque sont découverts des faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuve, susceptibles de conduire à une appréciation juridique différente. L'administration n'est pas tenue de reconsidérer les décisions qui remplissent les conditions fixées ; elle en a simplement la faculté ; ni l'assuré ni le juge ne peut l'y contraindre ( ATAS/392/2015 du 2 juin 2015 consid. 5b ; ATAS/1106/2014 du 28 octobre 2014 consid. 4). La révision d'une décision intervient ex tunc, c'est-à-dire avec effet rétroactif. Pour une reconsidération en général, cela dépend des circonstances et il est laissé à l'appréciation de l'administration de savoir si elle déploie ses effets ex tunc, ex nunc ou pro futuro, à moins qu'une norme ne règle la question, ce qui est précisément le cas de l'art. 25 al. 1 LPGA, qui postule un effet rétroactif à la décision de reconsidération puisqu'il prévoit la restitution de prestations induement touchées (Ueli KIESER, op. cit., n. 25 et 39 s. ad art. 53, et n. 2, 4 et 12 ad art. 25). L'adaptation de prestations durables n'a d'effet que pour l'avenir (ATF 140 V 70). c. En l'espèce, s'il se confirmait que, dans la mesure retenue

par la caisse intimée, les revenus réalisés par le recourant durant le délai-cadre d'indemnisation, non annoncés à la caisse intimée par le recourant, devaient être qualifiés de gains intermédiaires, et non de gains accessoires, il ne fait pas de doute que seraient remplies les conditions d'une révision procédurale ou, en tout état, d'une reconsidération des décisions en vertu desquelles les indemnités journalières ont été allouées au recourant mois après mois, de janvier 2010 à août 2011 (ATF 123 V 230 consid. 3d). L'ampleur et l'extension des prestations rémunérées réalisées par le recourant durant cette période représenteraient des faits nouveaux importants, par rapport aux données y relatives, conçues comme pérennes, sur la base desquelles l'OCE a rendu sa décision d'aptitude au placement pour une disponibilité à l'emploi de 80 %, connues de la caisse intimée. Subsidiairement, ces données devraient être tenues pour manifestement erronées pour toute la période durant laquelle les indemnités journalières ont été versées au recourant, et leur rectification revêtirait une importance notable. Il y a ainsi lieu d'aborder la question centrale de la qualification des gains litigieux.

## **E. 5**

a. L'art. 8 al. 1 LACI énumère les conditions d'octroi de l'indemnité de chômage. 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, avoir subi une perte de travail à prendre en considération, être domicilié en Suisse, 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, remplir les conditions relatives à la période de cotisation ou en être libéré, être apte au placement et satisfaire aux exigences de contrôle. 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). b. Le premier jour où toutes les conditions d'octroi d'une indemnité de chômage sont remplies, la caisse de chômage ouvre deux types de délais-cadres, en principe tous deux de deux ans, tournés l'un vers l'avenir, s'appliquant à la période d'indemnisation, et l'autre vers le passé, s'appliquant à la période de cotisation. On les appelle respectivement délai-cadre d'indemnisation et délai-cadre de cotisation (art. 9 al. 1 LACI). C'est durant le délai-cadre d'indemnisation que l'assuré exerce son droit à l'indemnité, auprès d'une caisse de son choix (art. 20 al. 1 LACI), et peut ainsi obtenir un nombre maximal d'indemnités journalières calculé en fonction de son âge et de la période durant laquelle il a cotisé ou était libéré de cette condition (art. 27 al. 1 LACI). À l'échéance du délai-cadre d'indemnisation, un nouveau délai-cadre d'indemnisation peut être ouvert si toutes les conditions légales sont réunies (art. 9 al. 4 LACI). Le délai-cadre de cotisation est la période de référence durant laquelle l'assuré doit avoir eu la qualité de travailleur et, à ce titre, avoir cotisé à l'assurance-chômage, durant un temps minimal, qui est de douze mois (art. 13 al. 1 LACI), conditionnant l'obtention d'un certain nombre d'indemnités journalières, une période de cotisation supérieure à ce minimum durant le délai-cadre de cotisation augmentant le nombre d'indemnités journalières susceptibles d'être perçues durant le délai-cadre d'indemnisation (art. 27 al. 2 LACI). N'ont ainsi droit à l'indemnité de chômage en principe que des personnes qui ont travaillé et de la sorte contribué au financement de l'assurance (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 2 et 8 ad art. 13). c. 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 (art. 10 al. 1 LACI). 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, 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 (art. 10 al. 2 LACI). La perte de travail des assurés partiellement sans emploi est prise en considération lorsqu'elle s'élève au moins à deux jours entiers de travail en l'espace de deux semaines (art. 5 OACI) ; la disponibilité de l'assuré doit ainsi être au minimum de 20 % d'une activité à plein temps (ATF 115 V 434 consid. 2c). d. Pour être indemnisable par le biais de l'assurance-chômage, une perte de travail doit se traduire par une perte de gain (art. 11 al. 1 LACI). Même si, dans sa version actuelle, la LACI n'établit pas cette relation fondamentale, la perte de travail à prendre en considération définit l'étendue de l'indemnisation (ATF 112 V 229 consid. 2c, rendu sous l'empire de l'ancien art. 18 al. 1 LACI, qui exprimait clairement cette relation ; Boris RUBIN, op. cit., n. 1 ad art. 11). Ainsi, si un chômeur recherche une activité à un taux inférieur à celui qu'il avait avant d'être au chômage, la perte de travail à prendre en considération et, partant, le gain assuré doivent être réduits proportionnellement. Si le taux de disponibilité durant le délai-cadre d'indemnisation est identique (ou supérieur) à celui pris en compte dans le calcul de la période de cotisation, la perte de travail à prendre en considération est totale, et le gain assuré n'a pas à subir de réduction (ATF 126 V 124 consid. 2 ; Boris RUBIN, op. cit., n. 9 ad art. 11). La perte de travail se détermine en fonction de l'horaire habituel dans l'activité concernée et dans le cas particulier, selon la convention passée, c'est-à-dire sur la base de l'horaire et de la rémunération convenue (ATF 109 V 156 consid. 2a). e. L'assuré n'a droit à l'indemnité de chômage que s'il est apte au placement (art. 8 al. 1 let. f LACI). 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. En cas de perte d'un emploi à temps partiel, l'assuré n'est pas tenu de rechercher une activité à un taux supérieur à celui de l'emploi perdu. Il est apte au placement pour un emploi à un taux d'activité correspondant à celui de ce dernier, pour autant que sa disponibilité ne soit pas trop réduite ni ne s'accompagne de rigidité au niveau des plages horaires disponibles (Boris RUBIN, op. cit., n. 31 ad art. 15). L'aptitude au placement en tant que telle n'est pas sujette à fractionnement ; c'est au niveau de la perte de travail à prendre en considération qu'intervient le fait que, le cas échéant, un assuré au chômage ne recherche pas un plein temps, ce qui entraîne une réduction proportionnelle de l'indemnité journalière (ATF 125 V 59 consid. 6c/aa ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 313/02 du 15 janvier 2004). L'assuré occupant un emploi à temps partiel mais cherchant à le remplacer par un emploi à plein temps peut être reconnu apte au placement s'il est disposé à résilier son contrat de travail à temps partiel dans des délais assez brefs pour prendre un emploi à plein temps, la condition de la disponibilité devant être examinée avec souplesse tant qu'existe un droit à la compensation de la perte de gain (cf. art. 24 LACI). S'il recherche un emploi complémentaire à son activité à temps partiel, son aptitude au placement n'est reconnue que si son temps de disponibilité résiduel est suffisamment constant (ATF 112 V 136 consid. 3b) ; il n'en doit pas moins être disposé à quitter son emploi à temps partiel pour prendre un emploi correspondant au cumul de ceux que, respectivement, il a et

recherche, un refus d'accepter un emploi que l'office régional de placement lui assignerait ne pouvant cependant donner lieu à une décision d'aptitude au placement avant d'avoir d'abord été sanctionné en application de l'art. 30 al. 1 let. d LACI (Boris RUBIN, op. cit., n. 28 à 30 ad art. 15). f. En règle générale, l'assuré doit accepter immédiatement tout travail convenable en vue de diminuer le dommage (art. 16 LACI). L'assuré qui fait valoir des prestations d'assurance doit, avec l'assistance de l'office du travail compétent, entreprendre tout ce que l'on peut raisonnablement exiger de lui pour éviter le chômage ou l'abrèger ; il lui incombe en particulier de chercher du travail, au besoin en dehors de la profession qu'il exerçait précédemment (art. 17 al. 1 LACI). La recherche d'une activité salariée (autrement dit dépendante) est prioritaire. L'indépendance peut cependant être une solution pour mettre un terme au chômage ou pour en diminuer l'ampleur et réduire ainsi le dommage à l'assurance ; aussi la LACI encourage-t-elle la prise d'une activité indépendante (cf. art. 9a, 24 et 71a ss LACI), sans pour autant couvrir les risques entrepreneuriaux ni renoncer à l'exigence d'aptitude au placement. L'exercice d'une activité indépendante durable pendant le chômage n'affecte pas l'aptitude au placement s'il intervient en dehors des horaires de travail normaux (ATF 112 V 136 consid. 3b ; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_966/2010 du 28 mars 2011), ou si, quoique empiétant sur les heures habituelles de travail, il n'empêche pas la prise d'une activité salariée, autre étant la question de savoir si et, dans l'affirmative, dans quelle mesure cette situation doit impliquer une réduction, voire une suppression de l'indemnisation. Toutefois, lorsque l'exercice d'une activité indépendante prend de l'ampleur, il affecte la disponibilité de l'assuré, qui devient inapte au placement et n'a donc plus droit à l'indemnité de chômage ( ATAS/1120/2014 du 4 novembre 2014 consid. 3b ; Boris RUBIN, op. cit., n. 23, 26, 36 et 48 ad art. 15).

## **E. 6**

a. L'indemnité de chômage est versée sous forme d'indemnités journalières ; cinq indemnités journalières sont payées par semaine (art. 21 LACI). L'indemnité journalière pleine et entière s'élève à 80% du gain assuré, sans préjudice le cas échéant d'un supplément correspondant au montant, calculé par jour, de l'allocation pour enfant et l'allocation de formation professionnelle (art. 22 al. 1 LACI). Elle est de 70 % du gain assuré pour les assurés qui n'ont pas d'obligation d'entretien envers des enfants de moins de 25 ans, bénéficient d'une indemnité journalière entière dont le montant dépasse CHF 140.-, ou ne touchent pas une rente d'invalidité correspondant à un taux d'invalidité d'au moins 40 % (art. 22 al. 2 LACI). b. L'art. 23 LACI, qui définit le gain assuré, précise à son al. 3 qu'un gain accessoire n'est pas assuré, et qu'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. L'exclusion du gain accessoire de la notion de gain assuré s'inscrit dans la logique voulant que le gain assuré corresponde au salaire « normalement obtenu » (Boris RUBIN, op. cit., n. 9 ad art. 23). Lorsque deux rapports de travail courent parallèlement, le gain assuré comprend exclusivement le revenu tiré de l'activité salariée normale, même si les gains procurés par une activité accessoire sont proportionnellement plus élevés que celui-ci (ATF 129 V 105 consid. 3.2 ; ATF 125 V 475 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_823/2011 du 29 décembre 2011). Une activité de faible ampleur durant le délai-cadre de cotisation ne produit un gain qualifié d'accessoire que si l'assuré a en parallèle une activité principale exercée dans le cadre d'un contrat de travail (DTA 2008 p. 154). 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 OACI), ou 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). Il ne varie en principe pas durant le délai-cadre d'indemnisation ; il est toutefois redéfini dans deux cas, à savoir si l'assuré a exercé pendant au moins six mois consécutifs, avant de retomber au chômage, une activité soumise à cotisation pour laquelle il a reçu un salaire supérieur au gain assuré – hypothèse dans laquelle il ne peut y avoir qu'augmentation du gain assuré – et si l'aptitude au placement de l'assuré a subi un changement – hypothèse dans laquelle il peut y avoir augmentation ou diminution du gain assuré (art. 37 al. 4 OACI ; Boris RUBIN, op. cit., n. 24 à 26 ad art. 23). c. L'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain (art. 24 al. 1 phr. 2 LACI), c'est-à-dire à des indemnités compensatoires (art. 41a OACI). Est réputé 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), et 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 (art. 24 al. 3 phr. 1 LACI). Des activités non rémunérées dépassant des services rendus par pure complaisance entre amis ou au sein de la famille peuvent devoir être prises en considération comme source de gains intermédiaires, par la fixation d'une rémunération fictive, et donc impliquer une réduction de l'indemnité de chômage, si l'assuré est lié au bénéficiaire de ses prestations par un contrat de travail qui serait normalement rémunéré, le travail gratuit ne pouvant être admis qu'exceptionnellement (ATF 133 V 161 consid. 5.2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 122/06 du 8 mai 2007 consid. 2.1 ; Boris RUBIN, op. cit., n. 19 ad art. 24). Un revenu tiré d'une activité indépendante exercée durant une période de contrôle est en principe réputé gain intermédiaire ; seule cependant une activité indépendante exercée provisoirement et nécessitant peu d'investissement peut être prise en compte à ce titre et reste compatible avec la condition de l'aptitude au placement (art. 41a al. 5 OACI ; Boris RUBIN, op. cit., n. 46 ad art. 15, n. 22 ad art. 24). Les revenus de plusieurs activités exercées à temps partiel sont cumulés pour l'examen de la prétention à la compensation de la perte de gain ; une prétention aux indemnités compensatoires n'existe que si le revenu global de la personne assurée demeure inférieur à l'indemnité de chômage à laquelle elle pourrait prétendre (ATF 127 V 479 ). Si un assuré ayant plusieurs emplois à temps partiel en perd un, les revenus des emplois restant sont considérés comme des gains intermédiaires. Le gain assuré est calculé sur le total des revenus réalisés avant l'entrée au chômage (Circulaire C124). L'art. 24 al. 3 phr. 2 LACI précise que les gains accessoires, au sens de l'art. 23 al. 3 LACI, ne sont pas pris en considération à titre de gains intermédiaires, quand bien même ils ont perdu leur caractère accessoire du fait de la perte de l'activité principale. Le renvoi à l'art. 23 al. 3 LACI que comporte l'art. 24 al. 3 phr. 2 LACI implique que ne peuvent se voir reconnaître cette qualité de gains accessoires durant le délai-cadre d'indemnisation que des revenus que l'assuré retirait, durant le délai-cadre de cotisation, d'une activité dépendante qu'il exerçait en dehors de la durée normale de son travail ou d'une activité qui sortait du cadre ordinaire d'une activité lucrative indépendante. Une source principale de revenu devait exister, durant le délai-cadre de cotisation, en parallèle de tels gains accessoires, et l'activité alors accessoire doit avoir perduré après l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation consécutive à la perte de l'activité principale (DTA 2008 p. 154). Des gains accessoires ne deviennent des gains intermédiaires, durant le délai-cadre d'indemnisation, que si et dans la mesure où ils augmentent sensiblement après la perte de l'activité principale, augmentation qui, suivant les circonstances, peut au demeurant être escomptée de l'effort raisonnable qui peut être exigé de l'assuré pour

diminuer le dommage à l'assurance. C'est alors la part de revenu supplémentaire, correspondant à l'augmentation sensible des gains accessoires, qui perd cette qualification-ci pour prendre celle de gains intermédiaires (ATF 123 V 230 ; ATF 120 V 518 consid. 3 ; Boris RUBIN, op. cit., n. 39 ad art. 24). En cas d'activité indépendante de faible ampleur durant le délai-cadre de cotisation se poursuivant durant le délai-cadre d'indemnisation après la perte de l'activité principale, il n'y a pas de gains intermédiaires à prendre en compte, et donc l'assuré peut conserver une indemnisation maximale. Il n'y a une telle activité de faible ampleur que pour autant qu'elle ne dure pas plus de deux heures par jour et peut être accomplie en dehors des horaires habituels de travail (SECO, Bulletin LACI IC B240, oct. 2012). Une augmentation sensible de l'ampleur de cette activité au-delà de ces limites induirait une perte correspondante de la perte de travail à prendre en considération et donc aussi une diminution du gain assuré, dans les mêmes proportions (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 149/02 du 27 janvier 2003).

## E. 7

a. En l'espèce, la question de l'aptitude au placement du recourant étant apparue douteuse à la caisse intimée, cette dernière l'avait soumise à l'OCE, qui, après l'avoir instruite, avait rendu, le 22 mars 2010, une décision reconnaissant le recourant apte au placement – pleinement (une aptitude au placement n'étant au demeurant pas fractionnable) –, à raison d'une disponibilité à l'emploi de 80 %, correspondant au taux d'activité tant de l'emploi que le recourant perdait dès le 31 décembre 2009 que d'un nouvel emploi qu'il recherchait. Il résulte des considérants de cette décision que les activités déployées par le recourant durant son temps disponible résiduel de 20 % ont été estimées par l'OCE comme marginales et accessoires, et exercées au surplus pour l'essentiel en dehors des horaires de travail du recourant. Cette décision liait la caisse intimée (ATF 126 V 399 consid. 2b/bb). Cette dernière n'en était pas moins compétente pour déterminer les indemnités journalières auxquelles le recourant pouvait prétendre (art. 81 al. 1 let. a LACI), en particulier établir le gain assuré du recourant et qualifier les éventuels gains réalisés par ce dernier durant son temps résiduel de travail de 20 % et, si et dans la mesure où il y avait lieu, les prendre en compte comme gains intermédiaires. b. S'il y a eu ambiguïté sur le point de savoir si les activités du recourant entrant dans son 20 % de temps résiduel étaient exercées comme salarié ou comme indépendant, il n'a en revanche jamais été contesté que le recourant recherchait un emploi à 80 % et, en particulier, qu'il a satisfait à ses obligations de recherches personnelles d'un tel emploi. Il appert que, nonobstant une autre perception qu'il a eue de la question (traitée au demeurant non directement par lui-même, mais par sa fiduciaire), c'est en réalité comme salarié, essentiellement sinon exclusivement, qu'il a réalisé des revenus comme consultant/formateur, du moins durant son délai-cadre d'indemnisation, de janvier 2010 à août 2011, ainsi que l'attestent le prélèvement des cotisations sociales sur ses salaires (même lorsque ceux-ci se basaient sur une note d'honoraires) et le recensement de toutes ses activités sous le code « 01 » sur son compte individuel. Il n'est donc pas ici question d'activités indépendantes qui auraient pris une telle ampleur que la disponibilité du recourant aurait été ou dû être affectée et son aptitude au placement remise en cause. c. Par ailleurs, si le recourant a évoqué qu'il a fourni des prestations à titre bénévole, donc sans rémunération, il n'y a pas d'élément au dossier amenant à considérer – fût-ce avec l'effet d'un *reformatio in pejus*, qui serait possible, mais requerrait la fixation au recourant d'un délai pour se prononcer sur les motifs d'une péjoration de la décision attaquée ou retirer son recours (art. 61 let. d LPGA ; art. 89E LPA) – qu'une rémunération fictive devrait être fixée pour ces ou certaines de ces activités

bénévoles. Il apparaît que, durant la période d'indemnisation, celles-ci sont restées marginales et n'ont pas correspondu à des tâches normalement rémunérées. d. À l'instar de ce qui paraît sous-jacent à la décision de l'OCE sur l'aptitude au placement du recourant, la caisse intimée a considéré que l'activité salariée normale de ce dernier était son emploi à 80 % pour la fondation B\_\_\_\_\_, soit l'emploi qu'il avait perdu dès le 1<sup>er</sup> janvier 2010, si bien que les gains qu'il avait réalisés en sus avant la perte dudit emploi, durant le délai-cadre de cotisation, étaient des gains accessoires, et elle a admis en conséquence que les revenus qu'il a réalisés après son entrée au chômage conservaient cette qualification, sauf dans la mesure de leur sensible augmentation. Il n'y a pas dans le dossier d'élément suffisant devant amener à juger comme erronée cette prémisse du raisonnement de la caisse intimée, voire de la décision de l'OCE (ne constituant au demeurant pas l'objet du présent recours). Certes, dans l'ATF précité 125 V 475, traitant de la question du gain assuré, le Tribunal fédéral a jugé que le gain qu'un assuré avait réalisé en marge d'un emploi à 100 %, dans un emploi parallèle équivalent à un 40 % (proportionnellement mieux rémunéré que son emploi à 100 %), était un gain accessoire, donc non assuré. Il ne résulte cependant ni de la LACI (en particulier de son art. 23 al. 3, auquel fait référence son art. 24 al. 3 phr. 2), ni de ladite jurisprudence qu'en cas d'activité salariée normale exercée à un taux inférieur à 100 %, il n'y aurait pas place pour des activités accessoires exercées en marge de l'activité salariée normale, autrement dit que toute activité lucrative ainsi déployée représenterait nécessairement une activité complémentaire devant entrer dans la définition du gain assuré et, partant, une fois l'assuré au chômage à la suite de la perte de son emploi normal, être tenue, si elle perdure, pour une activité génératrice de gains intermédiaires. La chambre de céans n'estime dès lors pas nécessaire de pratiquer en l'espèce une *reformatio in pejus*, qui serait impliquée par la négation de tout caractère accessoire à l'intégralité des revenus réalisés par le recourant au bénéfice de son temps de disponibilité de 20 %, que ce soit pour la détermination de son gain assuré (ici non litigieux) ou celle de ses indemnités journalières, qui seraient diminuées encore davantage par une qualification de l'intégralité desdits revenus comme gains intermédiaires. Cette approche – suivie par la caisse intimée et non remise en question par la chambre de céans – n'immunise toutefois pas contre une qualification de gains intermédiaires tous les revenus que le recourant, une fois au chômage, a réalisés dans l'exercice de ses activités de consultant/formateur parallèlement à ses recherches personnelles en vue de retrouver un emploi à 80 %. En effet, si un gain accessoire réalisé durant le délai-cadre de cotisation, qui subsiste durant le délai-cadre d'indemnisation ouvert à la suite de la perte de l'activité principale, ne devient pas un gain intermédiaire, un gain accessoire qui augmente sensiblement durant le délai-cadre d'indemnisation devient un gain intermédiaire à hauteur de la part de revenu supplémentaire correspondant à l'augmentation sensible (ATF 126 V 207 ; ATF 123 V 230 ; Boris RUBIN, op. cit., n. 9 ad art. 23 et n. 39 ad art. 24). C'est ce que la caisse intimée a entendu appliquer dans le cas du recourant, à raison sur le plan du principe.

## **E. 8**

a. La caisse intimée n'a considéré en l'occurrence comme gains intermédiaires que le surplus de gains que le recourant a réalisé durant le délai-cadre d'indemnisation par rapport à ceux qu'il s'était procurés, au bénéfice de son taux de travail résiduel de 20 %, durant le délai-cadre de cotisation et qu'elle avait estimés accessoires et donc non assurés. Elle a à cette fin établi la différence entre les gains réalisés par le recourant en 2009 en sus de son salaire pour son activité à 80 % et les gains que le recourant a obtenus dans ce cadre de janvier 2010 à août 2011, tels qu'elle les a rétablis – sans être contestée sur ce point ni

apparaître contestable – sur la base des cotisations AVS comptabilisées sur son compte individuel. b. Le recourant n'a pas allégué ni a fortiori apporté la preuve, ne serait-ce qu'en termes de vraisemblance prépondérante prévalant en matière d'assurances sociales, que ses activités accessoires exercées en 2009 lui auraient procuré davantage de revenus que ceux retenus par la caisse intimée. Il prétend en revanche que son état de santé ne lui avait pas permis, en 2009, de mettre pleinement à profit son temps de travail résiduel de 20 %, laissant entendre par là que la comparaison faite par la caisse intimée serait viciée, autrement dit que la différence pertinente entre ses revenus accessoires de l'année 2009 et ceux de la période ici litigieuse de janvier 2010 à août 2011 serait en tout état moindre. Il estime même que l'intégralité de ses revenus réalisés comme consultant/formateur durant cette période-ci l'ont été dans les limites de son taux d'activité résiduel de 20 % et échapperaient ainsi intégralement à la qualification de gains intermédiaires. c. Le recourant se méprend sur le sens et la portée de la décision d'aptitude au placement rendue par l'OCE et méconnaît l'étendue du pouvoir de décision de la caisse intimée. Cette décision n'impliquait pas que le recourant pouvait développer toutes activités aussi bien rémunérées soient-elles en marge de ses recherches personnelles en vue de trouver un emploi à 80 %, sans que, déjà, la question même de son aptitude au placement ne puisse et ne doive le cas échéant être reconsidérée, ni que les revenus qu'il retirerait de telles activités restent en tout état sans incidence sur le montant des indemnités journalières que la caisse intimée lui verserait (parce que ces revenus devraient nécessairement être qualifiés d'accessoires, et non d'intermédiaires). Telles qu'il les avait décrites en réponse aux questions que l'OCE lui avaient posées lorsqu'il s'était agi de statuer sur son aptitude au placement, ses activités exercées en marge de son emploi à 80 % étaient et resteraient marginales. Il n'a pas été allégué et n'était au demeurant pas pertinent qu'elles occupent le recourant effectivement l'équivalent d'un 20 % d'un plein temps. Simplement, dans la mesure décrite, elles ne faisaient pas obstacle à la reconnaissance de son aptitude au placement, et leur qualification ultérieure par la caisse intimée comme génératrices de gains accessoires, toujours dans la mesure décrite, n'apparaissait pas critiquable. Le fait que, le cas échéant, le recourant n'a pas pu, en 2009, développer lesdites activités rémunérées comme il l'a fait de janvier 2010 à août 2011 n'est pas pertinent. d. Les gains accessoires considérés ne devenaient des gains intermédiaires que si et dans la mesure où ils augmentaient sensiblement. Le recourant ne conteste pas que les montants qu'il a réalisés durant la période litigieuse par ses activités de consultant/formateur ont été supérieurs à ceux qu'il s'était procurés à ce même titre en 2009, ni la mesure dans laquelle ils l'ont été. Il apparaît avoir compris, en cours de procédure, que le montant de CHF 34'400.35 représente la part des indemnités journalières que, selon la caisse intimée, il a perçu en trop (et dont elle réclame la restitution), et non celui des gains supplémentaires qu'il a réalisés de janvier 2010 à août 2011 (qualifiés dans cette mesure d'intermédiaires par la caisse intimée). L'addition de ces gains supplémentaires donne un montant total de CHF 53'880.62, autrement dit, en moyenne sur cette période de vingt mois, un montant de CHF 2'694.05 par mois. Ce supplément de gains est sensible, déjà en lui-même, mais aussi lorsqu'il est mis en rapport avec les gains accessoires que le recourant avait réalisés en 2009, qui se montaient à CHF 39'290.00 (soit en moyenne à CHF 3'274.16 par mois). C'est donc à juste titre que la caisse intimée a retenu que les gains supplémentaires ainsi réalisés par le recourant durant sa période d'indemnisation doivent être qualifiés de gains intermédiaires, à hauteur de l'intégralité de ce surplus, à savoir à hauteur de CHF 53'880.62. e. Il appert, dans ces conditions, que le recourant a perçu un montant trop élevé d'indemnités journalières, dans la mesure

déterminée par la caisse intimée, à savoir à hauteur de CHF 34'400.35. Le calcul en tant que tel de ce trop-perçu n'est pas contesté par le recourant, ni n'apparaît contestable ; la chambre de céans ne voit pas de raison de s'écarter de ce montant de CHF 34'400.35, étant précisé que celui de CHF 33'400.35 figurant dans la décision attaquée résulte d'une faute de frappe (CHF 2'873.10 au lieu de CHF 3'873.10) s'étant glissée dans le tableau récapitulatif des montants dus s'agissant de celui du mois de mai 2011, ainsi que la caisse intimée l'a expliqué dans sa réponse au recours, sans être ensuite contredite sur ce point par le recourant.

## **E. 9**

a. La caisse intimée était en droit – et même tenue – de réclamer au recourant la restitution de cette somme de CHF 34'400.35, en application des art. 95 al. 1 LACI et 25 al. 1 LPGA. Comme la chambre de céans l'a déjà dit (consid. 4a), les conditions d'une révision procédurale et, en tout état, d'une reconsidération des décisions en vertu desquelles les indemnités journalières ont été allouées au recourant sont remplies. Par ailleurs, il n'est manifeste ni que le recourant, qui n'a pas annoncé à la caisse intimée ses revenus qu'il considérait comme accessoires, était de bonne foi lors de la perception de ses indemnités journalières (même si, il est vrai, tant l'OCE que la caisse, au courant du fait qu'il exerçait des activités rémunérées en marge de ses recherches personnelles en vue de retrouver un emploi à 80 %, ne l'ont pas interpellé à propos de ses activités accessoires afin d'en mesurer l'ampleur effective), ni qu'une restitution du trop-perçu considéré l'exposerait à une situation difficile. Pour peu qu'une demande de remise de l'obligation de restituer la somme considérée – à savoir CHF 34'400.35 – soit formée par le recourant, ces deux questions devront encore faire l'objet d'une instruction par la caisse intimée et donner lieu à une décision et, le cas échéant, à une décision sur opposition, avant que la chambre de céans n'ait à statuer sur ces points (consid. 3b et c). b. Le recours doit être rejeté. La décision attaquée est donc confirmée, avec la précision que le montant à restituer est de CHF 34'400.35. 10. Selon l'art. 61 let. a LPGA), sauf en matière d'assurance-invalidité (art. 69 al. 1bis de la loi sur l'assurance-invalidité, du 19 juin 1959 (LAI - RS 831.20), la procédure devant la chambre de céans est gratuite, sous réserve de la possibilité de mettre des émoluments de justice et les frais de procédure à la charge de la partie qui agit de manière téméraire ou témoinne de légèreté (cf. aussi art. 89H al. 1 LPA). En l'espèce, il ne sera pas mis de frais de justice à la charge des parties. Le recourant n'obtenant pas gain de cause, il ne lui sera pas alloué d'indemnité de procédure (art. 87 al. 2 et 3 LPA ; art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative, du 30 juillet 1986 - RFPA - E 5 10.03). \* \* \* \* \* PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme :

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