

GE_GERICHTE A/2144/2017 vom 27. Februar 2018

GE Cour de justice, 2018-02-27, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_2144_2017

FR: GE_GERICHTE A/2144/2017 du 27 février 2018

IT: GE_GERICHTE A/2144/2017 del 27 febbraio 2018

Erwägungen

E. 2

ème Chambre En la cause Monsieur A_____, domicilié à CORSIER, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître François MEMBREZ recourant contre CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, sise rue de Montbrillant 40, GENÈVE intimée EN FAIT 1. Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né le _____ 1959, domicilié dans le canton de Genève, a été employé à plein temps auprès de B_____ SA du 1 er janvier 2008 au 30 septembre 2014 en qualité de chef de projet, emploi que cet employeur a résilié le 23 juin 2014 pour cause de restructuration et suppression de poste. [endif]>![if> 2. Parallèlement à cet emploi, l'assuré exerçait, depuis plusieurs années (dans une mesure plus importante depuis courant 2011), une activité accessoire de chauffeur, respectivement d'agent de sécurité auxiliaire, pour les sociétés C_____ Sàrl et D_____ SA, effectuant à ce titre des heures de travail variables sur demande.

![endif]>![if> D'après ce qu'il indiquera ultérieurement, l'assuré a ainsi réalisé, de janvier 2013 à septembre 2014, les revenus suivants grâce à l'exercice de ces deux activités accessoires : Mois C_____ Sàrl en CHF D_____ SA en CHF Totaux en CHF Janvier 2013 7'233.25 2'232.80 9'466.05 Février 2013 2'366.10 2'835.85 5'201.95 Mars 2013 2'244.75 2'789.70 5'034.45 Avril 2013 552.25 2'283.35 2'835.60 Mai 2013 3'711.15 1'434.30 5'145.45 Juin 2013 3'256.55 223.60 3'480.15 Juillet 2013 1'661.30 3'995.90 5'657.20 Août 2013 1'209.50 5'591.40 6'800.90 Septembre 2013 3'042.80 3'691.50 6'734.30 Octobre 2013 1'351.50 3'874.05 5'225.55 Novembre 2013 856.- 3'746.- 4'602.- Décembre 2013 0.- 4'517.75 4'517.75 Sous-totaux 27'485.15 37'216.20 64'701.35 Janvier 2014 814.90 2'854.20 3'669.10 Février 2014 249.70 3'048.05 3'297.75 Mars 2014 2'365.95 4'820.10 7'186.05 Avril 2014 1'018.45 3'114.90 4'133.35 Mai 2014 3'217.- 3'416.90 6'633.90 Juin 2014 4'618.30 2'872.25 7'490.55 Juillet 2014 2'352.50 5'118.50 7'471.- Août 2014 4'095.- 5'042.85 9'137.85 Septembre 2014 1'393.50 3'478.05 4'871.55 Sous-totaux 20'125.30 33'765.80 53'891.10 3.

Le 2 octobre 2014, l'assuré a déposé une demande d'indemnité de chômage auprès de la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : CCGC), se déclarant à la recherche d'un emploi à plein temps comme chef de projet qualifié. Il a répondu « Non » à la question de savoir s'il obtenait encore un revenu d'une activité salariée ou indépendante. [endif]>![if> 4. Un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en faveur de l'assuré du 2 octobre 2014 au 1 er octobre 2016, et la CCGC lui a versé des indemnités de chômage, soit une indemnité journalière de CHF 338.70 calculée sur la base d'un gain assuré de CHF 10'500.-, pour un maximum de 520 indemnités journalières. Pour octobre 2014, compte tenu de 20 jours de délai d'attente sur 22 jours contrôlés, elle lui a versé deux indemnités journalières, soit CHF 677.40 brut (CHF 398.45 net). Dès janvier 2016, elle lui versera une indemnité journalière de CHF 385.30, calculé sur un gain assuré de CHF 11'945.-. [endif]>![if> 5. Durant son délai-cadre d'indemnisation, l'assuré a continué à exercer son activité de chauffeur pour les sociétés C_____ Sàrl et D_____ SA,

effectuant à ce titre des heures de travail variables sur demande, sans jamais en informer la CCGC. D'après ses déclarations, il a réalisé les revenus suivants, d'octobre 2014 à septembre 2016 : !endif]>![if> Mois C_____ Sàrl en CHF D_____ SA en CHF Totaux en CHF Octobre 2014 4'163.45 3'912.90 8'076.35 Novembre 2014 1'769.05 2'144.40 3'913.45 Décembre 2014 3'713.05 3'373.20 7'086.25 Sous-totaux I 9'645.55 9'430.50 19'076.05 Janvier 2015 2'578.60 1'397.65 3'976.25 Février 2015 2'955.50 765.25 3'720.75 Mars 2015 3'187.35 2'379.15 5'566.50 Avril 2015 2'511.40 937.75 3'449.15 Mai 2015 3'612.55 3'478.70 7'091.25 Juin 2015 331.20 2'958.65 3'289.85 Juillet 2015 1'485.30 3'972.10 5'457.40 Août 2015 5'923.45 1'080.05 7'003.50 Septembre 2015 1'162.50 4'134.10 5'296.60 Octobre 2015 2'749.- 5'053.15 7'802.15 Novembre 2015 823.75 4'264.10 5'087.85 Décembre 2015 2'443.60 2'745.05 5'188.65 Sous-totaux II 29'775.20 33'165.70 62'940.90 Janvier 2016 1'998.10 2'017.70 4'015.80 Février 2016 2'572.50 3'023.95 5'596.45 Mars 2016 1'520.85 3'352.25 4'873.10 Avril 2016 3'138.65 3'887.80 7'026.45 Mai 2016 2'238.65 2'474.40 4'713.05 Juin 2016 7'691.90 708.55 8'400.45 Juillet 2016 1'735.50 1'351.70 3'087.20 Août 2016 1'564.25 3'329.05 4'893.30 Septembre 2016 1'796.25 2'745.65 4'541.90 Sous-totaux III 24'256.65 22'891.05 47'147.70 Totaux (I + II + III) 63'677.40 65'487.25 129'164.65 6. Dans le cadre d'une révision du dossier de l'assuré, la CCGC a appris que les sociétés C_____ Sàrl et D_____ SA avaient déclaré à l'assurance-vieillesse et survivants (ci-après : AVS) des revenus pour le compte de l'assuré, respectivement, s'agissant de la première citée, de CHF 29'713.- de janvier à décembre 2014 et CHF 27'485.- de janvier à décembre 2013, et, s'agissant de la seconde citée, de CHF 43'196.- de janvier à décembre 2014 et CHF 37'216.- de janvier à décembre 2013. Le 20 avril 2016, elle a demandé auxdites entreprises de lui faire parvenir les formulaires « Attestation de gain intermédiaire » et les fiches de salaire des mois d'octobre 2013 à décembre 2014 correspondant aux activités considérées. !endif]>![if> 7. C_____ Sàrl lui a fourni les documents réclamés les 9 mai 2016 et 10 février 2017, et D_____ SA les 20 mai 2016 et 3 janvier 2017. !endif]>![if> 8. Dans l'intervalle, ayant appris la démarche entreprise par la CCGC auprès de C_____ Sàrl, l'assuré lui a écrit, le 13 décembre 2016, qu'elle n'ignorait pas qu'il effectuait de longue date, en tant qu'indépendant, des heures pour ladite entreprise de manière accessoire à son emploi principal, pour lequel il avait perçu des indemnités de chômage. Les heures de travail qu'il avait ainsi effectuées durant les périodes indemnisées (soit de décembre 2014 à septembre 2016) n'avaient pas varié par rapport aux années précédentes. Les revenus qu'il avait tirés de cette activité ne constituaient pas un gain intermédiaire. Afin de ne pas abuser d'une prolongation de son droit au chômage, l'assuré avait pris soin de ne pas déclarer les gains provenant de son activité indépendante comme gain intermédiaire, et il ne sollicitait pas de prolongation de son droit aux indemnités de chômage. !endif]>![if> 9. La CCGC lui a répondu le 19 décembre 2016 que l'assuré n'avait pas déclaré cette activité, ni sur sa demande d'indemnité de chômage ni sur les formulaires mensuels « Indications de la personne assurée » (ci-après : IPA) qu'il avait remises durant le délai-cadre d'indemnisation, et qu'il s'agissait non d'une activité indépendante mais d'une activité salariée par l'employeur C_____ Sàrl. Elle allait déterminer la part de gain accessoire et la comparer à chaque période de chômage, étant donné que le revenu supplémentaire retiré de l'augmentation d'un gain accessoire doit être considéré comme un gain intermédiaire. !endif]>![if> 10. L'assuré a objecté, par courrier du 17 janvier 2017, qu'il effectuait des heures pour C_____ Sàrl depuis de nombreuses années, bien avant qu'il ne soit au chômage, toujours de manière accessoire à son emploi principal et à la demande, et que ces

heures n'avaient pas varié durant la période indemnisée par rapport aux années précédentes. Il ne s'agissait donc pas d'un gain intermédiaire, contrairement à ce qu'il faudrait admettre s'il s'était mis à exercer l'activité accessoire considérée après la résiliation de son contrat de travail ; il se serait alors agi d'un gain intermédiaire, qui aurait prolongé son droit aux indemnités de chômage. Il y avait activité indépendante du fait que ladite activité était exercée à la demande ; l'absence d'un lien de subordination n'était pas requise.

11. La CCGC a effectué des moyennes de gain sur les activités de l'assuré auprès respectivement de C_____ Sàrl et de D_____ SA durant les six mois précédant son inscription à l'assurance-chômage, a fixé les montants admis comme gains accessoires à CHF 2'782.46 pour les revenus réalisés auprès de C_____ Sàrl et à CHF 3'840.58 pour les revenus réalisés auprès de D_____ SA, et a considéré que les montants dépassant ces sommes par période de contrôle étaient des gains intermédiaires. Après avoir ainsi déterminé ces gains considérés comme intermédiaires, la CCGC a établi, le 22 février 2017, de nouveaux décomptes des indemnités de chômage dues à l'assuré pour les mois en question ; la différence entre les indemnités dues et celles versées donnait le trop-perçu à restituer. C'était un total de CHF 16'978.05 que l'assuré avait perçu en trop, pour les périodes d'octobre et décembre 2014, de mars, mai, juillet, août, septembre, octobre et novembre 2015 et de janvier, mars, avril, juin et août 2016, selon les données résultant du tableau figurant ci-dessous :

12. Par décision du 23 février 2017, déclarée exécutoire nonobstant recours, la CCGC a fait obligation à l'assuré de lui rembourser la somme de CHF 16'978.05 au titre du total d'indemnités de chômage perçu en trop pour les périodes précitées.

13. Par courrier recommandé du 20 mars 2017, l'assuré a formé opposition à cette décision. Il effectuait de longue date des heures de travail de manière accessoire à son emploi principal, en tant qu'indépendant, à la demande, dans une mesure qui, durant les périodes indemnisées (de décembre 2014 à septembre 2016), n'avait pas varié par rapport aux années précédentes. Les revenus qu'il avait tirés de ces heures ne valaient pas comme gain intermédiaire. Les montants réclamés incluaient les cotisations sociales déduites des indemnités allouées, qui, dès lors qu'elles ne lui avaient pas été versées, ne pouvaient lui être réclamées. Pour octobre 2014, l'assuré n'avait reçu que deux indemnités journalières, dont il ne pouvait être déduit CHF 1'341.56 de revenus constituant prétendument un gain intermédiaire.

14. Par décision sur opposition du 31 mars 2017, reçue le 3 avril 2017, la CCGC a rejeté l'opposition de l'assuré. Un gain accessoire continuant à être perçu durant le délai-cadre d'indemnisation devait être considéré comme un gain intermédiaire dans la mesure où l'assuré étendait son activité accessoire, mesure devant se déterminer non sur la base du temps investi dans l'activité, mais sur la base des gains réalisés, ainsi que la CCGC l'avait fait, en retenant au demeurant une moyenne calculée sur six mois, plus avantageuse pour l'assuré qu'une moyenne calculée sur douze mois. C'était un montant net qui était réclamé en remboursement. Les calculs montraient la comparaison entre du brut et du brut afin de déterminer la part du gain intermédiaire, prise en compte par l'assurance-chômage dans tout calcul de gain intermédiaire, les déductions sociales étant effectuées par la suite. Les délais d'attente étaient comptés non en temps mais en valeur (c'est-à-dire en indemnités journalières) ; seuls comptaient comme jours d'attente les jours où l'assuré remplissait les conditions ouvrant le droit à l'indemnité de chômage ; les gains intermédiaires et les revenus de remplacement réalisés pendant les délais d'attente spéciaux devaient également être pris en compte dans le calcul de la perte de gain. Aussi l'entier du montant considéré comme gain intermédiaire devait-il être pris pour octobre 2014, la première période. Les activités

considérées de l'assuré n'étaient pas des activités indépendantes, mais salariées. L'assuré devait restituer le montant de CHF 15'956.90 (sic), représentant les indemnités indûment perçues par l'assuré pour la période de juin 2014 à avril 2016 (sic). La décision du 23 février 2017, portant sur CHF 16'978.05, était confirmée. 15. Par acte du 17 mai 2017, l'assuré a recouru auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : CJCAS) contre cette décision sur opposition, en concluant à son annulation et à celle de la décision du 23 février 2017, et à ce qu'il soit dit et constaté qu'il n'avait perçu aucun gain intermédiaire durant le délai-cadre d'indemnisation et n'était pas tenu au remboursement de prestations versées durant cette période par la CCGC, sous suite de frais et dépens. 16. Les heures de travail qu'il avait effectuées à titre accessoire d'octobre 2014 à septembre 2016 pour C_____ Sàrl et D_____ SA n'avaient pas varié par rapport aux années précédentes, pas plus que les gains réalisés à ce titre. Ces activités accessoires lui avaient procuré des gains de CHF 118'592.60 (soit en moyenne CHF 5'647.20 par mois) de janvier 2013 à septembre 2014, et CHF 129'668.60 (soit en moyenne CHF 5'402.90 par mois) durant la période de chômage précitée, donc moins que durant cette période-là ; c'était encore plus marqué par rapport aux revenus retirés de ses activités accessoires durant les six mois ayant précédé l'inscription à l'assurance-chômage, qui s'étaient élevés à CHF 39'738.10 (soit en moyenne à CHF 6'623.- par mois). Il n'y avait donc pas eu augmentation sensible des gains accessoires, si bien que les revenus réalisés à ce titre ne pouvaient être considérés comme des gains intermédiaires. La méthode de calcul pratiquée par la CCGC (consistant à prendre en compte le gain accessoire de chaque mois individuellement durant la période de chômage) ne correspondait pas à celle que le Tribunal fédéral avait développée (arrêt 8C_600/2015 du 11 mai 2016). Il en résultait d'ailleurs l'incongruité relevée pour octobre 2014, pour lequel la CCGC demandait à l'assuré de rembourser un montant de CHF 1'341.56, bien supérieur à celui des deux indemnités journalières qu'il avait perçues pour ce mois. Les montants réclamés incluaient les cotisations sociales déduites des indemnités allouées, qui ne pouvaient être réclamées dès lors qu'elles ne lui avaient pas été versées. 16. Par mémoire du 13 juin 2017, la CCGC a conclu au rejet du recours. 17. Une détermination du gain accessoire moyen de l'assuré qui aurait été faite sur douze mois aurait été moins favorable à ce dernier, donnant des montants mensuels de CHF 1'861.06 (plutôt que CHF 2'782.46) pour l'activité exercée chez C_____ Sàrl et de CHF 3'825.30 (plutôt que CHF 3'840.58) pour celle exercée chez D_____ SA. Dans l'arrêt 8C_600/2015 auquel l'assuré se référait, rendu sur recours contre un arrêt de la CJCAS (ATAS/513/2015 du 30 juin 2015), le Tribunal fédéral avait avalisé la méthode de calcul consistant à prendre en compte un gain accessoire moyen précédant l'inscription au chômage et à qualifier de gain intermédiaire les montants supérieurs audit gain ramené à chaque période d'indemnisation. S'agissant du montant indûment versé pour octobre 2014 et des sommes brutes qu'elle réclamerait en remboursement, la CCGC se référait aux explications données dans sa décision sur opposition. L'assuré ne contestait pas intrinsèquement le montant réclamé, expliqué en détail dans la décision initiale du 23 février 2017. La décision sur opposition comportait une erreur de plume : le remboursement réclamé se montait à CHF 16'978.05 pour les périodes d'octobre et décembre 2014, de mars, mai, juillet, août, septembre, octobre et novembre 2015 et de janvier, mars, avril, juin et août 2016 (et non CHF 15'956.90 pour la période de juin 2014 à avril 2016). 17. Dans des observations du 6 juillet 2017, l'assuré estimait que la CCGC n'avait précisément pas appliqué la méthode de calcul retenue par le Tribunal fédéral dans l'arrêt 8C_600/2015 , méthode qui consistait à tenir compte de la somme globale des revenus obtenus pendant la

période de chômage pour en déduire le gain mensuel, et qui, dans l'affaire jugée par le Tribunal fédéral, conduisait à retenir l'existence d'un gain intermédiaire, alors que tel n'était pas le cas de l'assuré. La CCGC s'était contentée de tenir compte des gains variables de chaque mois séparément, raisonnement conduisant à un résultat erroné. Le gain accessoire mensuel moyen réalisé par l'assuré durant les six mois précédant son inscription au chômage était de CHF 6'623.-, donc largement supérieur au gain mensuel moyen de CHF 5'402.90 tiré de ces activités accessoires durant la période indemnisée ; il n'y avait pas de gain intermédiaire. L'assuré contestait l'existence d'une quelconque prétention de la CCGC en remboursement à cet égard. Il persistait dans les conclusions de son recours.

18. Le 7 août 2017, la CCGC a estimé que l'assuré interprétait mal l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_600/2015, qui avait conclu que le jugement cantonal n'était pas critiquable et que le recours devait être rejeté.

19. Par courrier du 30 août 2017, l'assuré a considéré que l'application de la méthode de calcul du gain mensuel employée par le Tribunal fédéral dans ledit arrêt menait dans son cas au constat que ses gains accessoires n'avaient pas augmenté, donc qu'il n'avait pas perçu de gain intermédiaire.

EN DROIT 1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1), relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982 (LACI - RS 837.0). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie, la décision attaquée ayant été rendue sur opposition en application de la LACI. Le recours a été interjeté en temps utile, compte tenu de la suspension du délai du 7^{ème} jour avant Pâques au 7^{ème} jour après Pâques, tombé en 2017 sur le dimanche 16 avril (art. 38 al. 4 let. a et 60 LPGA), et il satisfait aux exigences de forme et de contenu prescrites par la loi (art. 61 let. b LPGA ; cf. aussi art. 89B LPA). Le recourant a qualité pour recourir, étant touché par la décision attaquée et ayant un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification (art. 59 LPGA). Le recours est donc recevable. 2.

Le litige porte principalement sur la qualification de gains intermédiaires (et non de gains accessoires) des revenus réalisés par le recourant auprès de C_____ Sàrl et de D_____ SA durant les périodes de contrôle dans la mesure où ces revenus ont dépassé, par période de contrôle, la moyenne des revenus accessoires qu'il avait réalisés auprès de ces deux entreprises durant les six derniers mois avant son inscription au chômage (soit respectivement CHF 2'782.46 et CHF 3'840.58).

3. a. 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). L'indemnité journalière pleine et entière s'élève à un certain pourcentage (80 %, dans certains cas 70 %) du gain assuré (art. 22 LACI). Est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence (art. 24 al. 1 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. 1 et

2 LACI), soit de la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire (art. 24 al. 3 phr. 1 in initio LACI). 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). 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).

b. 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, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, 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 125 V 475).

c. 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). En résumé – comme l'indique Boris RUBIN (op. cit., n. 39 ad art. 24, p. 272 ; cf. aussi n. 9 ad art. 23) –, 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.

4. a. En l'espèce, comme cela résulte du dossier et n'est pas contesté par les parties, le recourant exerçait son activité principale en tant que chef de projet chez B_____ SA, dans un emploi l'occupant à plein temps et lui procurant de substantiels revenus (CHF 12'000.- treize fois l'an plus une prime annuelle d'au maximum CHF 12'000.- en fonction de l'atteinte des objectifs, d'après la lettre du 11 janvier 2008 confirmant son engagement), ainsi que, du moins depuis 2011, deux activités accessoires, en marge de son temps de travail et sur appel, comme chauffeur et agent de sécurité auxiliaire respectivement pour les sociétés C_____ Sàrl et D_____ SA, lui procurant des revenus supplémentaires non négligeables (qui ont été, en 2013 et 2014, respectivement de CHF 27'485.- et CHF 29'713.- chez la première citée de ces

entreprises et de CHF 37'216.- et CHF 43'196.- chez la seconde citée). Il a continué d'exercer ces activités durant sa période d'indemnisation par l'assurance-chômage.

!endif]>![if> b. Bien que la question n'apparaisse plus litigieuse, il sied de relever que ces activités accessoires représentaient des activités dépendantes. Ce n'est pas parce que le recourant les exerçait de façon variable dans le temps et sur demande qu'il ne se trouvait pas être un salarié, déjà très certainement sur le plan du droit privé, mais en tout état du point de vue de la législation sur l'AVS, au regard de laquelle doit en principe être considéré comme exerçant une activité dépendante celui qui dépend de son employeur du point de vue économique ou dans l'organisation du travail (en particulier est dans un rapport de subordination à l'égard de celui qui lui donne du travail à effectuer) et ne supporte pas de risque économique analogue à celui qui est encouru par l'entrepreneur (Michel VALTERIO, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants [AVS] et de l'assurance-invalidité [AI]. Commentaire thématique, 2011, n. 214 ss et jurisprudence citée). Telle était la situation du recourant à l'égard tant de C_____ Sàrl que de D_____ SA, qui prélevaient d'ailleurs les cotisations sociales sur les revenus qu'elles lui versaient et déclaraient ces revenus à l'AVS. Quant à eux, les montants déterminants des revenus à la base accessoires réalisés par le recourant, tels que l'intimée les a retenus, ne sont pas contestés ni n'apparaissent contestables.

c. Il y a divergence entre les parties sur la question de savoir si les gains à la base accessoires qu'il a alors retirés de ces activités ont augmenté sensiblement durant le délai-cadre d'indemnisation et, dans l'affirmative, dans quelle mesure ils ont augmenté et doivent être considérés comme des gains intermédiaires. Ladite divergence renvoie à la question du mode de calcul d'une éventuelle augmentation des gains accessoires. À juste titre, les parties ne raisonnent pas à ce propos en termes de nombre d'heures de travail, mais de montants des revenus réalisés grâce auxdites activités à la base accessoires (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 149/02 du 27 janvier 2003 consid. 4). 5.

a. Comme pour le calcul du gain assuré, duquel devrait être déduite la part de gains accessoires à traiter le cas échéant comme gains intermédiaires, il y a lieu d'établir une moyenne des gains accessoires réalisés durant les six derniers mois de cotisation qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation ou durant les douze derniers mois s'il en résulte un salaire moyen plus élevé (art. 37 al. 1 et 2 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 - OACI - RS 837.02). En l'occurrence, l'intimée a retenu une période de six mois, à cet égard plus favorable au recourant qu'une période de douze mois puisqu'il en résultait un gain accessoire moyen plus élevé, à savoir des montants mensuels de CHF 2'782.46 (plutôt que CHF 1'861.06) pour l'activité exercée chez C_____ Sàrl et de CHF 3'840.58 (plutôt que CHF 3'825.30) pour celle exercée chez D_____ SA, donc au total un gain accessoire moyen de CHF 6'623.04 (plutôt que CHF 5'686.36).

!endif]>![if> b. Comme les indemnités de vacances et pour jours fériés ne sont pas comprises dans le gain assuré, et doivent donc le cas échéant être déduites d'un gain intermédiaire (Bulletin LACI IC, ch. C149 ; Boris RUBIN, op. cit., n. 11 in fine ad art. 23), l'intimée a, à bon droit, réduit à due concurrence la différence entre les revenus bruts mensuels réalisés dans chacune desdites activités accessoires et les revenus mensuels bruts moyens précités, pour ne qualifier de gains intermédiaires que cette différence ainsi réduite. Cette réduction n'est pas critiquée en tant que telle par le recourant.

c/aa. Ce dernier conteste en revanche qu'après avoir établi ses gains accessoires mensuels moyens de référence, l'intimée ne les ait pas comparés aux revenus mensuels moyens qu'il avait réalisés durant les deux ans du délai-cadre d'indemnisation en continuant à exercer lesdites activités, mais ait procédé à une

comparaison mois par mois, pour ne retenir que les périodes de contrôle durant lesquelles lesdites activités lui avaient procuré des montants supérieurs auxdits gains accessoires mensuels moyens. D'après ses calculs, ses activités accessoires lui avaient procuré des gains de CHF 118'592.60 de janvier 2013 à septembre 2014 (soit en moyenne CHF 5'647.20 par mois), alors que, durant la période de chômage (d'octobre 2014 à septembre 2016), elles lui avaient rapporté un total de CHF 129'668.60 (soit en moyenne CHF 5'402.90 par mois), donc mensuellement moins que durant cette période-là, ce qui démontrait selon lui l'absence de toute part de gain à traiter comme gain intermédiaire.

c/bb. Il se trouve que, certains mois, les activités considérées ont rapporté au recourant des revenus inférieurs aux gains accessoires moyens de référence. Tel a été le cas pour les mois de novembre 2014, janvier, février, avril, juin et décembre 2015 et de février, mai et juillet 2016. Sans le dire explicitement, le recourant voudrait que les différences négatives qui résulteraient d'une soustraction desdits gains mensuels moyens des revenus qu'il avait retirés durant ces mois-ci de l'exercice des activités considérées lui soient en quelque sorte créditées, soient reportées sur les autres périodes de contrôle, et viennent ainsi compenser les surplus de gains réalisés durant ces dernières par rapport à ces montants moyens. À suivre le recourant, il faudrait donc attendre la fin du délai-cadre d'indemnisation pour savoir si ses gains à la base accessoires, considérés globalement mais divisés par les 24 mois dudit délai, ont ou non comporté une part de gain à qualifier rétroactivement d'intermédiaires, donc, dans l'affirmative, pour réduire des indemnités journalières d'ores et déjà versées et, dans ce cas, réclamer à l'assuré la restitution du trop-perçu. Cette seule conséquence, non dite mais s'inscrivant dans la logique du raisonnement soutenu par le recourant, démontre le caractère erroné et même inenvisageable de ce mode de calcul.

Contrairement à ce que prétend le recourant, le Tribunal fédéral ne l'a nullement appliqué ni n'en a préconisé l'application au consid. 4.2 de l'arrêt 8C_600/2015 précité, même s'il y a relevé qu'en tenant compte de la somme globale des revenus obtenus pendant la période de chômage (de 20 mois), on obtenait dans ce cas un montant de CHF 96'253.25, soit un gain mensuel de CHF 4'812.-, montant sensiblement plus élevé que le gain accessoire moyen obtenu avant le chômage, qui était de CHF 3'274.- (calculé sur douze mois).

c/cc. Une telle méthode de calcul serait en contradiction avec la lettre même de l'art. 24 al. 1 phr. 1 LACI, qui définit le gain intermédiaire comme étant tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante « durant une période de contrôle », à savoir chaque mois civil (art. 27a OACI, édicté sur la base de l'art. 18a LACI). C'est mois par mois (période de contrôle par période de contrôle) que doit se déterminer si et dans quelle mesure existe un gain intermédiaire, donc aussi une augmentation de gains accessoires (Bulletin LACI IC, ch. C125 in initio ; Boris RUBIN, op. cit., n. 13 ad art. 24). Les assurés ne s'en trouvent d'ailleurs nullement lésés, car pour les mois pour lesquels leurs revenus accessoires sont moindres que leur montant mensuel moyen de référence, ils ne subissent aucune réduction de leurs indemnités journalières au titre de la prise en compte de gains intermédiaires.

c/dd. Il doit être admis que l'augmentation des gains accessoires est sensible dans la mesure où, par période de contrôle, elle dépasse le montant mensuel moyen pris pour référence. Cela doit d'autant plus être admis en l'espèce que l'intimé a retenu la solution favorable au recourant de calculer lesdits montants mensuels moyens sur la base de ses revenus accessoires des six derniers mois avant l'inscription au chômage, et non des douze derniers mois. Au demeurant, la part desdits gains accessoires qualifiée par l'intimée de gains intermédiaires dépasse de façon suffisamment substantielle lesdits montants mensuels moyens pour qu'il s'impose de la traiter de gains intermédiaires, qu'on en juge d'après le

total de ces gains intermédiaires pour la période d'indemnisation (CHF 26'054.25) – ainsi que le Tribunal fédéral paraît l'avoir admis dans l'arrêt 8C_600/2015 précité – ou période de contrôle par période de contrôle. d. Le grief principal soulevé par le recourant s'avère mal fondé. 6. a. Il en va de même du grief selon lequel, du fait d'un calcul appliqué à des revenus bruts, l'intimée réclamerait au recourant le remboursement des cotisations sociales qu'il n'a pas perçues dès lors qu'elles ont été prélevées sur ses revenus accessoires par ses employeurs. Tel n'est pas le cas. C'est pour déterminer la part du gain intermédiaire à prendre en compte que l'intimée a procédé – et devait procéder – à des comparaisons entre des revenus bruts, soit des revenus mensuels bruts retirés mois par mois de l'exercice des activités à la base accessoires durant le délai-cadre d'indemnisation et des revenus bruts moyens de référence ; elle a ensuite procédé à un nouveau décompte des indemnités journalières auxquelles le recourant aurait normalement eu droit, compte tenu de la part des gains accessoires à qualifier de gains intermédiaires. Ce n'est pas cette part-ci dont elle a demandé la restitution au recourant, mais la différence, calculée mois par mois, entre le montant des indemnités journalières lui ayant été versées et le montant de celles au versement desquelles il aurait eu droit, donc uniquement le trop-perçu. Cela ressort clairement du tableau annexé à la décision initiale de l'intimée, repris et développé sous le ch. 11 de l'état de fait du présent arrêt. b. Enfin, concernant le mois d'octobre 2014, soit la première période de contrôle, le recourant ne conteste pas qu'il n'avait eu droit, d'après le décompte du 30 octobre 2014, qu'à deux jours donnant droit à une indemnité journalière sur vingt-deux jours contrôlés, compte tenu d'un délai d'attente dans son cas de vingt jours (art. 18 al. 1 let. c LACI), à savoir au total à une indemnité de CHF 677.40 brut, soit, sous déduction des cotisations sociales, de CHF 398.45 net. Le délai d'attente général ne doit être observé qu'une fois par délai-cadre d'indemnisation ; il est compté non en temps, mais en valeur, c'est-à-dire en indemnités journalières (Bulletin LACI IC, ch. C109 phr. 1). En cas de gain intermédiaire, il s'amortit en valeur réelle, ce qui signifie qu'un jour d'attente correspond à une indemnité journalière et non uniquement à un jour de chômage contrôlé (ATF 114 V 194 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_631/2008 du 9 mars 2009 ; Bulletin LACI IC, ch. C109 ; Boris RUBIN, op. cit., n. 9 ad art. 18, n. 13 ad art. 24). C'était donc bien l'entier de la part des revenus accessoires réalisés par le recourant en octobre 2014 dépassant ses montants moyens mensuels de référence, après déduction de l'indemnité de vacances, qui devait être pris en compte pour déterminer son droit à une indemnité de chômage pour ledit mois, avec l'effet que le nombre de jours lui donnant droit à une indemnité journalière était en réalité de zéro. Cependant, contrairement à ce qu'a indiqué le recourant, ce n'est pas, pour octobre 2014, une somme de CHF 1'341.56, représentant le gain intermédiaire à prendre en considération pour ce mois, qui a été perçue indûment et dont l'intimée exige la restitution, mais le montant de CHF 398.45, qui a été versé au recourant pour ledit mois. Le calcul du trop-perçu pour octobre 2014 n'est pas affecté d'une erreur, que le recourant dénonçait en la déduisant au demeurant de la méthode de calcul erronée qu'il estimait devoir être appliquée pour déterminer si une part de ses revenus à la base accessoires devait être qualifiée de gains intermédiaires. 7. a. Les griefs soulevés par le recourant sont mal fondés. C'est bien un montant de CHF 16'978.05 que le recourant a perçu en trop, compte tenu de gains intermédiaires n'ayant pas été pris en considération faute d'avoir été annoncés, pour les périodes d'octobre et décembre 2014, de mars, mai, juillet, août, septembre, octobre et novembre 2015 et de janvier, mars, avril, juin et août 2016. b. Selon l'art. 25 LPGA, auquel renvoie l'art. 95 al. 1 LACI, les prestations indûment touchées doivent être restituées, à moins que l'intéressé fût de bonne foi et que la

restitution le mettrait dans une situation difficile. L'obligation de restituer suppose que soient réunies les conditions d'une reconsidération – à savoir que les décisions, formelles ou non, entrées en force sur la base desquelles les prestations ont été versées s'avèrent manifestement erronées et que leur rectification revête une importance notable (art. 53 al. 2 LPGA) – ou celles d'une révision procédurale – à savoir qu'à l'égard desdites décisions l'assureur découvre subséquemment des faits nouveaux importants ou trouve de nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient être produits auparavant (art. 53 al. 1 LPGA ; ATF 130 V 318 consid. 5.2 et les références citées ; arrêts du Tribunal fédéral 8C_600/2015 du 11 mai 2016 consid. 2.2 ; 8C_265/2014 du 27 août 2014 consid. 2 ; Ueli KIESER, ATSG-Kommentar, 3^{ème} éd., 2015, n. 3 ss ad art. 25 ; Ghislaine FRÉSARD-FELLAY, Procédure et contentieux, in Droit suisse de la sécurité sociale, vol. II, éd. par Ghislaine FRÉSARD-FELLAY / Bettina KAHIL-WOLFF / Stéphanie PERRENOUD, 2015, p. 537 ss). Or, il ne fait pas de doute que les conditions sont remplies tant d'une reconsidération que d'une révision procédurale des décisions en exécution desquelles les indemnités journalières ont été versées au recourant dans l'ignorance des gains intermédiaires à prendre en considération. Il est patent, en particulier, que l'intimée a découvert, à l'occasion d'une révision du dossier du recourant, des faits nouveaux importants, ayant une incidence certaine sur le montant des indemnités journalières en réalité dues au recourant. En tout état, la non-prise en considération de la part en question de gains accessoires du recourant valant gains intermédiaires rendait lesdites décisions manifestement erronées, et la rectification de ces dernières revêtait une importance notable. L'intimée était donc en droit – et même, en tant qu'il existait un motif de révision procédurale desdites décisions, était tenue – de réviser ces dernières, avec effet rétroactif (ATAS/513/2015 du 30 juin 2015 consid. 4b et jurisprudence citée). c. C'est dans un temps ultérieur, soit une fois qu'est entrée en force la décision portant sur la restitution des prestations indûment perçues, que se détermine si les conditions cumulatives de savoir si l'assuré était de bonne foi et si la restitution le mettrait dans une situation difficile sont remplies, en sorte que la restitution ne peut être exigée, à moins qu'il soit manifeste que ces conditions le sont (art. 3 al. 3 de l'ordonnance sur la partie générale du droit des assurances sociales du 11 septembre 2002 - OPGA - RS 830.11 ; ATF 1126 V 48 consid. 3c ; ATAS/513/2015 précité consid. 3 et jurisprudence citée). En l'espèce, il appert que la condition de la bonne foi n'était pour le moins pas manifestement remplie. Non seulement le recourant n'a jamais fait figurer ses gains à la base accessoires sur les formulaires mensuels IPA qu'il a remis mois après mois à l'intimée durant le délai-cadre d'indemnisation, mais encore, sur sa demande d'indemnité de chômage, il a répondu faussement « Non » à la question de savoir s'il obtenait encore un revenu d'une activité salariée ou indépendante. Selon l'art. 28 al. 2 LPGA, celui qui fait valoir son droit à des prestations doit fournir gratuitement tous les renseignements nécessaires pour établir ce droit et fixer les prestations dues. Le recourant avait l'obligation d'annoncer ses gains accessoires à l'intimée ; il n'était pas habilité à qualifier lui-même ces gains de purement accessoires, mais à l'intimée d'examiner s'ils devaient être considérés, totalement ou partiellement, comme des gains intermédiaires (arrêt du Tribunal fédéral 8C_265/2014 du 27 août 2014 consid. 3.3 et jurisprudence citée). C'est le lieu d'observer qu'à teneur de l'art. 30 al. 1 let. e LACI, le fait de donner des indications fausses ou incomplètes ou d'enfreindre, de quelque autre manière, l'obligation de fournir des renseignements spontanément ou sur demande et d'aviser représente un motif de suspension de l'indemnité de chômage. L'intimée ayant, du moins en l'état, renoncé à prononcer une telle sanction à

l'encontre du recourant, il n'y a pas lieu d'entrer en matière davantage sur ce sujet. 8. a. Mal fondé, le recours doit être rejeté. b. La procédure est gratuite, le recours lui-même ne pouvant être considéré comme une démarche effectuée de manière téméraire ou à la légère (art. 61 let. a LPGA). c. Vu l'issue donnée au recours, le recourant n'a pas droit à une indemnité de procédure (art. 61 let. g LPGA). * * * * * 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.