RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1033/2021 **ATAS/117/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 17 février 2022

5ème Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à PERLY recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHÔMAGE, sise rue de Montbrillant 40, GENÈVE intimée

Siégeant : Philippe KNUPFER, Président ; Toni KERELEZOV et Monique STOLLER FÜLLEMANN, Juges assesseurs

EN FAIT

A. **a.** Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en _____ 1971, auparavant pilote de ligne dans la compagnie d'aviation privée B_____ SA (ci-après : B_____), s'est inscrit auprès de l'office régional de placement (ci-après : l'ORP) en date du 26 mai 2016 et un délai-cadre lui a été ouvert du 1er juin 2016 au 31 mai 2018.

b. Chaque mois, l'assuré a rempli son formulaire « indications de la personne assurée » (ci-après : IPA) sur lequel il était indiqué que l'assuré avait l'obligation d'annoncer à la caisse tout travail effectué durant la durée d'indemnisation de chômage et que toute indication fausse ou incomplète pouvait entraîner un retrait des prestations et une plainte pénale, les prestations indûment touchées devant être remboursées.

c. Dans ses formulaires IPA des mois de juin à décembre 2016, l'assuré a indiqué qu'il avait travaillé chez un autre employeur, soit les CFF. Sous la rubrique, « Avez-vous exercé une activité indépendante », il avait coché la case non.

d. Dans ses formulaires IPA des mois de janvier à mars 2017, l'assuré n'a indiqué aucun gain intermédiaire, ni aucune activité indépendante. À partir du mois d'avril 2017, l'assuré a indiqué un gain intermédiaire mensuel chez un autre employeur, soit D_____.

e. L'extrait du compte individuel délivré par la caisse de compensation a permis d'établir que l'assuré avait perçu de la société C_____, à Meyrin, un montant global de CHF 4'690.- en 2016, de CHF 10'968.- en 2017, et de CHF 10'126.- en 2018. Ces salaires n'avaient jamais été portés à la connaissance de la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse ou l'intimée). Ils n'avaient pas fait l'objet d'une déclaration de l'assuré sur ses formulaires IPA pour les années 2016 à 2018.

B. **a.** Par décision du 20 janvier 2020, la caisse a demandé à l'assuré le remboursement d'un montant de CHF 5'644.30 net représentant la différence perçue indûment, en octobre 2016, en juin 2017, en juillet 2017, de septembre 2017 à décembre 2017 et en avril 2018. À la suite de la révision des cotisations AVS, la caisse avait adressé une demande de documents à C_____ et avait pu ainsi établir une moyenne de gain intermédiaire fixée à CHF 764.40 par mois, en se fondant sur les salaires des six mois précédent l'inscription de l'assuré à l'ORP. Dès lors, tous les montants qui dépassaient la limite mensuelle de gain intermédiaire de CHF 764.40 devaient être déduits des indemnités chômage déjà versées et remboursés par l'assuré.

b. Par courrier du 8 janvier (recte : février) 2020, l'assuré s'est opposé à la décision du 20 janvier 2020. Il ne niait pas les faits et admettait avoir effectivement omis de déclarer, comme gain intermédiaire, les revenus perçus de

C_____. Toutefois, il faisait valoir sa bonne foi et demandait à la caisse de tenir compte des difficultés auxquelles il avait été confronté pendant les années 2015 à 2018 en raison des changements dans sa vie professionnelle et familiale. Il expliquait avoir oublié de déclarer les revenus de C_____ en raison de ses recherches de sélection, puis de formation chez D_____.

c. Par décision sur opposition du 16 février 2021, la caisse a confirmé la précédente décision en reprenant la même motivation et a proposé à l'assuré un plan de remboursement mensuel.

C. **a.** Par acte posté le 19 mars 2021, l'assuré a recouru contre la décision sur opposition du 16 février 2021, alléguant avoir commis une « erreur de bonne foi » en omettant de déclarer les revenus de C_____, qu'il considérait comme étant de la formation continue à son métier de pilote et non pas une activité lucrative. Par la suite, alors qu'il était inscrit à l'ORP, il avait omis de cocher la case idoine dans les formulaires IPA, expliquant cette omission par un « biais de normalité » découlant du fait que durant les mois de juin, juillet et août [2017], il avait cessé de travailler pour C_____, car il se concentrait sur sa formation chez D_____, ce qui expliquait la raison pour laquelle il n'avait pas déclaré lesdits revenus. Une fois encore, il faisait valoir sa bonne foi, ajoutant que le fait d'avoir omis de déclarer ses revenus C_____ avant sa période de chômage avait eu pour conséquence d'augmenter son gain assuré et de déclencher une perte nette pour lui de CHF 9'030.18. Il concluait en demandant l'annulation de la décision de remboursement de CHF 5'644.30, du fait de sa bonne foi.

b. Par réponse du 11 mai 2021, la caisse a considéré que le recourant n'apportait aucun élément nouveau permettant de revoir la décision querellée. En effet, les gains perçus auprès de C_____ n'avaient été déclarés, ni lors de son inscription à l'ORP, ni pendant la durée de son indemnisation par la caisse, alors même que chaque formulaire IPA rappelait ladite obligation. La caisse soulignait que le recourant connaissait cette obligation, puisqu'il avait déclaré une activité auprès des CFF dans le premier formulaire IPA transmis à la caisse, en juin 2016, de même qu'il avait déclaré, au mois d'avril 2017, son gain intermédiaire réalisé auprès de D_____. La caisse rappelait également qu'à teneur du bulletin LACI IC C8, le gain accessoire n'était pas assuré. On entendait par accessoire tout gain que l'assuré aurait tiré d'une activité dépendante exercée en dehors de la durée normale de son travail ou qui sortait du cadre ordinaire d'une activité lucrative indépendante. Dès lors, l'activité auprès de B_____ était, sans conteste, l'activité principale, alors que celle effectuée auprès de C_____ était un gain accessoire, ce qui entraînait la conséquence que le montant du gain assuré du recourant ne devait pas être rectifié. Or, selon la lettre C9 du bulletin LACI, un gain accessoire ne devenait pas un gain intermédiaire pendant le chômage ; par contre, si l'assuré étendait son activité accessoire, le gain supplémentaire qu'il en retirait devait être considéré comme un gain intermédiaire. La caisse soulignait encore que le recourant avait admis qu'il devait restituer ces montants, lors d'un

entretien du 15 mars 2021, qui avait donné lieu à un courrier du 18 mars 2021, accordant à ce dernier la possibilité de rembourser sa dette par paiement d'acomptes mensuels de CHF 94.05. Enfin, la question de la bonne foi n'entrait pas en ligne de compte à ce stade de la procédure, mais pouvait être examinée dans le cadre de la procédure de remise.

c. Par réplique du 2 juin 2021, le recourant a exposé qu'il n'avait jamais été question pour lui de demander un remboursement concernant ses revenus de C_____ qui précédaient sa période de chômage. Il avait soulevé ce point uniquement afin de prouver sa bonne foi dans le cadre de son recours. S'agissant des remboursements par acomptes, il avait accepté d'y procéder mais sans renoncer à son droit de contester la décision de remboursement et persistait dans ses conclusions.

d. Par duplique du 30 juillet 2021, la caisse a maintenu ses conclusions, considérant que le recours devait être rejeté, tout en ajoutant que le recourant continuait à verser les remboursements mensuels.

e. Lors de l'audience de comparution personnelle du 3 février 2022, la représentante de la caisse a exposé que le recourant avait déjà remboursé CHF 940.50, soit l'équivalent de 10 mensualités, et restait devoir le montant de CHF 4'703.80. De son côté, le recourant a exposé à nouveau sa bonne foi et sa situation personnelle, insistant sur le fait qu'il ne s'était pas rendu compte de son devoir d'informer la caisse du gain intermédiaire perçu auprès de C_____ en expliquant les difficultés auxquelles il avait dû faire face, de par sa formation de mécanicien CFF, tout en se préparant pour la sélection des pilotes chez D_____, étant précisé que sur six cent candidats, tous plus jeunes que lui, seuls quatre pilotes étaient retenus, raison pour laquelle il avait énormément investi pour obtenir ce poste

f. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

g. Les autres faits seront repris - en tant que de besoin - dans la partie « en droit » du présent arrêt.

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 (loi sur l'assurance-chômage, LACI - RS 837.0).

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

2. Le 1er janvier 2021 est entrée en vigueur la modification du 21 juin 2019 de la LPGA. Dans la mesure où elle porte sur les prestations perçues à tort en 2017, soit sur une période antérieure à l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2021, des modifications des 22 mars, 20 décembre 2019 et 14 octobre 2020, la demande de restitution est soumise à l'ancien droit, en l'absence de dispositions transitoires prévoyant une application rétroactive du nouveau droit. Les dispositions légales seront donc citées ci-après dans leur teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2020.

3. Interjeté dans les formes et en temps utile, le recours est recevable (art. 60 LPGA).

4. Le litige porte sur le bien-fondé de la décision sur opposition du 16 février 2021, réclamant à l'assuré le remboursement d'un montant de CHF 5'644.30.

5. L'assuré a droit à l'indemnité de chômage notamment s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 8 al. 1 let. a et art. 10 LACI).

6.

6.1 Aux termes de l'art. 23 al. 3 LACI, un gain accessoire n'est pas assuré. 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. Selon la jurisprudence (ATF 126 V 207 consid. 1 ; ATF 125 V 475), 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.

6.2 Selon l'art. 24 LACI, est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle ; l'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain (al. 1 1ère et 2ème phr.). 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 ; les gains accessoires ne sont pas pris en considération (al. 3).

6.3 Selon l'art. 41 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), le gain assuré des personnes qui sont libérées des conditions relatives à la période de cotisation ou qui sont au terme d'une formation professionnelle initiale est fixé aux montants forfaitaires suivants :

a. 153 francs par jour pour les personnes titulaires d'un diplôme de formation du niveau tertiaire (haute école ou formation professionnelle supérieure ou équivalente) ;

b. 127 francs par jour pour les personnes titulaires d'un diplôme de formation du niveau secondaire II (formation professionnelle initiale) ;

c. 102 francs par jour pour toutes les autres personnes si elles ont plus de 20 ans et 40 francs par jour si elles ont moins de 20 ans.

6.4 Aux termes de l'art. 25 al. 1 phr. 1 LPGA, les prestations indûment touchées doivent être restituées. Selon la jurisprudence, cela implique que soient réunies les conditions d'une reconsidération (art. 53 al. 2 LPGA) ou d'une révision procédurale (art. 53 al. 1 LPGA) de la décision par laquelle les prestations ont été accordées (ATF 130 V 318 consid. 5.2).

6.5 À cet égard, la jurisprudence constante distingue la révision d'une décision entrée en force formelle, à laquelle l'administration est tenue de procéder lorsque sont découverts des faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuve susceptibles de conduire à une appréciation juridique différente (ATF 122 V 19 consid. 3a; ATF 122 V 134 consid. 2c ; ATF 122 V 169 V consid. 4a ; ATF 121 V 1 consid. 6), de la reconsidération d'une décision formellement passée en force de chose décidée sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée quant au fond, à laquelle l'administration peut procéder pour autant que la décision soit sans nul doute erronée et que sa rectification revête une importance notable (ATF 122 V 19 consid. 3a ; ATF 122 V 169 consid. 4a ; ATF 121 V 1 consid. 6). En ce qui concerne plus particulièrement la révision, l'obligation de restituer des prestations indûment touchées et son étendue dans le temps n'est pas liée à une violation de l'obligation de renseigner (ATF 122 V 134 consid. 2e). Il s'agit simplement de rétablir l'ordre légal après la découverte du fait nouveau (arrêt du Tribunal fédéral 8C_120/2008 du 4 septembre 2008 consid. 3.1).

6.6 Ces principes sont aussi applicables lorsque des prestations ont été accordées sans avoir fait l'objet d'une décision formelle et que leur versement, néanmoins, a acquis force de chose décidée (ATF 126 V 23 consid. 4b et la référence).

7.

7.1 Le droit de demander la restitution s'éteint un an après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation. Si la créance naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est déterminant (art. 25 al. 2 LPGA). Il s'agit de délais (relatif et absolu) de péremption, qui doivent être examinés d'office (ATF 133 V 579 consid. 4.1 ; 119 V 431 consid. 3a). Contrairement à la prescription, la péremption prévue à l'art. 25 al. 2 LPGA ne peut être ni suspendue ni interrompue et lorsque s'accomplit l'acte conservatoire que prescrit la loi, comme la prise d'une décision, le délai se trouve sauvegardé une fois pour toutes (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 271/04 du 21 mars 2006 consid. 2.5).

7.2 Le délai de péremption relatif d'une année commence à courir dès le moment où l'administration aurait dû connaître les faits fondant l'obligation de restituer, en faisant preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle

(ATF 122 V 270 consid. 5a). L'administration doit disposer de tous les éléments qui sont décisifs dans le cas concret et dont la connaissance fonde – quant à son principe et à son étendue – la créance en restitution à l'encontre de la personne tenue à restitution (ATF 111 V 14 consid. 3). Si l'administration dispose d'indices laissant supposer l'existence d'une créance en restitution, mais que les éléments disponibles ne suffisent pas encore à en établir le bien-fondé, elle doit procéder, dans un délai raisonnable, aux investigations nécessaires. À défaut, le début du délai de péremption doit être fixé au moment où elle aurait été en mesure de rendre une décision de restitution si elle avait fait preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle. Dans tous les cas, le délai de péremption commence à courir immédiatement s'il s'avère que les prestations en question étaient clairement indues (arrêts du Tribunal fédéral 8C_968/2012 du 18 novembre 2013 consid. 2.2 ; 9C_632/2012 du 10 janvier 2013 consid. 4.2 ; K 70/06 du 30 juillet 2007 consid. 5.1 et les références, in SVR 2008 KV n. 4 p. 11).

8. En l'espèce, il convient, en premier lieu, d'examiner si le droit de demander la restitution des indemnités chômage indûment perçues n'est pas périmé.

Les décomptes de salaire du recourant, transmis par C_____ à l'intimée, portent le tampon de réception avec la date du 19 décembre 2019. Ce fait nouveau, soit la découverte d'un salaire non annoncé par le recourant, justifiait, avec effet *ex tunc*, la révision des décisions d'octroi des prestations indues. L'intimée a réclamé à l'assuré le remboursement des indemnités chômage perçues indûment par décision du 20 janvier 2020 et a donc agi dans le délai relatif d'un an.

S'agissant du délai absolu de cinq ans, il commence à courir dès le versement des prestations dont la restitution est demandée (ATAS/754/2013 du 31 juillet 2013 consid. 14c/aa). Dans le cas présent, il est respecté, dès lors que le recourant a commencé à percevoir des indemnités chômage, suite à son inscription à l'ORP, le 1er juin 2016, soit moins de cinq ans avant la décision du 20 janvier 2020.

9. Le recourant ne nie pas n'avoir pas respecté son obligation de déclarer les gains perçus de C_____, ni la quotité du montant réclamé par la caisse, mais allègue qu'il n'a pas volontairement dissimulé ses gains et qu'il était de bonne foi, ignorant que les montants perçus à la suite de son activité chez C_____ remplissaient les conditions d'un gain intermédiaire et devaient donc être annoncés dans les formulaires IPA.

10. En l'occurrence, il est établi à teneur des décomptes de salaire de C_____ versés au dossier, que le recourant a perçu une rémunération provenant d'une activité salariée exercée pendant la période de contrôle.

Selon le Tribunal fédéral des assurances (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 149/02 du 27 janvier 2003), 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.

Or, la comparaison des salaires versés par C_____ avant et après l'inscription du recourant à l'ORP permet d'établir que ce dernier a étendu son activité accessoire chez C_____, pendant qu'il était indemnisé par la caisse. De ce fait, les revenus de sa précédente activité accessoire ont augmenté, remplissant les conditions d'un gain intermédiaire à teneur de l'art. 24 LACI précisé par le bulletin LACI IC C9.

11. Le recourant allègue également qu'il aurait pu augmenter le montant de son gain assuré (qui se serait élevé à CHF 14'676.48 selon ses calculs), s'il avait su, préalablement, que les montants perçus de son activité chez C_____ allaient être pris en compte.

Ce raisonnement est toutefois erroné, dès lors qu'à teneur de l'art. 23 al. 3 LACI, le gain accessoire n'entre pas en ligne de compte dans la fixation du gain assuré, étant précisé que selon le Tribunal fédéral « 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. Si plusieurs rapports de travail courent parallèlement, est réputée durée normale de travail l'horaire hebdomadaire de travail normal de l'activité principale. Cela vaut même si le gain accessoire est supérieur au gain retiré de l'activité principale (ATF 125 V 475) ».

Or, l'activité principale est bien celle qui était exercée chez B_____, celle de C_____ étant clairement une activité d'appoint, soit une activité accessoire n'entrant pas en ligne de compte dans le calcul du gain assuré.

12. L'audition du recourant a permis d'établir la complexité de la situation dans laquelle il se trouvait, essayant, d'une part, de se reconvertir dans une activité de mécanicien auprès des CFF tout en essayant, d'autre part, de maintenir le contact avec le monde de l'aviation par l'intermédiaire de ses activités chez C_____.

La chambre de céans n'écarte pas la possibilité que le recourant ait pu oublier, de bonne foi, de déclarer ses gains obtenus de C_____, ce d'autant plus qu'il ne pouvait ignorer qu'ils seraient découverts, dès lors qu'ils étaient soumis à cotisations sociales, donc connus de l'AVS et seraient portés, tôt ou tard, à la connaissance de la caisse.

Néanmoins, la question de la bonne foi et plus largement les raisons pour lesquelles les gains n'ont pas été déclarés à la caisse, n'ont pas d'incidence sur l'obligation de rembourser, dont la finalité est de rétablir l'ordre légal (arrêt du Tribunal fédéral 8C_120/2008 du 4 septembre 2008 consid. 3.1).

13. Compte tenu de ce qui précède, la décision de remboursement de l'intimée est bien fondée et la chambre de céans n'a d'autre choix que de rejeter le recours.

14. Les montants déjà remboursés par le recourant à la caisse, soit CHF 940.50 au 3 février 2022, sous réserve de nouveaux paiements intervenus depuis lors, devront être déduits du montant réclamé de CHF 5’644.30.

15. Comme elle l’a déjà fait lors de l’audience du 3 février 2022, la chambre de céans attire l’attention du recourant sur le fait qu’il peut demander la remise de l’obligation de restituer, qui est octroyée selon l’art. 25 al. 1 LPGA, si la restitution ne peut être exigée lorsque l’intéressé était de bonne foi et qu’elle le mettrait dans une situation difficile. Selon l’art. 4 de l'ordonnance sur la partie générale du droit des assurances sociales du 11 septembre 2002 (OPGA - RS 830.11), la demande de remise doit être présentée par écrit. Elle doit être motivée, accompagnée des pièces nécessaires et déposée au plus tard trente jours à compter de l’entrée en force de la décision de restitution (al. 4).

16. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. fbis LPGA en lien avec l’art. 1 al. 1 LACI).

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que les montants remboursés, dans l'intervalle, par le recourant à l'intimée, doivent être déduits du montant réclamé de CHF 5'644.30.
4. Dit que la procédure est gratuite.
5. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière	Le président
Véronique SERAIN	Philippe KNUPFER

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'au Secrétariat d'État à l'économie par le greffe le