

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1075/2011

ATAS/735/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 16 août 2011

1^{ère} Chambre

En la cause

Monsieur V_____, domicilié à Coligny, comparant avec
élection de domicile en l'Etude de Maître Antoine BOESCH

recourant

contre

CAISSE DE CHOMAGE UNIA, sise chemin Surinam 5, 1203 Genève

intimé

**Siégeant : Doris GALEAZZI-WANGELER, Présidente; Evelyne BOUCHAARA et
Christine TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur V_____, né en 1953, exerçant la profession de comptable, s'est inscrit à l'Office cantonal de l'emploi le 27 février 2009, de sorte qu'un délai cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur à compter de cette date, avec un gain mensuel assuré de 6'250 fr.
2. Par décision du 27 octobre 2010, le service juridique du Groupe des décisions en matière d'assurance-chômage de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après: le service juridique de l'OCE) a déclaré l'assuré apte au placement dès le 27 février 2009, à raison d'une disponibilité à l'emploi de 100 % dès le 27 février 2009 et de 80 % dès le 1^{er} avril 2009.

La question de l'aptitude au placement s'était en effet posée lorsque la CAISSE DE CHÔMAGE UNIA (ci-après: la Caisse) avait constaté que l'assuré était inscrit au Registre du commerce comme administrateur de la société X_____ SA depuis le 25 mars 2009, de la société Y_____ SA depuis le 24 avril 2009, de la société Z_____ SA depuis le 11 juin 2010 et en qualité de gérant avec signature individuelle de la société XA_____ Sàrl.

Le service juridique de l'OCE a ainsi considéré qu'il n'y avait pas lieu de remettre en doute les déclarations de l'assuré s'agissant de la faible, voire de l'absence d'activité, des sociétés XA_____ Sàrl et Z_____ SA, même si cela ne pouvait être vérifié au moyen des documents comptables et fiscaux pour 2010 et que, dès lors, il pouvait être déclaré apte au placement. Il a rappelé que les gains réalisés par l'assuré en tant qu'administrateur des sociétés X_____ SA, XA_____ SA et Z_____ SA et de gérant de la société XA_____ Sàrl devaient être pris en compte à titre de gains intermédiaires. Il a par ailleurs relevé que l'assuré avait failli à son obligation de renseigner et d'aviser en ne déclarant pas à la Caisse qu'il avait pris ces fonctions d'administrateur et de gérant, qu'il s'était inscrit auprès du Registre du commerce et qu'il avait obtenu une rémunération pour ces activités, étant constaté que sa conseillère en personnel n'avait pas confirmé qu'il lui avait fait part de sa situation. Il a dès lors invité la Caisse à rendre une décision de sanction au sens de l'art. 30 al.1 let. e LACI.

3. Par décision du 22 décembre 2010, la Caisse a prononcé, à l'encontre de l'assuré, une suspension de son droit à l'indemnité de chômage d'une durée de 45 jours à compter du 22 janvier 2010.
4. L'assuré, représenté par Me Alain De MITRI, a formé opposition le 1^{er} février 2011. Il conteste la durée de la suspension retenue, qu'il juge extrêmement sévère puisque, d'une part, il a dûment signalé ses fonctions d'administrateur à sa conseillère en personnel et que, d'autre part, les revenus réalisés sont de relativement peu d'importance.

5. Par décision du 3 février 2011, la Caisse a réclamé à l'assuré le remboursement de la somme de 20'931 fr. 20, représentant les indemnités versées à tort de mars 2009 à juin 2010, les décomptes y relatifs ne tenant pas compte des gains intermédiaires.
6. Par décision du 11 mars 2011, la Caisse a confirmé sa décision du 22 décembre 2010 et a rejeté l'opposition. Elle relève que ni la conseillère en personnel, ni la Caisse de chômage n'ont été informées des différentes activités exercées par l'assuré et cite, à cet égard, un extrait de la décision du service juridique de l'OCE du 27 octobre 2010 aux termes duquel "renseignements pris auprès de la conseillère en personnel de l'intéressé, cette dernière a indiqué que celui-ci lui avait parlé, au début de son chômage, du fait de trouver éventuellement un poste en tant qu'administrateur, qu'elle lui avait dit qu'il devait se renseigner à cet égard auprès de la caisse de chômage, qu'ensuite il ne lui avait plus rien dit à ce sujet et qu'il ne lui avait en tout cas jamais signalé qu'il était inscrit au Registre du commerce dans le cadre de diverses sociétés".
7. Le 14 mars 2011, l'assuré, par l'intermédiaire de Me Antoine BOESCH, a également formé opposition à la décision du 3 février 2011. Il conteste le montant de 20'931 fr. 20 dont la restitution lui est demandée, au motif qu'il n'a plus perçu aucun revenu de la société XB _____ SA depuis avril 2010 inclus et qu'il en a été de même pour la société Z _____ SA pour le mois de juin 2010, de sorte qu'un total de 2'833 fr. 40 doit être déduit des 20'931 fr. 20. Il demande par ailleurs la remise de l'obligation de rembourser, alléguant avoir agi de bonne foi et se trouver dans une situation financière difficile.
8. L'assuré a interjeté recours, le 14 avril 2011, contre la décision sur opposition du 11 mars 2011. Il maintient avoir informé sa conseillère de ses mandats d'administrateur. En revanche, il reconnaît n'avoir pas déclaré les revenus en découlant, soulignant, à cet égard, qu'ils étaient très modestes. Selon son mandataire, il pouvait raisonnablement partir de l'idée qu'un revenu modeste provenant d'une activité indépendante tout à fait accessoire à laquelle il ne consacrait que peu de temps en dehors des horaires de travail normaux n'aurait aucune influence sur ses indemnités de chômage et partant qu'il était inutile de déclarer ces revenus à l'OCE ou à la Caisse. Il conteste dès lors avoir commis une quelconque faute susceptible de motiver une suspension de son droit à l'indemnité de chômage.
9. Par arrêt incident du 5 mai 2011, la Cour de céans a déclaré la demande de rétablissement de l'effet suspensif, déposée par l'assurée, comme étant sans objet.
10. Au fond, la Caisse a versé au dossier une copie des formulaires "Indications de la personne assurée" - IPA, de février 2009 à mai 2010, sur lesquels l'assuré ne mentionne l'existence d'aucune activité lucrative. Elle conclut au rejet du recours.
11. Invité à se déterminer, l'assuré ne s'est pas manifesté.

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

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; RS E 2 05) en vigueur dès le 1^{er} janvier 2011, 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. Interjeté dans les forme et délai prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56ss LPGA).
3. L'objet du litige porte sur le bien-fondé de la suspension durant 45 jours du droit de l'assuré à l'indemnité de chômage.
4. Aux termes de l'art. 30 al. 1 LACI,

"Le droit de l'assuré à l'indemnité est suspendu lorsqu'il est établi que celui-ci:

- a. est sans travail par sa propre faute;
- b. a renoncé à faire valoir des prétentions de salaire ou d'indemnisation envers son dernier employeur, cela au détriment de l'assurance;
- c. ne fait pas tout ce qu'on peut raisonnablement exiger de lui pour trouver un travail convenable;
- d. n'observe pas les prescriptions de contrôle du chômage ou les instructions de l'autorité compétente, notamment refuse un travail convenable, ne se présente pas à une mesure de marché du travail ou l'interrompt sans motif valable, ou encore compromet ou empêche, par son comportement, le déroulement de la mesure ou la réalisation de son but;
- e. a donné des indications fausses ou incomplètes ou a enfreint, de quelque autre manière, l'obligation de fournir des renseignements spontanément ou sur demande et d'aviser, ou
- f. a obtenu ou tenté d'obtenir indûment l'indemnité de chômage;
- g. a touché des indemnités journalières durant la phase d'élaboration d'un projet (art. 71a al. 1) et n'entreprend pas, par sa propre faute, d'activité indépendante à l'issue de cette phase d'élaboration."

L'assuré enfreint son obligation d'aviser et de renseigner au sens de l'art. 30 al. 1 let. e LACI lorsqu'il répond de manière fausse ou incomplète aux questions figurant sur le formulaire à remettre à l'autorité compétente. Il y a aussi motif de suspension lorsqu'il ne fournit pas spontanément tous les renseignements importants pour déterminer son droit à l'indemnité ou calculer ses prestations (Circulaire du Secrétariat d'Etat à l'économie - SECO, relative à l'indemnité de chômage IC 2007, D37 et D38) (cf. également les art. 28, 29 et 31 LPGA).

Le devoir d'informer l'administration s'étend à tous les faits qui ont une importance pour le droit aux prestations. Peu importe au demeurant que les renseignements faux ou incomplets aient joué un rôle pour l'allocation des prestations (ATF 123 V 151 consid. 1b; DTA 1993 n° 3 p. 21 consid. 3b).

5. La Caisse soutient que l'assuré a violé l'art. 30 al. 1 let. e LACI en ne l'informant ni qu'il était devenu administrateur et gérant de sociétés, inscrit au Registre du commerce, ni des gains réalisés auprès de ces sociétés.

L'assuré quant à lui allègue avoir signalé ses fonctions d'administrateur à sa conseillère en personnel. Or, celle-ci a précisé qu'il lui avait certes parlé au début de son chômage de son souhait de prendre des fonctions d'administrateur, mais qu'il ne lui en avait plus reparlé par la suite, et ne lui avait en tout cas pas dit qu'il était inscrit au Registre du commerce.

Force est de constater que les déclarations de l'assuré, d'une part, et de la conseillère en personnel, d'autre part, divergent.

Le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b, 125 V 195 consid. 2 et les références). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5a).

La question de savoir si l'assuré a ou non annoncé à sa conseillère en personnel le fait qu'il était devenu actionnaire et gérant de différentes sociétés peut être laissée ouverte dans la mesure où le second reproche que lui adresse la Caisse est fondé comme on le verra ci-après.

6. Il n'est pas contesté que l'assuré n'a pas annoncé les gains réalisés auprès de ces différentes sociétés. Celui-ci allègue toutefois n'avoir pas fait la distinction entre

gain intermédiaire et gain accessoire et il explique que s'il n'a pas annoncé ces gains, c'est au motif qu'ils étaient accessoires et trop peu importants.

Selon l'art. 24 al. 1 et 3 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. Le taux d'indemnisation est déterminé selon l'art. 22. Le Conseil fédéral fixe le mode de calcul du gain retiré d'une activité indépendante (al. 1). 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. Un salaire conforme aux usages professionnels et locaux est pris en compte dès le début du gain intermédiaire, même si aucun revenu n'a été réalisé (arrêt du Tribunal fédéral du 19 octobre 2004 C 230/2003; circulaire du SECO, C 134).

Selon l'art. 23 al. 3 LACI, en revanche, 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.

L'horaire de travail peut être variable dans beaucoup d'activités. La notion d'accessoire du gain doit être comprise par rapport à celui provenant d'une activité principale. Comme tel il n'entre pas dans le calcul des indemnités de chômage, ce gain ne peut demeurer que dans un rapport de proportion faible avec le revenu de l'activité principale. A défaut de quoi, si ce gain venait régulièrement à se rapprocher ou dépasser le gain principal, l'activité ne pourrait plus être accessoire et le gain ne le serait pas davantage (ATF 123 V 233 consid. 3c ; ATF du 19 octobre 2004, C 230/2003).

Il convient à cet égard de rappeler qu'il n'appartient pas aux assurés de décider quelles sont les informations pertinentes dont ils doivent informer la caisse de chômage au sens de l'art. 30 al. 1 let. e LACI. Peu importe qu'en réalité, les faits jouent effectivement un rôle dans le calcul des prestations (ATF 123 V 151).

L'assuré ne pouvait manquer de comprendre que les gains réalisés auprès des différentes sociétés dont il était administrateur ou gérant étaient susceptibles d'influencer son droit aux prestations. Dans le doute, il lui incombait à tout le moins de s'informer auprès de la Caisse.

Enfin, on ne saurait sérieusement soutenir que le montant des gains intermédiaires était si faible qu'il ne valait pas la peine d'être annoncé, alors qu'ils s'élèvent à un total de 31'405 fr. 35, soit 833 fr. 35 pour mars 2009, 1'666 fr. 70 par mois d'avril à décembre 2009, 2'500 fr. 05 par mois de janvier à mai 2010, et 3'071 fr. 45 pour juin 2010. Il n'est pas vraisemblable que l'assuré ait cru, de bonne foi, que l'importance de ces montants serait sans influence sur son droit à des indemnités de l'assurance-chômage et qu'il n'était pas tenu de les déclarer.

C'est donc à juste titre qu'une faute a été reconnue. Reste à en déterminer la gravité, ce qui dépend en particulier du point de savoir si l'assuré a délibérément violé son devoir de renseigner la Caisse, dans l'espoir de percevoir des prestations supérieures à celles qu'il pouvait prétendre, ou s'il n'a commis qu'une simple négligence.

Il résulte des formulaires IPA remplis par l'assuré de mars 2009 à juin 2010 qu'il a répondu par la négative aux questions expressément posées de : "avez-vous travaillé chez un ou plusieurs employeur(s) ?", et "avez-vous exercé une activité indépendante ?". Le formulaire IPA de février 2009 est le seul dans lequel il a indiqué avoir travaillé pour XC_____ SA du 2 au 21 février 2009. Il a ainsi intentionnellement violé son obligation de renseignements en mentionnant expressément qu'il n'exerçait aucune activité lucrative, ni salariée, ni indépendante. La faute commise intentionnellement par l'assuré doit en conséquence être qualifiée de grave.

7. L'assuré soutient que la sanction de 45 jours est excessivement sévère.

Selon l'art. 30 al. 3 LACI, la durée de la suspension est proportionnelle à la gravité de la faute. Ainsi, en cas de faute légère, la durée de la suspension est de un à quinze jours (a), de seize à trente jours en cas de faute de gravité moyenne (b) et de trente-et-un à soixante jours en cas de faute grave (d) (art. 45 al. 2 OACI).

Le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) n'a pas établi de barème particulier quant à la sanction à infliger lorsqu'il y a infraction à l'obligation d'informer et d'aviser. Il a en effet laissé à l'administration le pouvoir d'apprécier quelle devait être la durée de la suspension à prendre en considération selon la faute et le cas particulier (Circ. SECO D72). Constitue toutefois un abus du pouvoir d'appréciation la pratique administrative selon laquelle le droit aux prestations de l'assuré qui a donné de fausses indications au sujet de ses recherches personnelles de travail, est suspendu, en règle générale, pour la durée la plus longue prévue en cas de faute grave. A cet égard, on rappellera aussi que la durée de la suspension doit être proportionnelle à la gravité de la faute et non à l'importance du dommage causé à l'assurance-chômage (Jacqueline Chopard, *Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung*, thèse Zurich, 1998, p. 44; art. 30 alinéa 3 3ème phrase LACI). (ATF C 21/05).

La durée de la suspension fixée à 45 jours par la Caisse n'apparaît pas, en l'occurrence, disproportionnée à la faute commise (pour comparaison: ATF 123 V 150; arrêt non publiés S. du 14 avril 2005, C 90/02; arrêt non publié G. du 30 novembre 1999, C 183/99). Elle ne constitue du reste pas la durée la plus longue prévue en cas de faute grave. La Cour de céans considère ainsi, au vu de ce qui précède, que l'appréciation de la Caisse n'est pas critiquable et respecte au demeurant le principe de la proportionnalité.

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. 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

La présidente

Nathalie LOCHER

Doris GALEAZZI-
WANGELER

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