RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3000/2020 **ATAS/24/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 13 janvier 2021

4ème Chambre

En la cause

Madame A_____, domiciliée à GENÈVE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Lauris LOAT	recourante

contre

UNIA CAISSE DE CHÔMAGE, sise rue Necker 17, GENÈVE, p.a. CDC-Centre de compétence romand, LAUSANNE	intimée

Siégeant : Catherine TAPPONNIER, Présidente; Antonio Massimo DI TULLIO et Larissa ROBINSON-MOSER, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Madame A_____ (ci-après : l'assurée ou la recourante) a travaillé à compter du 1er juin 2016 en qualité de graphiste à 80 % auprès d'une société sise à Genève. Elle percevait à ce titre un salaire mensuel brut de CHF 4'640.-, versé douze fois l'an.

   Son contrat de travail a été résilié par l'employeur le 30 septembre 2019, avec effet au 30 novembre 2019, au motif d'une redirection de l'agence.

2. Depuis le 21 avril 2016, l'assurée est également inscrite au registre du commerce en tant que titulaire de l'entreprise individuelle « B_____ », active dans le graphisme.

3. Le 26 novembre 2019, l'assurée s'est inscrite auprès d'Unia caisse de chômage (ci-après : Unia ou l'intimée) et a requis le versement d'indemnités de chômage à partir du 1er décembre 2019, pour un taux d'activité recherché de 100 %.

   Elle a précisé dans le formulaire de demande qu'elle obtenait encore un revenu d'une activité indépendante de graphiste, exercée depuis 2016, au pourcentage d'environ 5 % par semaine.

4. Sur demande d'Unia, l'assurée a transmis à cette dernière un bilan au 31 décembre 2018 de son activité indépendante.

   À teneur du compte de pertes et profits y figurant, son chiffre d'affaires s'était élevé à CHF 8'170.- durant l'année 2017 et à CHF 7'575.- durant l'année 2018, et le bénéfice de l'exercice à CHF 1'407.- en 2017 et à CHF 1'374.- en 2018 (les frais de fonctionnement, à savoir un loyer de bureau, le téléphone, le matériel de bureau et les frais de publicité, étaient de CHF 5'579.- en 2018 et de CHF 6'563.- en 2017).

5. Par courrier du 21 janvier 2020, Unia a soumis le cas de l'assurée pour décision auprès de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE), demandant à ce dernier de se prononcer sur l'aptitude au placement de l'assurée à compter du 1er décembre 2019.

   En sus de son activité salariée à hauteur de 80 % du 1er juin 2016 au 30 novembre 2019, l'assurée justifiait d'une activité en tant que graphiste indépendante depuis 2016, avec un taux d'occupation variant de 5 à 20 %. Aucune indication ne laissait transparaître un arrêt de cette activité.

6. Par décision du 27 février 2020, l'OCE a déclaré l'assurée apte au placement à raison d'une disponibilité d'emploi de 100 % dès le 1er décembre 2019.

   Sur demande, l'assurée avait précisé être disponible pour un emploi salarié en qualité de graphiste, infographiste ou encadrante socioprofessionnelle à 80 %, en continuant son activité de free-lance, ou à 100 %, en stoppant ladite activité. Elle avait également indiqué que son activité indépendante consistait à faire du graphisme, de manière ponctuelle et temporaire, depuis son domicile.

   En 2016, l'assurée avait engagé un capital de CHF 1'782.- pour l'achat de matériel (ordinateur, imprimante, logiciel, etc.). Elle n'avait pas conclu de contrat de bail, de

contrats d'abonnements ou d'assurances professionnelles pour l'exercice de son activité indépendante.

Elle était uniquement à la recherche d'un emploi fixe, ne souhaitant pas développer son activité indépendante, et elle n'aurait aucun problème à renoncer à ladite activité si on lui proposait un emploi salarié à 100 %. Elle justifiait sa disponibilité à plein temps pour une activité salariée parallèlement à son activité indépendante par le fait que cette activité s'était créée car son ancien employeur n'avait pas pu l'engager à 100 %.

Depuis son inscription à l'OCE, l'assurée avait décroché un mandat facturé CHF 200.- pour le mois de janvier 2020 et avait fait un devis en attente de validation de CHF 600.-, dont la réalisation était prévue au mois de février ou mars 2020.

Il y avait donc lieu d'admettre que l'assurée était disposée à renoncer à son activité indépendante pour se mettre à la disposition d'un employeur potentiel et qu'elle était en mesure de le faire dès lors qu'aucun engagement important n'y faisait obstacle et qu'elle conservait une disponibilité suffisante pour se mettre au service d'un employeur.

Il ressortait enfin des éléments au dossier que l'assurée avait activement recherché un emploi salarié à satisfaction de l'office régional de placement (ci-après : ORP), que certaines postulations avaient donné lieu à des entretiens et qu'elle n'avait fait l'objet d'aucune suspension de son droit à l'indemnité de chômage.

Au vu de tous ces éléments, il y avait lieu d'admettre que l'assurée était apte au placement à raison d'une disponibilité à l'emploi de 100 % à compter du 1er décembre 2019. L'attention de l'assurée était expressément attirée sur son obligation de renseigner les organes de l'assurance-chômage de tout développement de son activité indépendante, ainsi que de tout revenu provenant de celle-ci.

7. Le 3 mars 2020, l'assurée a rempli le formulaire « attestation de gain intermédiaire », indiquant avoir perçu des revenus de CHF 200.- durant le mois de janvier 2020 et de CHF 500.- durant le mois de février 2020, dans le cadre de son activité indépendante. Elle précisait avoir envoyé une copie des factures correspondantes avec les formulaires « indications de la personne assurée » des mois de janvier et février 2020.

8. Par courrier du 24 mars 2020, Unia a confirmé à l'assurée qu'elle avait droit à l'indemnité de chômage à compter du 1er décembre 2019, et fixé son gain assuré à CHF 4'640.- par mois. L'indemnité journalière s'élevait à un montant brut de CHF 149.70, et l'indemnité mensuelle moyenne à CHF 3'255.-.

9. Par courriel du 27 avril 2020, Unia a demandé au service juridique de l'OCE s'il convenait de considérer les revenus retirés de l'activité indépendante de l'assurée comme un gain intermédiaire durant le délai-cadre d'indemnisation, ou s'il suffisait que la caisse se limite à vérifier chaque mois que l'activité indépendante ne dépasse

pas 20 % (activité de faible ampleur sans incidence sur son indemnisation). Elle précisait que l'assurée avait exercé une activité salariée à 80 % et en parallèle une activité indépendante dont le taux d'occupation variait entre 5 à 20 %, qu'elle prétendait à des indemnités de chômage à 100 %, et que le gain assuré était identique avec un taux de placement à 80 ou à 100 %.

10. Par courriel du 28 avril 2020, une juriste de l'OCE a répondu que les revenus retirés de l'activité indépendante constituaient un gain intermédiaire durant le délai-cadre d'indemnisation, l'assurée ayant clairement indiqué qu'elle y renoncerait pour la prise d'un emploi à 100 %, ce qu'elle pouvait aisément faire vu les faibles engagements pris.

11. Les 26 avril 2020 et 20 mai 2020, l'assurée a informé Unia avoir perçu des revenus de son activité indépendante de CHF 550.- et CHF 200.- durant le mois d'avril 2020, et de CHF 700.- durant le mois de mai 2020.

12. Dans les décomptes d'indemnités journalières d'avril et mai 2020, Unia a pris en considération des gains intermédiaires bruts de CHF 600.- en avril et de CHF 560.- en mai.

13. Le 8 juin 2020, l'assurée s'est opposée aux décomptes d'indemnités journalières des mois d'avril et mai 2020, concluant à ce qu'aucun gain intermédiaire ne soit comptabilisé durant ces périodes.

    Elle était inscrite à l'OCE depuis le 1er décembre 2019 à 80 %. Elle exerçait une activité en qualité d'indépendante à 20 % depuis le 1er mai 2016. Unia avait soumis son dossier au service juridique de l'OCE pour déterminer son aptitude au placement. Dans sa décision du 27 février 2020, l'OCE avait estimé que son activité indépendante ne devait pas être considérée comme un gain intermédiaire mais comme un gain accessoire. Un gain accessoire n'étant pas assuré, il ne devait pas être considéré comme un gain intermédiaire.

    Dans les décomptes litigieux, ses gains avaient été comptabilisés comme du gain intermédiaire, alors que son activité indépendante n'avait pas augmenté.

14. Par décision du 17 juin 2020, Unia a décidé de prendre en compte comme gain intermédiaire les revenus perçus par l'assurée dans le cadre de son activité indépendante et de les déduire de son indemnisation chômage.

    Elle se fondait sur la décision de l'OCE du 27 février 2020 et les informations complémentaires transmises par le service juridique de ce dernier le 28 avril 2020.

    Unia précisait que son choix de ne pas effectuer de corrections rétroactives depuis le début du délai-cadre d'indemnisation était encouragé par les directives du Secrétariat d'État à l'économie (ci-après : le SECO), lesquelles indiquaient que la caisse pouvait renoncer à demander restitution des indemnités versées à tort, à condition qu'il s'agisse de montants débiteurs inférieurs à CHF 800.-, produits d'une erreur de la caisse et en présumant la bonne foi de l'assuré.

15. Le 23 juin 2020, l'assurée a informé Unia de ce qu'elle avait perçu un montant de CHF 445.- de son activité indépendante durant le mois de juin 2020.

16. Dans le décompte d'indemnités journalières du mois de juin 2020, Unia a pris en considération un gain intermédiaire brut de CHF 356.-.

17. Le 11 juillet 2020, l'assurée a formé opposition à l'encontre de la décision d'Unia du 17 juin 2020. Elle soutenait que les revenus de son activité indépendante devaient être considérés comme des gains accessoires, lesquels n'étaient pas assurés selon la loi et ne devaient donc pas être déduits de son gain assuré.

    Selon les directives applicables (Bulletin LACI sur l'indemnité de chômage, ch. C9, p. 183), un gain accessoire ne devenait pas un gain intermédiaire durant le chômage. Par contre, si l'assuré étendait son activité accessoire, le gain supplémentaire tiré devait être considéré comme un gain intermédiaire.

    Le gain tiré de son activité indépendante n'ayant pas augmenté depuis son inscription au chômage, il devait être considéré comme un gain accessoire.

    Par ailleurs, il ressortait des décomptes des mois de décembre 2019 à mai 2020 qu'Unia avait tenu compte de son gain assuré uniquement à hauteur de son dernier salaire de CHF 4'640.-, qui se rapportait à une activité salariée exercée à 80 %. Ce faisant, la caisse avait considéré que son revenu assuré était de ce montant, et elle n'avait donc pas pris en considération son revenu d'indépendante, lequel devait être qualifié de revenu accessoire au sens de l'art. 23 al. 3 de 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).

    Pour que son revenu d'indépendante soit qualifié de gain intermédiaire, Unia aurait dû retenir un gain assuré supérieur à CHF 4'640.-, en y rajoutant son revenu d'indépendante. En n'agissant pas de la sorte, Unia avait considéré que son revenu assuré était de CHF 4'640.- et que son activité indépendante était une activité accessoire, qui n'était pas sujette à déduction au titre de gain intermédiaire.

18. Les 21 juillet et 24 août 2020, l'assurée a informé Unia de ce qu'elle avait perçu de son activité indépendante un revenu de CHF 620.30 et juillet et de CHF 500.- en août.

19. Dans les décomptes d'indemnités journalières des mois de juillet et août 2020, Unia a pris en considération des gains intermédiaires bruts de respectivement CHF 496.25 et CHF 400.-.

20. Par décision sur opposition du 28 août 2020, Unia a rejeté l'opposition de l'assurée et confirmé sa décision du 17 juin 2020.

    Unia relevait tout d'abord qu'elle avait correctement déterminé le gain assuré de CHF 4'640.-, en se fondant sur le salaire obtenu par l'assurée au titre de son activité salariée à 80 % durant les six et douze derniers mois avant son inscription au

chômage. En effet, les revenus réalisés en tant qu'indépendante n'étaient pas soumis aux cotisations à l'assurance-chômage et n'étaient dès lors pas assurés.

S'agissant de son aptitude au placement, il ressortait de la décision de l'OCE du 27 février 2020 qu'avant son inscription au chômage, l'assurée travaillait du mardi au vendredi et qu'elle exerçait son activité indépendante le lundi (temps de travail variable en fonction des mandats) ; et qu'elle avait déclaré être disponible pour un emploi salarié à 80 % en continuant son activité indépendante en parallèle ou pour un emploi à 100 % en stoppant ladite activité. Partant, l'OCE n'avait pas qualifié son activité indépendante de durable en la déclarant apte au placement à 100 % et en considérant qu'elle allait renoncer à son activité indépendante dès qu'elle trouverait un emploi à 100 %.

Par ailleurs, un revenu tiré d'une activité indépendante exercée durant une période de contrôle était également réputé gain intermédiaire. Toutefois, seule une activité indépendante exercée provisoirement et nécessitant peu d'investissement pouvait être prise en compte à ce titre. En l'espèce, en reconnaissant l'assurée apte au placement à 100 %, l'OCE avait attiré son attention sur le fait qu'elle devait renseigner les organes de l'assurance-chômage de tout développement de son activité indépendante ainsi que de tout revenu provenant de celle-ci. Partant, et conformément à l'art. 24 al. 1 LACI, son activité indépendante devait être prise en compte en tant que gain intermédiaire, bien que ces revenus n'entraient pas dans le calcul du gain assuré.

Enfin, les revenus retirés de l'activité indépendante exercée par l'assurée ne pouvaient être qualifiés de gains accessoires. En effet, tout gain que l'assuré retirait d'une activité dépendante exercée en dehors de la durée normale de son travail ou d'une activité qui sortait du cadre ordinaire d'une activité lucrative indépendante était réputé gain accessoire. En l'espèce, l'activité indépendante de l'assurée, exercée les lundis à un taux de 5 à 20 %, constituait une deuxième activité à temps partiel, le temps de travail des deux activités (activité salariée à 80 % et indépendante à maximum 20 %) ne dépassant pas la durée normale de travail.

21. Par acte du 24 septembre 2020, l'assurée, représentée par son conseil, a formé recours à l'encontre de la décision sur opposition précitée auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : la chambre des assurances sociales), concluant préalablement à l'octroi de l'assistance juridique, et principalement à la réformation de la décision querellée en ce sens que le revenu issu de son activité indépendante soit considéré comme un revenu accessoire.

Elle invoquait une violation des art. 23 al. 3 et 24 al. 3 LACI. À teneur de la doctrine, un revenu accessoire était une autre source principale de revenu qui existait en parallèle durant le délai-cadre d'indemnisation et qui perdurait après l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation consécutive à la perte de l'activité principale. Un gain accessoire ne devait pas être considéré comme un gain intermédiaire lorsque cette activité avait déjà débuté avant la survenance du

chômage et qu'elle perdurait postérieurement à la perte de l'activité principale. Des gains accessoires réalisés durant le délai-cadre de cotisation ne devenaient des gains intermédiaires durant le délai-cadre d'indemnisation que s'ils augmentaient sensiblement après la perte de l'activité principale.

En l'espèce, la recourante exerçait son activité indépendante depuis 2016, soit bien avant son inscription au chômage. Il ne s'agissait aucunement d'une réaction à la perte de son activité principale. Il s'agissait d'une activité durable. Le seul fait qu'elle fût prête à abandonner cette activité dans l'éventualité où elle trouverait un emploi fixe à plein temps ne permettait pas de considérer cette activité comme une activité indépendante provisoire et de qualifier les revenus qu'elle en tirait de gains intermédiaires.

Elle se référait également aux directives concernant l'imposition à la source, lesquelles considéraient comme activité accessoire une activité lucrative ne dépassant pas 15 heures par semaine et dont le revenu mensuel brut était inférieur à CHF 2'000.-. Quand bien même elle n'était pas imposée à la source, il convenait de tenir compte de cette règle pour déterminer si son activité indépendante était accessoire ou non.

22. Par décision du 13 octobre 2020, la recourante a été mise au bénéfice de l'assistance juridique.

23. L'intimée a répondu au recours le 21 octobre 2020, concluant à son rejet et à la confirmation de la décision sur opposition entreprise.

Elle était tenue d'appliquer la décision de l'OCE du 27 février 2020, laquelle avait déterminé que l'activité indépendante exercée par la recourante n'était pas durable. Elle était donc tenue d'indemniser la recourante sur la base d'un taux d'aptitude de 100 %, qui incluait le temps de travail consacré à l'activité indépendante, et de prendre en compte à titre de gain intermédiaire tout revenu retiré d'une activité salariée ou indépendante, conformément à l'art. 24 al. 1 LACI.

Les directives concernant l'impôt à la source n'étaient d'aucune aide à la recourante. L'art. 23 al. 3 LACI définissait le gain accessoire comme étant tout gain que l'assuré retirait d'une activité dépendante exercée en dehors de la durée normale de son travail ou d'une activité qui sortait du cadre ordinaire d'une activité lucrative indépendante. En l'espèce, la recourante travaillait quatre jours par semaine en qualité de salariée et consacrait un jour par semaine à son activité indépendante. Celle-ci n'étant pas exercée en-dehors de la durée normale de travail à plein temps, il ne s'agissait pas d'une activité accessoire au sens de la LACI.

24. La recourante a répliqué le 28 octobre 2020, persistant dans ses conclusions.

Contrairement à ce que soutenait l'intimée, la décision de l'OCE du 27 février 2020 ne mentionnait aucunement que son revenu d'indépendante devait être qualifié de gain intermédiaire. En effet, en le considérant comme un gain accessoire, il ne devait pas être imputé sur son revenu du chômage. La recourante était d'ailleurs

indemnisée à hauteur de 70 % de son dernier revenu, qui était basé sur un taux de travail de 80 %. Elle ne percevait ainsi pas des indemnités de chômage à 70 % d'un salaire de 100 %, et il n'y avait ainsi aucunement lieu de déduire de son revenu du chômage les revenus découlant de son activité indépendante, qui était une activité accessoire.

La décision du 27 février 2020 mentionnait que le taux auquel la recourante travaillait en tant qu'indépendante était de 5 à 20 %. Au regard de la variabilité du taux de son activité indépendante, il devait être retenu que la durée normale de travail correspondait à celle de son dernier emploi en qualité de salariée, soit un 80 %. L'activité indépendante était durable car elle l'avait commencée de nombreuses années auparavant, mais elle était d'une nature si variable qu'elle ne pouvait pas entrer dans la durée normale de travail. La durée normale de son travail étant pour elle de 80 %, son activité indépendante était exercée en-dehors de la durée normale du travail et les revenus qu'elle en tirait devaient être qualifiés de gains accessoires et non de gains intermédiaires.

25. Sur quoi, 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 - E 2 05), la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) relatives à la LACI.

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

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

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

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

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

   b. Les chômeurs qui envisagent d'exercer ou exercent une activité indépendante ont une disponibilité qui, suivant les cas, peut être trop restreinte pour être compatible avec l'exigence de l'aptitude au placement. L'indisponibilité peut résulter de l'importance des préparatifs, de l'ampleur de l'activité indépendante, des horaires où celle-ci est exercée, de la durée des engagements pris, ou de la volonté, de la part de l'assuré, de privilégier son activité indépendante au détriment d'un emploi salarié (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 40 ad art. 15 p. 158).

   Lorsque l'assuré exerce une activité indépendante temporaire durant les heures habituelles de travail (à temps partiel ou à plein temps), il n'est considéré comme apte au placement que s'il est disposé et en mesure de mettre rapidement un terme à cette activité en cas de possibilité d'embauche (DTA 2009 p. 342). Un assuré qui exerce une activité indépendante n'est pas d'entrée de cause inapte au placement. Le degré d'engagement dans l'activité indépendante est à cet égard déterminant. Seules des activités indépendantes dont l'exercice n'exige ni investissement particulier, ni structure administrative lourde et ni engagements ou relations juridiques de longue durée peuvent être compatibles avec la condition de l'aptitude au placement (arrêts du Tribunal fédéral 8C_342/2010 du 13 avril 2011 consid. 3.3 ; 8C_435/2010 du 25 janvier 2011 consid. 2.2 ; 8C_721/2009 du 27 avril 2010 consid. 3 ; Boris RUBIN, op. cit., no. 46 ad art. 15 p. 159). Les revenus réalisés par un assuré qui demeure apte au placement malgré l'exercice d'une activité indépendante susceptible d'être rapidement abandonnée doivent être pris en compte à titre de gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI (ATF 126 V 212 consid. 3a p. 214 ; Boris RUBIN, op. cit., no. 47 ad art. 15 p. 160).

   Le bulletin LACI édité par le SECO précise que seules des activités indépendantes à caractère transitoire, temporaires et ne nécessitant que peu d'investissement entrent en ligne de compte comme gain intermédiaire. L'assuré qui exerce une telle activité doit poursuivre intensivement ses recherches en vue de trouver une activité salariée. L'activité indépendante doit avoir été prise en réaction au chômage et dans le seul but de diminuer le dommage (bulletin LACI IC, ch. B 235).

   Le mode d'indemnisation est cependant différent en cas d'activité indépendante durable. L'assuré qui exerce une activité indépendante durable pendant son

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

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

7. a. Est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l’AVS qui est obtenu normalement au cours d’un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence, y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement, dans la mesure où elles ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l’exécution du travail (art. 23 al. 1 phr. 1 LACI). Le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation qui précèdent le délai-cadre d’indemnisation (art. 37 al. 1 de l’ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (ordonnance sur l’assurance-chômage, OACI - RS 837.02). Il est déterminé sur la base du salaire moyen des douze derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d’indemnisation si ce salaire est plus élevé que le salaire moyen visé à l’al. 1 (art. 37 al. 2 OACI).

   b. Est réputé gain intermédiaire tout gain que le chômeur retire d’une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle (art. 24 al. 1 phr. 1 LACI), étant précisé que ce gain doit être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux (art. 24 al. 3 phr. 1 *in fine* LACI) mais qu’en sont exclus notamment les gains accessoires (art. 24 al. 3 phr. 2 LACI), qui ne sont pas assurés (art. 23 al. 3 phr. 1 LACI). L’assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain (art. 24 al. 1 phr. 2 LACI), soit de la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire (art. 24 al. 3 phr. 1 *in initio* LACI).

   Les notions de gain assuré (art. 23 LACI), de gain intermédiaire (art. 24 LACI) sont distinctes l'une de l'autre, mais étroitement liées. En effet, le gain réalisé par le chômeur durant une période de contrôle (art. 24 al. 1 LACI) réduit le manque à gagner résultant du chômage (art. 11 al. 1 LACI), de sorte que l'assurance-chômage

n'indemnise que la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire (art. 24 al. 2 et 3 LACI) ; effectuer une telle comparaison nécessite d'en définir les termes selon des critères analogues (dans ce sens, ATF 121 V 360 consid. 6a).

c. Est réputé accessoire tout gain que l'assuré retire d'une activité dépendante exercée en dehors de la durée normale de son travail ou d'une activité qui sort du cadre ordinaire d'une activité lucrative indépendante (art. 23 al. 3 phr. 2 LACI). Un gain accessoire n'est pas assuré (art. 23 al. 3 phr. 1 LACI).

La non-prise en considération des gains accessoires s'inscrit dans la logique que le gain assuré corresponde au salaire obtenu « normalement » durant le délai-cadre de cotisation (art. 23 al. 1 phr. 1 LACI). L'assurance-chômage ne doit garantir qu'une compensation appropriée de la perte de revenu causée par le chômage (art. 114 al. 2 let. a de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 - Cst. - RS 101) ; aussi certains types de suppléments ne sont-ils pas constitutifs du gain assuré, comme des suppléments de salaire pour des heures de travail supplémentaires ou des indemnités de vacances et pour jours fériés de travailleurs payés à l'heure (Boris RUBIN, op. cit., n. 2 et 11 ad art. 23), de même que, précisément, les gains accessoires. Le gain assuré comprend donc exclusivement le revenu tiré de l'activité salariée normale, et ce même si les gains procurés par une activité accessoire sont proportionnellement plus élevés que celui-ci (ATF 129 V 105 consid. 3.2 p. 108 ; ATF 125 V 475). Le fait qu'une activité soit de faible ampleur durant le délai-cadre de cotisation ne suffit pas à en faire une activité accessoire. Il faut encore qu'il y ait en parallèle une activité principale exercée dans le cadre d'un contrat de travail (DTA 2008 p. 154, Boris RUBIN, op. cit., 2014, n. 9 ad art. 23, p. 248).

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

Par contre, si, pendant le délai de congé ou sachant qu'il sera licencié dans un proche avenir, un assuré prend une activité lui procurant un gain accessoire, ce gain sera intégralement pris en compte comme gain intermédiaire lorsque l'assuré entrera au chômage (Bulletin LACI IC, ch. C11).

En résumé – comme l'indique Boris RUBIN (op. cit., n. 39 ad art. 24, p. 272) –, pour qu'un gain accessoire n'ait pas à être pris en considération à titre de gain intermédiaire, il doit s'agir d'un gain tiré d'une activité accessoire (à une activité principale) ayant déjà débuté durant le délai-cadre de cotisation, c'est-à-dire avant la survenance du chômage, qui perdure postérieurement à la perte de l'activité principale et qui n'augmente pas sensiblement durant le délai-cadre d'indemnisation.

Boris RUBIN précise (op. cit., n. 39 ad art. 24, p. 272) qu'en cas d'activité indépendante de faible ampleur durant le délai-cadre de cotisation et qui se poursuit durant le délai-cadre d'indemnisation après la perte de l'activité principale, il ne peut jamais être question d'un gain intermédiaire. Une telle activité indépendante doit être considérée comme durable, ce qui induit uniquement, le cas échéant, une réduction de la perte de travail à prendre en considération et donc aussi une diminution du gain assuré. Si l'activité indépendante « accessoire » peut être exercée dans les mêmes proportions qu'avant le début du chômage et peut être accomplie totalement hors des horaires habituels de travail, la perte de travail ne subit aucune réduction. Se référant au bulletin LACI du SECO sur l'indemnité de chômage, il retient qu'un assuré peut conserver une indemnisation maximale lorsque l'activité indépendante de faible ampleur ne dure pas plus de 2 heures par jour (Bulletin LACI IC, ch. B 240). Ledit bulletin LACI précise en effet que selon les relevés publiés par l'Office fédéral de la statistique, l'horaire hebdomadaire usuel était de 41,6 heures en 2015. La loi sur le travail prévoyant, à son art. 9 al. 1 let. b, un nombre maximum de 50 heures par semaine, il reste une marge de manœuvre de 8,3 heures par semaine, soit, en chiffres arrondis, de 2 heures par jour. L'assuré peut donc exercer une activité indépendante à caractère durable en dehors de son horaire de travail normal, dans cette mesure, sans que sa perte de travail à prendre en compte soit réduite (Bulletin LACI IC, ch. B 240).

Boris RUBIN spécifie enfin qu'une augmentation sensible de l'ampleur de l'activité indépendante durant le délai-cadre d'indemnisation, qui se traduirait par un dépassement de cette limite de 2 heures par jour, induirait alors une diminution correspondante de la perte de travail à prendre en considération et donc aussi une diminution du gain assuré, dans les mêmes proportions (Boris RUBIN, op. cit., n. 39 ad art. 24, p. 272).

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

salariée car son ancien employeur n'avait pas pu l'engager à temps plein, et que malgré cette activité indépendante, il convenait de lui reconnaître une aptitude au placement avec une disponibilité à l'emploi de 100 % car la recourante était disposée à renoncer à cette activité à tout moment, dès lors qu'aucun engagement important n'y faisait obstacle.

Cette décision liait la caisse intimée (ATF 126 V 399 consid. 2b/bb). Cependant, dans celle-ci, l'OCE n'a fait que se déterminer sur l'aptitude au placement de la recourante. Contrairement à ce que soutient l'intimée, l'OCE ne s'est pas prononcé sur l'aspect durable, ou non, de l'activité indépendante de la recourante. S'il a relevé que la recourante avait la possibilité de cesser en tout temps son activité indépendante, c'était uniquement dans le but de déterminer l'aptitude au placement de la recourante, et non pour qualifier les éventuels revenus qu'elle percevrait de son activité indépendante.

Partant, si la caisse intimée était liée par cette décision de l'OCE, elle n'en était pas moins compétente pour déterminer les indemnités journalières auxquelles la recourante pouvait prétendre (art. 81 al. 1 let. a LACI), en particulier établir le gain assuré de la recourante, qualifier les éventuels gains réalisés par cette dernière durant le délai-cadre d'indemnisation et les prendre éventuellement en compte comme gains intermédiaires, ou au contraire les considérer comme des gains accessoires. À cet égard, le courriel d'une juriste de l'OCE du 28 avril 2020, répondant à la question de la caisse intimée relative à la qualification des revenus que la recourante tirait de son activité indépendante, ne saurait être assimilé à une décision de l'autorité cantonale liant la caisse intimée.

Il ressort des éléments figurant au dossier que la recourante a commencé son activité indépendante en 2016 déjà, soit parallèlement à son activité salariée à 80 % auprès de son ancien employeur, et que le taux de cette activité variait entre 5 et 20 %.

Dans la mesure où cette activité indépendante n'a pas été spécifiquement entreprise par la recourante en réaction au chômage et dans le seul but de diminuer le dommage résultant de la perte de son travail, il ne s'agit pas d'une activité indépendante à caractère transitoire, conformément à la doctrine et au bulletin LACI précités. Or, seules des activités indépendantes à caractère transitoire, temporaire et ne nécessitant que peu d'investissement entrent en ligne de compte comme gain intermédiaire (bulletin LACI IC, ch. B 235).

Cette activité indépendante, bien que pouvant être facilement abandonnée par la recourante en raison de l'absence d'engagement important sur le long terme, doit être qualifiée d'activité indépendante durable puisqu'elle a été entreprise par la recourante des années avant la perte de son emploi, et non en réaction au chômage. Cette activité n'étant exercée par la recourante qu'à un pourcentage de 5 à 20 %, elle constitue une activité indépendante durable de faible ampleur (soit jusqu'à 2 heures par jour) pouvant être accomplie hors des horaires habituels de travail, de

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

Les deux années précédant la perte de son emploi, la recourante a réalisé un chiffre d'affaire de CHF 8'170.- en 2017, et de CHF 7'575.- en 2018. Il ressort par ailleurs du dossier que depuis l'ouverture de son délai-cadre d'indemnisation, la recourante a perçu des revenus de cette activité à hauteur de CHF 200.- en janvier 2020, CHF 500.- en février 2020, CHF 750.- en avril 2020, CHF 700.- en mai 2020 et CHF 445.- en juin 2020, soit un total de CHF 2'595.- sur six mois. Ce montant étant inférieur à la moitié du chiffre d'affaire réalisé par la recourante chaque année en 2017 et en 2018, on ne saurait considérer que son gain accessoire a augmenté durant le délai-cadre d'indemnisation.

Par conséquent, les gains réalisés par la recourante depuis l'ouverture de son délai-cadre d'indemnisation ne sauraient être qualifiés de gains intermédiaires, mais de gains accessoires qui ne doivent pas être déduits des indemnités de chômage versées à la recourante.

Au vu de ce qui précède, le recours sera admis et la décision sur opposition du 28 août 2020 annulée. La cause sera renvoyée à l'intimée afin que cette dernière calcule et verse le montant devant être restitué à la recourante, correspondant aux gains intermédiaire qu'elle a retenus à tort depuis le mois d'avril 2020.

La recourante obtenant gain de cause, une indemnité de CHF 1'000.- lui sera accordée à titre de participation à ses frais et dépens (art. 61 let. g LPGA ; art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en matière administrative du 30 juillet 1986 – RFPA; RS/GE 5 10.03). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Annule la décision sur opposition du 28 octobre 2020.
4. Renvoie la cause à l'intimée pour procéder au calcul et au versement des montants dus à la recourante.
5. Condamne l'intimée à verser à la recourante une indemnité de CHF 1'000.- à titre de participation à ses frais et dépens.
6. Dit que la procédure est gratuite.
7. 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
Isabelle CASTILLO	Catherine TAPPONNIER

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