

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3305/2010

ATAS/1311/2010

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 6

du 20 décembre 2010

En la cause

Monsieur F _____, domicilié à Genève, représenté par
CAP Protection Juridique - Me Laurence FERRAZZINI

recourant

contre

UNIA, CAISSE DE CHOMAGE, Strassburgstrasse 11, case
postale 3321, 8021 Zürich

intimée

**Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente; Christine LUZZATTO et Luis ARIAS et ,
Juges assesseurs**

EN FAIT

1. M. F_____ (ci-après : l'assuré), né en 1986, a travaillé pour Genève X_____ Hôtel SA du 1^{er} novembre 2007 au 31 janvier 2009 en tant que réceptionniste tournant pour un salaire mensuel brut de 3'800 fr. Il a résilié son contrat de travail le 22 décembre 2008.
2. Dès le 20 mai 2009, il s'est inscrit à l'Office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE) et à la Caisse de chômage UNIA (ci-après : la caisse) et a bénéficié d'un délai cadre du 20 mai 2009 au 19 mai 2011 et d'indemnités de l'assurance-chômage, soit une indemnité journalière de 149 fr. 10, fondée sur un gain assuré de 4'045 fr.
3. L'assuré a régulièrement transmis le formulaire mensuel "indications de la personne assurée" et notamment pour les mois de mars et avril 2010, il a mentionné qu'il n'avait travaillé chez aucun employeur.
4. Par courrier du 9 juin 2010, la caisse a informé l'assuré qu'elle avait eu connaissance du fait qu'il avait une activité lucrative et a requis des renseignements complémentaires.
5. Le 10 juin 2010, l'OCE a annulé le dossier de l'assuré au motif que celui-ci renonçait à un placement.
6. Le 11 juin 2010, l'assuré a été entendu par un inspecteur de l'OCE et a déclaré qu'il avait voyagé à l'étranger de janvier à mars 2009, que depuis mars 2010 il aidait sa mère, Mme F_____, en qualité de serveur pour le compte de la société Y_____ (tea room) de 10h00 à 18h00 environ, qu'il n'était pas rémunéré pour cette activité, qu'il l'avait assumée en raison de l'absence pour maladie d'une cuisinière du tea room, qu'il en avait averti son conseiller mais qu'il n'avait pas rempli les formulaires de gain intermédiaire étant donné qu'il n'était pas rémunéré, et, qu'enfin, il avait le projet d'étudier aux Etats-Unis dès le mois d'août 2010.
7. Le 17 juin 2010, le bureau emploi-entreprise de l'OCE a informé la caisse que l'assuré aurait réalisé un gain de juillet 2009 à avril 2010.
8. Le 21 juin 2010, la caisse a requis de Y_____ la remise des formulaires d'attestation de gain intermédiaire concernant l'assuré.
9. Le 2 juillet 2010, la caisse a soumis le dossier de l'assuré à l'OCE en vue de l'examen de l'aptitude au placement.
10. Le 20 juillet 2010, l'OCE a indiqué à la caisse qu'il lui appartenait de fixer, depuis mars 2010, date à laquelle l'assuré avait débuté son emploi auprès de Y_____, un gain intermédiaire conforme aux usages professionnels et locaux, eu égard à une activité de serveur à plein temps.

11. Le 23 juillet 2010, la caisse a évalué à 3'383 fr. le salaire mensuel de l'assuré pour mars et avril 2010, selon la convention collective de travail de l'hôtellerie.
12. Par décision du 28 juillet 2010, la caisse a requis de l'assuré la restitution de 5'607 fr. 55 correspondant aux indemnités journalières versées en mars et avril 2010, le gain intermédiaire fixé à 3'383 fr. étant supérieur à l'indemnité de chômage.
13. Le 23 août 2010, l'assuré a fait opposition à cette décision en relevant qu'il avait aidé sa mère dans l'entreprise familiale bénévolement et qu'il n'avait pas la somme qui lui était réclamée.
14. Par décision du 1^{er} septembre 2010, la caisse a rejeté l'opposition de l'assuré en indiquant que la demande de remise de l'assuré serait soumise à l'autorité cantonale compétente dès l'entrée en force de la décision de restitution.
15. Le 30 septembre 2010, l'assuré, représenté par CAP Protection Juridique, a recouru à l'encontre de la décision sur opposition du 1^{er} septembre 2010 auprès du Tribunal cantonal des assurances sociales en concluant à son annulation et en relevant qu'il avait occasionnellement dépanné sa mère dans son entreprise depuis des années à raison d'une à deux heures de temps à autre, sans rémunération et qu'en particulier en mars et avril 2010, il n'avait pas travaillé à plein temps et pas tous les jours.
16. Le 8 novembre 2010, la caisse a conclu au rejet du recours.
17. Le 2 décembre 2010, l'assuré a déclaré maintenir les conclusions de son recours et subsidiairement lui reconnaître le droit au dépôt d'une demande de remise.
18. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (LOJ ; E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales 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. Le litige porte sur le bien-fondé de la demande de restitution de la somme de 5'607 fr. 55 correspondant aux prestations versées à l'assuré du 1^{er} mars au 30 avril 2010.

-
4. a) 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. Les gains accessoires ne sont pas pris en considération (art. 23, al. 3) (al. 3).

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 relative à l'indemnité de chômage janvier 2007 C 134).

- b) Selon 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.

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).

- c) 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).

5. En l'espèce, le recourant a déclaré lors de son audition à l'OCE qu'il travaillait comme serveur pour le compte de sa mère (tea room l'Epi Doré) de 10h00 à 18h00 environ, soit selon un horaire de 8 heures par jour. Il a ensuite, dans son acte de recours, indiqué qu'il n'avait en réalité travaillé qu'une à deux heures de temps à autre pour sa mère et cela depuis des années. Reste que cette affirmation, succincte,

a été faite après la première déclaration par devant l'inspecteur de l'OCE. En outre, le recourant n'a, en particulier, pas contesté de façon convaincante avoir concrètement effectué en mars et avril 2010, alors qu'il était sans emploi et donc très disponible, une activité de serveur à raison de 8 heures par jour, comme il l'avait lui-même tout d'abord indiqué.

Il sera ainsi retenu, au degré de la vraisemblance prépondérante, que le recourant a travaillé à plein temps pour le compte de sa mère en mars et avril 2010. Ce travail ne saurait ainsi être qualifié de gain accessoire à une autre activité principale. Le montant du salaire établi selon la CCT dans l'hôtellerie n'est pas contesté par le recourant ni contestable. C'est donc à juste titre que l'intimée a retenu un salaire mensuel de 3'383 fr., lequel est supérieur à l'indemnité journalière versée au recourant.

6. a) En vertu de l'art. 95 al. 1er LACI, en relation avec l'art. 25 LPGA, la caisse doit exiger la restitution de prestations indûment versées. La jurisprudence rappelle que cette demande de restitution ne peut se faire que pour autant que les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale soient réalisées (ATF 129 V 110 consid. 1.1).

L'administration peut reconsidérer une décision formellement passée en force de chose jugée et sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée au fond, à condition qu'elle soit sans nul doute erronée et que sa rectification revête une importance notable (ATF du 12 mars 2001, C 402/00, consid. 1a; ATF 126 V 42, consid. 2b). Le non-respect d'une norme dans une situation de fait qui en commande clairement l'application relève bien d'une décision sans nul doute erronée (ATF du 7 décembre 2007, C 32/07, consid. 3.2). Quant à l'importance notable de la rectification, ce critère est réalisé dès que la rectification porte sur un montant qui dépasse plusieurs centaines de francs (Boris RUBIN, Assurance-chômage, Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, Procédure, 2^{ème} éd., Zurich, Bâle, Genève 2006, p. 827).

b) En l'espèce, il est établi que les indemnités de chômage pour mars et avril 2010 ont été versées à tort au recourant, celui-ci ayant réalisé un gain intermédiaire qui leur est supérieur. Il faut donc admettre que la disposition légale topique n'a pas été correctement appliquée et, partant, que le versement des prestations était manifestement erroné.

Quant à la question de savoir si la rectification de cette erreur revêt une importance notable, elle doit être à l'évidence tranchée par l'affirmative dans la mesure où le montant en cause s'élève à 5'607 fr. 55.

Il en découle que c'est à juste titre que l'intimée a réclamé la restitution des prestations indûment versées.

b) Reste à examiner si la demande de la caisse est intervenue en temps utile.

Aux termes de l'art. 25 al. 2 LPGA, 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. Sur ce point, la réglementation prévue par la LPGA reprend, matériellement, le contenu de l'ancien art. 95 al. 4 1^{ère} phrase LACI. Nonobstant la terminologie légale, il s'agit de délais de péremption (ATF 124 V 380, consid. 1).

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 (ATF du 21 mars 2006, C 271/04, consid. 2.5).

Selon la jurisprudence, le délai de péremption d'une année commence à courir dès le moment où la caisse de chômage 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). Il commence à courir dans tous les cas dès qu'il s'avère que les prestations en question étaient indues (ATF du 30 juillet 2007, K 70/06, consid. 5.1).

b) En l'occurrence, l'intimée a adressé la décision de restitution au recourant le 28 juillet 2010, soit moins d'un an après le versement de l'indemnité litigieuse (mars et avril 2010). Force est donc de constater que le délai d'une année prévu par l'art. 25 LPGA a ainsi été respecté.

7. Eu égard aux considérations qui précèdent, le recours est rejeté, étant précisé que le recourant pourra déposer une demande de remise dès l'entrée en force de la décision litigieuse (art. 4 OPGA).

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL 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

Nancy BISIN

Valérie MONTANI

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