RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/349/2022 **ATAS/333/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 11 avril 2022

6ème Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à AÏRE recourant

contre

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

Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente; Teresa SOARES et Jean-Pierre WAVRE, Juges assesseurs

EN FAIT

A. **a.** Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré) est né en 1969. Il est titulaire d'un diplôme d'ingénieur de l'École polytechnique fédérale de Lausanne (ci-après : EPFL) et dispose d'une expérience dans le domaine de l'informatique.

b. Depuis le 1er avril 2018 et jusqu'au 30 septembre 2020, il a perçu des indemnités de chômage, lesquelles ont été versées par la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après également : la caisse).

B. **a.** Durant la période où il était titulaire d'un droit à l'indemnité de chômage, l'assuré a réalisé des gains intermédiaires. Il a notamment travaillé comme chargé de cours au sein de la Haute école B_____ de C_____ en 2018 et 2020. Cette activité a été déclarée à la caisse comme activité salariée en ce qui concerne le mois d'avril 2018, et comme activité indépendante en ce qui concerne les mois de mars 2020 et d'avril 2020.

b. En ce qui concerne le salaire reçu pour ces deux mois de 2020, il comprend une indemnité en argent pour vacances non-prise qui correspond à 9.76% du salaire de base et une indemnité pour jours fériés qui correspond à 5.54% du salaire de base.

c. Dans le cadre de sa déclaration de gain intermédiaire (« indications de la personne assuré » ; ci-après : IPA) pour le mois de mars 2020, l'assuré a déduit de son revenu brut de CHF 1'400.- un abattement forfaitaire de 20%, et a donc mentionné un gain intermédiaire de CHF 1'120.-. Les indemnités de chômage du recourant relatives à ce mois ont été fixées sur cette base.

d. Dans le cadre de sa déclaration de gain intermédiaire pour le mois d'avril 2020, l'assuré a déduit de son revenu brut de CHF 1'800.- des frais de matériel pour un montant de CHF 663.45 et un abattement forfaitaire de 20% (CHF 227.30) ; il a ainsi mentionné un gain intermédiaire de CHF 909.25. Les indemnités de chômage du recourant relatives à ce mois ont été fixées sur cette base.

e. Par courrier daté du 13 janvier 2021, la caisse a requis de l'assuré qu'il lui fasse parvenir des attestations de gain intermédiaire relatives aux mois de mars 2020 et d'avril 2020 remplies par la Haute école B_____ de C_____.

f. Par courriel du 4 février 2021, l'assuré a transmis ces documents, datés du 1er février 2021, à la caisse. Il y est mentionné que l'activité réalisée par l'assuré au cours des deux mois précités était une activité salariée, rétribuée d'un salaire brut de CHF 1'600.-.

g. Par mémoire du 24 avril 2021, l'assuré a saisi la chambre de céans d'un recours à l'encontre d'une décision sur opposition du 19 mars 2021 de la caisse lui refusant l'ouverture d'un nouveau délai-cadre d'indemnisation. Cette procédure a été enregistrée auprès de la chambre de céans sous la référence A/1419/2021. Elle a été clôturée par un arrêt ATAS/303/2022 daté du 28 mars 2022, lequel a rejeté le recours.

h. Par décision du 23 août 2021, la caisse a ordonné à l'assuré de lui restituer une somme de CHF 671.80. L'assuré avait déclaré des gains intermédiaires trop faibles pour les mois de mars et avril 2020. En effet, les gains en cause devaient être considérés comme des revenus dépendants et dès lors certaines des déductions réalisées par l'assuré n'avaient pas lieu d'être. Il convenait de se baser sur le montant du salaire brut, indemnités pour vacances non-prises exclues, soit un total de CHF 2947.40 (1'473.70 x 2), au lieu des CHF 2029.25 (1'120 + 909.25) déclarés par l'assuré. Il en résultait un trop-perçu total après cotisations sociales de CHF 671.80 (8'193.10 {reçus} – 7'941-15 {dus}pour le mois de mars 2022 ; 8'361 {reçus} – 7'941.15 {dus} pour le mois d'avril 2022).

i. Par courrier du 22 septembre 2021, l'assuré a fait opposition à cette décision en invoquant qu'il n'avait fait que suivre les indications qui lui avait été données par celle-ci.

j. Par décision sur opposition du 16 décembre 2021, la caisse a maintenu sa décision initiale en reprenant et explicitant la motivation de celle-ci.

C. **a.** Par mémoire du 31 janvier 2022, l'assuré a saisi la chambre de céans d'un recours à l'encontre de la décision sur opposition susmentionnée. Il a principalement conclu à l'annulation de la décision de restitution du 16 décembre 2021, cela sous suite de dépens. Il a également conclu à la mise en œuvre de plusieurs mesures d'instruction, dont l'audition d'au moins quatre collaborateurs de la caisse, la réalisation d'une expertise forensique des éléments contenus dans son dossier numérique auprès de la caisse, et la production des procès-verbaux de ses rendez-vous avec ses conseillers en placement.

b. Par courrier du 1er mars 2022, la caisse a répondu et a conclu au rejet du recours pour les motifs détaillés dans sa décision sur opposition.

c. Par mémoire du 16 mars 2022, le recourant a répliqué et a maintenu intégralement ses conclusions.

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).

La compétence de la chambre de céans pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. Interjeté dans les formes prévues par la loi (cf. art. 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA-GE - E 5 10) et dans le délai de

recours de trente jours suspendu du 18 décembre au 2 janvier 2021 inclus (cf. art. 60 LPGA), le recours est recevable.

3. Le litige porte sur le bienfondé de la demande de restitution d'un montant de CHF 671.80, singulièrement sur la détermination du gain intermédiaire du recourant en mars et avril 2020.

3.1 Selon le recourant, il avait déclaré de bonne foi le revenu de l'activité lucrative exercée en faveur de la Haute école B_____ de C_____ comme un revenu indépendant ; l'intimée lui avait fourni des informations incohérentes.

3.2 Selon l'intimée, c'est à tort que les revenus reçus de la Haute école B_____ par le recourant pour son activité en mars et avril 2020 ont été déclarés par le recourant dans ses IPAI comme des revenus d'indépendant. Les montants dus au titre de l'indemnité de chômage pour les mois susmentionnés devaient en effet être corrigés compte tenu des revenus salariés.

4.

4.1 Selon l'art. 24 al. 1 LACI, tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle est réputé gain intermédiaire. Selon l'art. 24 al. 1 et 3 LACI ainsi que 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), ce gain intermédiaire doit être imputé sur le gain assuré selon l'art. 23 al. 1 LACI, et l'assuré a droit à la différence (« indemnités compensatoires »). Selon l'art. 27a OACI, la période de contrôle, au sens notamment des articles susmentionnés, est le mois civil.

S'agissant d'un revenu indépendant, l'art. 41a al. 5 OACI prévoit que le revenu provenant d'une telle activité est toujours pris en compte pendant la période de contrôle au cours de laquelle le travail a été fourni, mais que les frais attestés de matériel et de marchandise sont déduits du montant brut et que les autres dépenses professionnelles font ensuite l'objet d'une déduction forfaitaire s'élevant à 20 % du montant restant.

S'agissant d'un revenu dépendant, soit d'un revenu salarié, l'indemnisation de jours de vacances non-pris, n'a pas à être prise en compte au titre du gain assuré (ATF 144 V 195 consid. 4.1). Il ne saurait en aller différemment dans le cadre de l'imputation d'un gain intermédiaire comme le mentionne à juste titre l'intimée (dans le même sens : Bulletin LACI, version au 1er janvier 2022, n. C149). Cette absence de prise en compte résulte du fait que seul le revenu usuel constant d'un salarié est assuré (Thomas NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in : Soziale Sicherheit/Sécurité sociale Meyer éd, 3ème éd. 2016, n. 366 p. 2376). Tel n'est pas les cas des suppléments « exceptionnels » comme le paiement d'heures supplémentaires ou de jours de vacances en argent, ou encore du remboursement de frais professionnels (ATF 144 V 195 consid. 4.1 ; Thomas NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in : Soziale Sicherheit/Sécurité sociale Meyer éd, 3ème

éd. 2016, n. 367 p. 2376 s. ; Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 11 ad. art. 23 LACI). La loi prévoit d'ailleurs expressément cette logique s'agissant du « gain accessoire » (cf. art. 23 al. 3 LACI et art. 24 al. 3 2ème phr. LACI). La même solution doit manifestement trouver application s'agissant du paiement en argent du salaire relatif à des jours fériés qui ne sont pas pris en nature par l'employé (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 11 ad. art. 23 LACI).

4.2 La question de savoir si l'on a affaire, dans un cas donné, à une activité indépendante ou salariée ne doit pas être tranché d'après la nature juridique civile du rapport contractuel entre les partenaires ; ce qui est déterminant, ce sont les circonstances économiques du cas d'espèce. Est réputé salarié, soit exerçant une activité lucrative dépendante, celui qui dépend d'autrui quant à l'organisation de son travail, ainsi que du point de vue de la gestion économique d'une entreprise, soit notamment celui qui ne supporte pas le risque économique encouru normalement par un entrepreneur (ATF 146 V 139 consid. 3.1 ; ATF 144 V 111 consid. 4.2 ; ATF 123 V 161 consid. 1 ; ATF 122 V 281 consid. 2a et 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_45/2020, 9C_46/2020 du 1er octobre 2020 consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_278/2021 du 8 septembre 2021 consid. 2.2). S'agissant en particulier du critère de la dépendance organisationnelle, il faut examiner d'une part l'intensité avec laquelle l'activité d'une personne fait formellement partie de la structure du bénéficiaire de son travail, et, d'autre part, dans quelle mesure ledit travail est encadré matériellement par ledit bénéficiaire (ATF 146 V 139 consid. 6.2.1) ; le seul fait de devoir accomplir un travail avec diligence et à devoir rendre compte au bénéficiaire ne suffit pas à caractériser une situation de dépendance (ATF 146 V 139 consid. 6.2.2). La qualification dépendante ou indépendante d'un revenu d'activité lucrative ne dépend donc pas d'un choix de celui qui réalise une activité lucrative ou de celui qui en bénéficie, mais des caractéristiques propres à l'activité en cause.

Selon la jurisprudence, le statut fixé par les autorités d'application de l'AVS lie les autorités d'exécution de l'assurance chômage sociale, sauf en cas d'erreur manifeste (ATF 126 V 212 consid. 2a ; ATF 119 V 156 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_925/2012 du 28 mai 2013 consid. 3.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_48/2011 du 16 mai 2011 consid. 4.4).

5.

5.1 L'activité lucrative du recourant exercée en faveur de la Haute École B_____ à C_____ était celle d'un chargé de cours externe, comme cela ressort des attestations de gain intermédiaire. Selon celles-ci, l'emploi était une activité salariée. Le recourant a ainsi perçu une indemnité pour jours fériés non-pris et une indemnité pour vacances non-prises.

En outre, le statut des chargés de cours externes, même vacataires, de la Haute École B_____ est réglé par le Statut du personnel de la HE-B_____ du 10 juin

2021 (disponible à l'adresse https://rs.he-B_____.ch/#no-back-button, consulté pour la dernière fois le 23 mars 2022). Il ressort de cette règlementation que le statut d'un chargé de cours relève clairement de l'exercice d'une activité dépendante avec une limitation de la durée du travail (cf. art. 39 et 40), une prise en charge des frais par l'institution (cf. art. 81), une protection de la personnalité du travailleur par cette dernière (cf. art. 52) ou encore l'acquisition des inventions du travailleur par l'école (cf. art. 57). Ces éléments appuient le caractère dépendant de l'activité exercée par le recourant en faveur de la Haute École B_____.

Enfin, il ressort de l'arrêt du 28 mars 2022 (ATAS/303/2022) rendu entre les mêmes parties, que tant les autorités d'exécutions de l'AVS que les autorités fiscales ont considéré que les revenus concernés étaient des revenus salariés.

Il est donc clair que le revenu brut total d'un montant de CHF 3'200.- perçu par le recourant en raison de son activité en faveur de la Haute École B_____ au cours des mois de mars et avril 2020 était un revenu salarié. Il avait d'ailleurs été correctement déclaré comme tel pour le mois d'avril 2018.

5.2 En conséquence, le recourant ne pouvait déduire de ses revenus d'un montant total de CHF 3'200.- ni ses frais de matériel et de marchandise, ni une somme forfaitaire de 20 % du montant restant.

En revanche, l'indemnité en argent pour vacances non-prise reçue par le recourant et qui correspond à 9.76% du salaire de base doit être déduite de son gain intermédiaire. Il en va de même de l'indemnité pour jours fériés qui correspond à 5.54% du salaire de base (cf. pièces 28 et 29 intimée). Le calcul de l'autorité intimée doit donc être corrigé, puisque celle-ci n'a pas déduit ce second montant du salaire brut perçu par le recourant. Ainsi, le salaire brut devant être pris en compte est de : 3'200 – ([0.0976 + 0.0554] x 3'200) = 2'710.40, et non 2'947.40 (1'473.70 x 2 {mois}).

En conséquence, il convient de renvoyer la cause à l'autorité intimée pour qu'elle calcule les d'indemnités journalières dues pour les mois de mars 2020 et avril 2020, sur la base d'un gain intermédiaire de CHF 1'355.20 pour chacun d'entre eux et détermine le montant à restituer.

6.

6.1 Selon l'art. 25 LPGA, applicable à l'assurance-chômage sociale selon l'art. 1 al. 1 LACI, les prestations indûment touchées doivent être restituées (al. 1). La restitution ne peut être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile. Le droit de demander la restitution s'éteint trois ans 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 (al. 2).

Au 1er janvier 2021, le délai relatif de trois ans a remplacé le délai d'un an. En l'espèce, l'intimée a, en toute hypothèse, respecté le délai relatif d'un an.

6.2 En effet, celui-ci ne commence à courir que lorsque l'autorité savait ou, en faisant preuve de l'attention raisonnablement exigible, aurait dû se rendre compte que les conditions d'une restitution étaient remplies (ATF 146 V 217 consid. 2.1 ; ATF 139 V 570 consid. 3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_290/2021 du 22 octobre 2021 consid. 2.2). Si les éléments à disposition de l'autorité ne suffisent pas à eux-seuls à établir la portée d'un droit à la restitution mais qu'ils contiennent suffisamment d'indices en ce sens, l'autorité doit agir dans un délai raisonnable pour clarifier la situation après quoi, le délai relatif commence à courir (arrêt du Tribunal fédéral 8C_6/2021 du 14 avril 2021).

En l'espèce, l'autorité s'est rendue compte de l'existence d'un potentiel trop-perçu datant du printemps 2020 au cours de la procédure d'opposition entre les mêmes parties relative à la décision de refus d'indemnisation, soit potentiellement au 8 janvier 2021, date de l'opposition, de sorte que la décision de restitution du 23 août 2021 a été rendue dans un délai inférieur à un an.

7. Le recourant requiert diverses mesures d'instruction.

7.1 Le droit d'être entendu fondé notamment sur les art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst - RS 101) et 53 al. 1 CPC prévoit qu'une partie à une procédure dispose d'un droit à proposer une offre de preuve et à voir celle-ci administrée si elle apparait pertinente (ATF 146 IV 218 consid. 3.1.1 ; ATF 145 I 167 consid. 4.1 ; ATF 145 I 73 consid. 7.2.2.1). Le juge peut toutefois procéder à une appréciation anticipée des preuves et renoncer à l'administration d'une preuve pertinente s'il lui apparait que les éléments de preuve disponibles suffisent à emporter sa conviction (ATF 146 III 73 consid. 5.2.2 ; ATF 143 III 297 consid. 9.3.2 ; ATF 141 I 60 consid. 3.3 ; ATF 140 I 285, consid. 6.3.1 ; ATAS/217/2022 du 10 mars 2022 consid. 7).

7.2 En l'espèce, les offres de preuves du recourant, notamment la production des procès-verbaux de ses rendez-vous avec ses conseillers en placement ou le témoignage de divers employés de la caisse ne sont pas susceptibles d'influer sur le résultat de la présente procédure. Partant, il n'y a pas lieu de procéder à leur instruction. Par ailleurs, la décision de l'autorité est motivée de façon claire et compréhensible. Le complexe de faits ne nécessite pas d'éclaircissements complémentaires.

8. Le recours doit être partiellement admis, la décision litigieuse annulée et la cause renvoyée à l'intimée pour nouveau calcul du montant à restituer, sur la base des gains intermédiaires précités.

9. Selon l'art. 89H al. 3 LPA, une indemnité est allouée au recourant qui obtient gain de cause.

En l'espèce toutefois, et bien qu'il obtienne partiellement gain de cause, le recourant, non représenté, dans une cause qui n'est pas particulièrement complexe, n'a pas droit à des dépens (ATAS/1320/2021 du 16 décembre 2021 consid. 9).

Pour le surplus, en l'absence de loi spéciale prévoyant des frais judiciaires, la procédure est gratuite (art. 61 let f^{bis} LPGA et art. 89H al. 1 LPA).

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.
3. Annule la décision de l'intimée du 16 décembre 2021.
4. Renvoie la cause à l'intimée, dans le sens des considérants.
5. Dit que la procédure est gratuite.
6. 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
Adriana MALANGA	Valérie MONTANI

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