

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4369/2008

ATAS/1018/2009

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 3

du 13 août 2009

En la cause

Monsieur V _____, domicilié à VANDOEUVRES, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Doris VATERLAUS

recourant

contre

UNIA, CAISSE DE CHOMAGE, sise Strassburgstrasse 11, 8004 ZURICH

intimée

Siégeant : Karine STECK, Présidente; Maria GOMEZ et Evelyne BOUCHAARA, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Le 30 juin 1998, Monsieur V_____ (ci-après : l'assuré ou le recourant) a été inscrit au Registre du commerce (ci-après : RC) en qualité d'associé gérant de X_____ SARL pour une part de 1'000 fr. avec signature individuelle. Monsieur W_____ a également été inscrit à la même date, en tant qu'associé, pour une part de 19'000 fr., sans signature.
2. Le 27 juin 2000, l'assuré a été inscrit au RC en tant qu'associé gérant de Y_____ SARL avec signature individuelle, pour une part de 1'000 fr. jusqu'au 15 juin 2001, puis pour une part de 20'000 fr.
3. Le 27 juillet 2000, l'assuré a été victime d'un accident de la circulation. Il a ensuite subi diverses opérations et a été dans l'incapacité totale de travailler.
4. Le 28 août 2002, il a été inscrit au RC en qualité d'administrateur unique de Z_____ SA, avec signature individuelle.
5. Le 4 avril 2003, l'assuré s'est annoncé auprès de l'OCE et a sollicité des indemnités de chômage dès cette date. A sa demande, il a joint un certificat médical attestant d'une pleine capacité de travail dès le 1^{er} avril 2003. L'assuré a indiqué avoir travaillé en dernier lieu pour X_____ Sàrl, de février à juillet 2000 et avoir effectué son dernier jour de travail le 24 juillet 2000. Il a expliqué que c'était son état de santé qui avait motivé la résiliation des rapports de travail et ajouté qu'il était occupé depuis le 31 août 2002, le soir et des jours isolés, en tant qu'administrateur de Z_____ SA. Il a allégué que sa maladie l'avait empêché, et ce, durant plus de douze mois, d'être partie à un rapport de travail.
6. Dans une attestation du 19 juin 2003, ZURICH COMPAGNIE D'ASSURANCE a précisé avoir versé à l'assuré des indemnités journalières pour accident, du 27 juillet au 31 octobre 2000, puis pour maladie, du 1^{er} décembre 2000 au 31 août 2002.
7. Par courrier du 14 août 2003, la section assurance-chômage de l'OCE (ci-après : SACH) a invité l'assuré à fournir des précisions quant à sa situation et à produire divers documents.
8. Le 18 août 2003, l'assuré a répondu aux questions posées et produit un certain nombre des documents demandés. Il en ressort notamment que X_____ Sàrl et Y_____ Sàrl appartenaient à son ancien directeur, Monsieur W_____. Depuis le décès de ce dernier, le 29 janvier 2001, les deux sociétés n'avaient plus d'activité mais étaient néanmoins restées inscrites au RC, le temps que la succession de Monsieur W_____ soit réglée. S'agissant de la société Z_____ SA, l'assuré expliquait ne pouvoir produire de fiche de salaire car il

n'en avait pas reçu ; il a expliqué qu'il occupait le poste d'administrateur pour rendre service à son filleul, ce dernier et ses amis étant alors domiciliés à l'étranger, où ils étudiaient (cf. courrier adressé le 3 juillet 2003 à l'Association des commis de Genève). Au sujet de sa dernière activité, déployée auprès de X_____ Sàrl, l'assuré a affirmé n'avoir jamais eu ni contrat de travail, ni lettre de congé ; Monsieur W_____ devait les lui remettre, mais était décédé subitement avant de pouvoir régulariser la situation. Quant au bilan de Y_____ Sàrl, l'assuré a allégué qu'il n'avait jamais pu être établi, car la société n'avait jamais débuté son activité. L'assuré a ajouté qu'il attendait la décision des héritiers de Monsieur W_____, à qui il appartenait de prendre les mesures nécessaires pour les modifications au RC. Il a par ailleurs assuré n'exercer aucune activité pour X_____ Sàrl et Y_____ Sàrl, hormis celle indispensable pour répondre aux documents officiels. Enfin, il a estimé que son activité pour Z_____ SA l'occupait deux heures par mois au maximum.

9. Par décision du 10 octobre 2003 et décision sur opposition du 11 mai 2004, la SACH a nié le droit de l'assuré aux prestations. Elle a considéré que les conditions relatives à la période de cotisations n'étaient pas remplies car, selon les pièces du dossier, l'assuré avait été salarié de X_____ Sàrl de mai à juillet 2000 et avait été déclaré à l'assurance-vieillesse et survivants (ci-après : AVS) comme salarié de Z_____ SA de janvier à décembre 2002. La SACH a ajouté qu'au surplus, l'assuré ne pouvait pas prétendre à des indemnités de chômage dans la mesure où il jouissait d'une situation comparable à celle d'un employeur.
10. Dans une attestation du 14 novembre 2003, Z_____ SA a notamment certifié que l'activité déployée en sa faveur par l'assuré en tant qu'administrateur ne dépassait pas deux à trois heures par mois.
11. Saisi d'un recours (A/1259/2004), le Tribunal cantonal des assurances sociales (ci-après : TCAS) a procédé à une instruction complémentaire.
12. Lors de l'audience de comparution personnelle du 6 octobre 2005, l'assuré a expliqué avoir dû subir de lourdes opérations suite à l'accident de juillet 2000. Durant sa période d'incapacité de travail, à savoir de juillet 2000 à juillet 2002, il n'avait eu aucune activité pour Y_____ Sàrl et s'était contenté, s'agissant de X_____ Sàrl, d'assurer le suivi des factures en cours, ce qui représentait quelques heures de travail par semaine. L'assuré a indiqué que son activité pour Z_____ SA consistait en quelques courriers administratifs. Il lui incombait de lui trouver des locaux et de lui préparer du papier à en-tête pour le deuxième semestre 2003. Il était par exemple allé voir la fiduciaire et le notaire, ce qui représentait quelques heures de travail par mois. Son activité bénévole avait débouché sur un poste fixe puisque la société Z_____ SA était désormais lancée. A la question de savoir pourquoi il n'avait demandé des prestations de l'assurance chômage qu'au mois d'avril 2003 alors qu'il avait retrouvé une capacité de travail depuis

août 2002, l'assuré a répondu qu'il ignorait d'une part qu'il avait droit aux prestations et que, d'autre part, son médecin avait fait une demande de réorientation professionnelle auprès de l'assurance-invalidité dont il avait attendu le résultat. De plus, il avait dû consulter le médecin conseil de l'office afin que ce dernier confirmât son aptitude au placement.

13. Le 17 novembre 2005, le TCAS a rendu un arrêt (ATAS/994/2005) aux termes duquel il a admis partiellement le recours, annulé les décisions des 10 octobre 2003 et 11 mai 2004 et renvoyé la cause à l'intimé afin que ce dernier procède au calcul des indemnités dues à l'assuré. Le Tribunal a considéré que la résiliation du contrat de travail avait été reportée à la fin du mois suivant la fin de l'incapacité de travail - soit au 30 novembre 2002 -, qu'il existait un lien de causalité entre l'incapacité de travail de l'assuré du 27 juillet 2000 au 31 octobre 2002 et le fait qu'il n'avait pas pu cotiser et que l'assuré ne jouissait pas d'une situation comparable à celle d'un employeur.
14. Cet arrêt étant entré en force, l'OCE a transmis le dossier à la caisse de chômage UNIA (ci-après : la caisse) à charge pour cette dernière de procéder au calcul des prestations dues.
15. Un abondant échange de correspondance a alors eu lieu entre l'assuré et la caisse.
16. Le 3 octobre 2006, la caisse a reçu un extrait du compte individuel AVS de l'assuré faisant notamment apparaître des cotisations versées par Z_____ SA sur la base d'un revenu de 1'000 fr. de janvier à décembre 2002 et de 10'682 fr. de janvier à décembre 2003. La caisse a alors demandé à l'assuré de remplir les attestations de gain intermédiaire y relatives et de lui remettre les copies des fiches des salaires en question, ce à quoi l'assuré a répondu, par courriel du 20 novembre 2006, qu'il avait reçu un salaire uniquement pour la période du 1^{er} novembre au 31 décembre 2003 et une indemnité en tant qu'administrateur pour toute l'année 2003, soit 30 fr. par mois après déduction des frais de représentation.
17. Le 22 novembre 2006, l'assuré a transmis à la caisse une seule attestation de gain intermédiaire pour les mois de mars à octobre 2003, mentionnant un salaire mensuel brut soumis à cotisation AVS de 83 fr. 35.
18. Par courriers des 7 et 22 décembre 2006 notamment, la caisse a relevé que, proportionnellement, le salaire versé par Z_____ SA - de 9'682 fr. pour les mois de novembre et décembre 2003 - était élevé par rapport au salaire de 18'900 fr. versé pour toute l'année 2004. A défaut de fiches de salaire et de déclaration fiscale, la caisse a alors réclamé à l'assuré divers documents afin de fixer le gain assuré et d'établir le gain intermédiaire, au nombre desquels une copie de sa déclaration fiscale 2003 et de l'attestation fiscale émise par Z_____ SA ainsi que les extraits du livre de compte relatifs aux versements mensuels de son salaire durant les mois de 2003 litigieux, dûment attestés par l'organe de révision de la société.

19. Le 29 janvier 2007, la caisse a demandé au Secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO) des instructions sur la suite à donner au dossier. Elle a expliqué qu'à la suite de l'arrêt de renvoi du TCAS, elle avait fixé le gain assuré à 8'000 fr., au vu des éléments du dossier, mais qu'elle avait un sérieux doute quant à l'absence d'activité de l'assuré en faveur de Z_____ SA durant sa période de chômage au vu du salaire annoncé à la caisse de compensation pour 2003 et du fait que l'assuré avait annoncé à l'OCE avoir travaillé en octobre 2003.
20. Le 11 janvier 2007, l'assuré a notamment transmis à la caisse la copie de sa déclaration fiscale 2003 et l'attestation fiscale de Z_____ SA pour 2003. S'agissant du livre de comptes, il a fait observer que ce dernier n'était pas attesté par l'organe de révision, seul le bilan ayant fait l'objet d'un examen du réviseur.
21. Dans sa détermination du 8 février 2007, le SECO a relevé que l'arrêt du TCAS ne statuait que sur la question du droit aux indemnités en raison de la position semblable à celle de l'employeur, ce qui n'empêchait pas la caisse d'examiner si les autres conditions du droit étaient remplies et de nier le droit aux indemnités pour un autre motif. Le fait que les formulaires relatifs aux indications personnelles sur l'assuré (IPA) aient été remis tardivement ou que leur contenu divergeait des fiches de contrôle n'était pas déterminant. Pour établir le droit à l'indemnité, il y avait lieu de disposer tant du dossier de l'Office régional de placement (ci-après : ORP) que des renseignements concernant le gain intermédiaire. Étant donné que seul l'assuré pouvait fournir les documents concernant ce dernier point, il devait assumer le risque de l'absence de ceux-ci. Au vu de l'attitude de l'assuré et de sa manifeste réticence à collaborer, il ne pouvait pas exiger des intérêts moratoires. Le SECO a émis l'avis que beaucoup de temps avait été perdu dans le traitement du dossier en raison de l'absence d'un « triage » des problèmes à examiner et d'une planification préalable dont il a estimé qu'ils auraient permis d'éviter de donner l'impression de poser des questions sans rapport avec les points à traiter.
22. Par courrier du 20 février 2007, l'assuré a allégué, extrait de compte AVS à l'appui, que, de mai à juillet 2000, X_____ SA avait versé des cotisations AVS en sa faveur à la CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS DE LA FÉDÉRATION DES ENTREPRISES ROMANDES sur la base d'un salaire de 8'000 fr. Il a précisé que des indemnités journalières en perte de gain lui avaient ensuite été versées jusqu'en 2002 sur la base d'un salaire annuel assuré de 104'000 fr. (13 x 8'000 fr. ; cf. décompte de ZURICH pour le mois de mai 2001, mentionnant une indemnité journalière de 227 fr. 94 calculée sur la base d'un salaire annuel de 104'000 fr.).
23. Le 2 mars 2007, la caisse a indiqué à l'assuré avoir soumis son dossier à son service juridique, puis au SECO. Elle a ajouté qu'il lui fallait encore vérifier si les autres conditions du droit étaient remplies et déterminer le montant des indemnités dues.

S'agissant de la détermination du gain assuré, la caisse a expliqué que seul serait pris en compte le salaire obtenu par l'assuré auprès de X_____ Sàrl car les montants obtenus à titre d'indemnité d'une assurance perte de gain n'étaient pas déterminants. Elle a observé que l'assuré avait fourni un relevé de la caisse de compensation et une copie de trois chèques en euros portant la mention « salaire + frais » d'un montant supérieur au revenu annoncé à la caisse de compensation. Elle a réclamé à l'assuré l'attestation annuelle de l'institution de prévoyance à laquelle avaient été versées les cotisations LPP relatives à son activité auprès de X_____ Sàrl.

Quant à la détermination de la période indemnisable, la caisse a fait remarquer qu'elle était en possession de cartes de contrôle exclusivement pour les mois de mars à juin et août 2003 et de duplicata pour les mois de juillet, septembre et octobre 2003. Elle a par ailleurs relevé une contradiction entre les IPA - lesquels mentionnaient que l'assuré avait été au chômage de mars à octobre 2003 - et le relevé informatique des données de contrôle de l'OCE - faisant état d'un gain intermédiaire en octobre 2003. La caisse a dès lors demandé à l'assuré de lui expliquer pourquoi les cartes de contrôle des mois de juillet, septembre et octobre 2003 n'avaient pas été remises à temps.

Quant aux montants indemnisables, la caisse a observé qu'elle devait prendre en compte les éventuels gains intermédiaires. A cet égard, elle a relevé que l'assuré n'avait rempli qu'une seule attestation de gain intermédiaire au motif que le salaire obtenu en qualité d'administrateur était le même tous les mois au lieu de remplir des attestations de gain intermédiaire pour chaque mois considéré. De plus, il avait omis d'indiquer le nombre d'heures consacrées mensuellement à cette activité. Or, afin de vérifier si le salaire perçu pouvait être considéré comme convenable, il lui fallait savoir combien d'heures l'assuré consacrait à son activité d'administrateur. Aussi, la caisse a-t-elle réitéré sa demande de fournir des attestations de gain complètement remplies pour les mois de mars à octobre 2003.

Elle a rappelé à l'assuré son obligation de collaborer et attiré son attention sur le fait qu'elle ne pourrait pas entrer en matière concernant une possible indemnisation avant que tous les documents réclamés lui aient été remis.

24. Par courrier du 31 mars 2007, l'assuré, considérant qu'il avait déjà remis tous les documents nécessaires, a qualifié les exigences de la caisse de « non pertinentes ». Il a répété qu'il ne disposait d'aucun contrat de travail écrit. Il a allégué que, dans son secteur, l'établissement de fiches de salaire n'est pas obligatoire, que l'attestation annuelle de l'institution de prévoyance avait déjà été produite au cours de la procédure judiciaire, qu'il n'avait jamais été contesté jusqu'ici qu'il avait rempli ses obligations de contrôle, qu'il avait touché des jetons de présence pour son activité accessoire mais qu'il s'agissait là d'un gain accessoire et non intermédiaire, que le revenu de 10'682 fr. avait été réalisé en 2003 durant les mois de novembre et dé-

cembre, que l'attestation fiscale 2003 avait déjà été remise à la caisse et que, de janvier à octobre 2003, il n'avait réalisé aucun salaire pouvant être soumis à cotisations LPP.

25. Par acte du 9 mai 2007, l'assuré a déposé un premier recours pour déni de justice auprès du TCAS (A/1826/2007), que ce dernier a rejeté par arrêt du 14 novembre 2007 (ATAS/1265/2007).
26. Par décision du 16 juillet 2007, la caisse a refusé à l'assuré l'octroi d'indemnités de chômage dès le 4 avril 2003 au motif que les attestations de gain intermédiaire ne lui étaient jamais parvenues de sorte qu'elle n'avait pas pu obtenir les éléments nécessaires au calcul de l'indemnisation.
27. Le 17 août 2007, l'assuré a formé opposition à ladite décision. Il a produit une attestation établie le 25 juillet 2007 par Z_____ SA et contresignée par la fiduciaire XA_____ & Cie SA certifiant qu'il avait perçu 1'000 fr. en 2002 et 2003 à titre de défraiement en sa qualité d'administrateur afin de couvrir ses frais divers.
28. Interpellée par l'assuré, la caisse lui a répondu, le 31 mars 2008, qu'au vu de la complexité du cas, son dossier avait été transmis à la centrale de Zürich pour décision et qu'une décision sur opposition lui serait notifiée dès que possible.
29. Par écriture du 19 juin 2008, l'assuré a saisi une nouvelle fois le TCAS d'un recours pour déni de justice (A/2225/2998) en faisant remarquer que, depuis la décision du 16 juillet 2007, il n'y avait plus eu aucun acte d'instruction porté à sa connaissance.
30. Le 31 juillet 2008, la caisse a demandé à l'assurance collective accidents et maladie si les indemnités journalières qu'elle avait versées reposaient sur un contrat d'assurance dommage ou d'assurance de sommes et, dans le premier cas, de lui communiquer le mode de calcul du salaire assuré.
31. Par courrier du 5 août 2008, ladite assurance a répondu que le contrat individuel perte de gain était basé sur un salaire annuel annoncé de 106'800 fr., mais que dans la déclaration de sinistre du 25 juillet 2000, X_____ Sàrl avait mentionné un salaire de 104'000 fr. (salaire de base de 96'000 fr. et gratification de 8'000 fr.), sur la base duquel avait été calculé le montant de l'indemnité journalière. Il s'agissait d'une assurance dommage, pour laquelle elle n'avait pas vérifié l'exactitude des chiffres annoncés.
32. Par courrier du 8 août 2008, la caisse a réaffirmé qu'une instruction complémentaire sur la question du gain assuré était nécessaire. Elle avait considéré, en juin 2007, que le gain assuré pouvait être calculé sur la base des documents en sa possession, mais cela s'était finalement révélé erroné de sorte qu'elle devait établir le salaire que l'assuré aurait normalement obtenu auprès de X_____ Sàrl pendant les

périodes de cotisation. A cet effet, elle avait demandé à l'OCE de lui transmettre le dossier de l'assuré afin de disposer des documents déjà produits.

33. Par arrêt du 25 septembre 2008 (ATAS/1063/2008), le TCAS a admis le recours de l'assuré. Il a considéré que même en admettant que la situation de l'assuré fût complexe, un délai de près de trois ans pour statuer sur le montant des indemnités dues de mars à octobre 2003 devait être qualifié d'excessif de sorte que la caisse avait manifestement violé le principe de célérité. Il l'a condamnée à rendre une décision formelle susceptible de recours d'ici le 31 octobre 2008.
34. Par décision sur opposition du 31 octobre 2008, la caisse, s'agissant du délai cadre de cotisations - du 4 avril 2001 au 3 avril 2003 -, a considéré qu'eu égard à l'incapacité de travail totale de l'assuré du 27 juillet 2000 au 30 novembre 2002 et à l'activité déployée auprès de Z_____ SA à raison de deux heures par mois - laquelle ne pouvait être considérée que comme gain accessoire -, le gain assuré correspondait au salaire que l'assuré aurait normalement obtenu sans incapacité de travail auprès d'X_____ Sàrl pour la période du 1^{er} décembre 2001 au 30 novembre 2002. Or, selon l'assuré, cette entreprise n'avait plus eu d'activité depuis le 29 janvier 2001 et, selon l'hoirie A_____, depuis septembre 2002. Les cotisations au deuxième pilier avaient été payées jusqu'au 31 juillet 2002 alors que celles relatives à l'assurance-accidents l'avaient été jusqu'à la fin août 2002 - sans qu'on puisse savoir pourquoi le contrat avait été apparemment résilié pour cette date. S'agissant du montant du salaire, il n'existait ni contrat de travail écrit, ni décompte de salaire, les pièces pour établir le bilan de l'année 2002 avaient disparu et il était impossible de reconstituer la comptabilité. Les trois chèques d'avril, mai et juin 2000 correspondaient au salaire mensuel et aux frais, sans qu'il soit possible de savoir comment ces montants avaient été calculés. L'extrait du compte individuel AVS indiquait un salaire annoncé de 24'000 fr. pour les mois de mai à juillet 2000. Ces documents ne permettaient pas de calculer le gain assuré. Au sujet de l'activité accessoire auprès de Z_____ SA, la caisse devait contrôler s'il s'agissait d'une activité étendue - auquel cas elle devait prendre en compte ce gain à titre de gain intermédiaire. Or, malgré ses demandes, l'assuré ne lui avait pas donné de renseignements quant à l'importance de son temps de travail en faveur de cette entreprise. Par conséquent, la caisse a rejeté l'opposition.
35. Par acte du 3 décembre 2008, l'assuré a interjeté recours auprès du Tribunal de céans en concluant à l'octroi d'une indemnité journalière de 279 fr. 60 du 3 avril (recte 4 avril) au 31 octobre 2003, représentant un montant total de 41'101 fr. 20, plus intérêts moratoires à 5% dès le 17 novembre 2006, et à une participation à ses frais et dépens de 8'000 fr.

Le recourant conteste avoir violé son devoir de renseigner. Il fait remarquer que le TCAS avait déjà procédé à une instruction et estimé, dans son arrêt du 17 novembre 2005, que l'activité accessoire déployée ne l'avait pas été de manière intensive. Le

recourant reproche à l'intimée de lui avoir causé un dommage en agissant avec une mauvaise foi et un acharnement particuliers. Selon lui, depuis novembre 2006 au moins, l'intimée aurait violé les règles de la bonne foi de manière répétée en exigeant la remise de documents qu'il ne pouvait fournir et en revenant sur des points qui avaient été réglés par l'arrêt du TCAS du 17 novembre 2005.

Le recourant explique que la gestion de Monsieur W _____ était lacunaire et qu'à fin juin 2002, X _____ Sàrl lui devait des salaires d'environ 40'000 fr., de sorte que les chèques litigieux ne pouvaient être considérés que comme des acomptes. L'intimée lui avait confirmé, le 20 novembre 2006, avoir enregistré dans le système informatique un gain assuré de 8'000 fr. correspondant à une indemnité brute de 258 fr. 05. En exigeant ensuite des justificatifs de Z _____ SA et puis de X _____ Sàrl, elle aurait selon lui adopté un comportement contradictoire alors qu'elle aurait pu calculer les indemnités dues avec un minimum de bonne volonté. En effet, la seule question à élucider est de savoir si le salaire était versé douze fois par an ou treize fois. Or, il ressort des indices contenus dans le dossier, à savoir ses déclarations et le montant du salaire assuré en assurance-accidents, soit 104'000 fr., que le salaire a été versé douze fois et correspond à un gain mensuel brut de 8'667 fr.

36. Dans sa réponse du 5 février 2009, l'intimée a conclu au rejet du recours.

L'intimée relève que le recourant a travaillé en tant que gérant avec signature individuelle de X _____ Sàrl ; l'assuré allègue qu'il s'agissait d'une activité fictive ayant pour but de rendre service à l'associé principal. La caisse considère que la possibilité d'un abus résultant d'un accord fictif ne peut pratiquement pas être écartée de sorte qu'elle doit se baser sur les versements effectifs pour calculer le gain assuré et non sur le salaire contractuel allégué de 104'000 fr. Selon l'intimée, le recourant n'a pas établi au degré de la vraisemblance prépondérante le versement du salaire annoncé à l'AVS et doit supporter le fardeau de la preuve et l'échec de celle-ci quant à la réalité du salaire soumis à cotisations. La caisse dit avoir constaté que l'attestation du 25 juillet 2007 signée par le recourant et un représentant de la fiduciaire XA _____ & Cie SA ne confirme que le montant reçu par le recourant mais ne comporte aucune indication sur les heures de travail accomplies en faveur de Z _____ SA. La caisse a reconnu que si elle avait eu connaissance de ce document avant le 16 juillet 2007, elle aurait peut-être ouvert le délai-cadre et indemnisé le recourant sur la base d'un gain assuré de 8'000 fr. Elle a cependant considéré que, dans la mesure où le recourant avait renoncé à renseigner l'office de paiement alors que ce dernier lui avait demandé plusieurs fois des renseignements, il avait violé son devoir de renseigner et devait supporter la décision négative due aux informations manquantes. Enfin, l'intimée conteste que les conditions pour la protection de la bonne foi soient réalisées puisque le recourant n'a pas reçu d'informations erronées.

37. Dans sa duplique du 10 mars 2009, le recourant soutient que la violation du devoir de renseigner invoquée par l'intimée ne doit pas entraîner un refus du droit aux prestations mais une simple suspension. Il conteste avoir réalisé un gain intermédiaire auprès de Z_____ SA en octobre 2003 et explique avoir annoncé à l'ORP qu'il avait été engagé dès novembre 2003. Le recourant observe que les renseignements requis par l'intimée ne correspondaient pas aux instructions du SECO dès lors qu'elle ne lui a jamais demandé les heures effectuées en faveur de Z_____ SA, mais le salaire perçu.
38. Par écriture du 8 avril 2009, l'intimée a renoncé à répliquer.
39. Le 20 avril 2009, le Tribunal de céans a communiqué cette écriture au recourant et, sur ce, a gardé la cause à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 8 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ; RS 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 (LACI; RS 837.0). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.
2. La LPGA, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003 est applicable en l'espèce dès lors que les faits litigieux sont postérieurs au 1^{er} janvier 2003 (cf. ATF 130 V 446 consid. 1, 129 V 4 consid. 1.2). Les modifications de la LACI du 22 mars 2002 (3^{ème} révision) et de l'OACI du 28 mai 2003, entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2003, sont régies par le même principe et sont donc applicables aux prestations dues dès le 1^{er} juillet 2003.
3. Le délai de recours est de 30 jours (art. 60 al. 1 LPGA). La décision sur opposition du 31 octobre 2008 a été reçue le 3 novembre 2008 de sorte que le recours du 3 décembre 2008 a été formé en temps utile, le dernier jour du délai (art. 39 al. 1 et 60 al. 2 LPGA). Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable, en vertu des art. 56 et ss LPGA.
4. Le litige porte sur le droit du recourant à l'octroi d'indemnités de l'assurance-chômage du 4 avril au 31 octobre 2003, plus particulièrement sur la question du gain assuré.
5. Aux termes de l'art. 23 al. 1 LACI, est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS, 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. Le montant maximum du gain assuré correspond à celui de l'assurance-accidents obligatoire. Le gain n'est pas réputé assuré lorsqu'il n'atteint pas un montant minimum. Le Conseil fédéral détermine la période de référence et fixe le montant minimum.

Par salaire normalement obtenu au sens de cette disposition, il faut entendre la rémunération touchée effectivement par l'assuré (ATF 128 V 190 consid. 3, 123 V 72 consid. 3). Le salaire contractuel n'est déterminant que si les parties respectent sur ce point les clauses contractuelles. Il s'agit en effet d'éviter des accords abusifs selon lesquels les parties conviendraient d'un salaire fictif qui, en réalité, ne serait pas perçu par le travailleur. Un salaire contractuellement prévu ne sera dès lors pris en considération que s'il a réellement été perçu par le travailleur durant une période prolongée et que s'il n'a jamais fait l'objet d'une contestation (ATF 131 V 444 consid. 3.2.1, 3.2.3 et ATF 128 V 189 consid. 3a/aa). Une créance de salaire comptabilisée dans les comptes de la société ne peut en conséquence pas être prise en considération au titre de gain assuré (DTA 2001 n° 27 p. 225).

Le salaire déterminant au sens de l'art. 5 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS; RS 831.10) comprend en particulier toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Les prestations d'assurance en cas d'accident, de maladie ou d'invalidité, à l'exception des indemnités journalières selon les art. 25 de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (LAI; RS 831.20) et 29 de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur l'assurance militaire (LAM; RS 833.1), ne sont pas comprises dans le revenu de l'activité lucrative (art. 6 al. 2 let. b du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance vieillesse et survivants [RAVS; RS 831.101]).

Lorsque l'assuré est partie à un rapport de travail et qu'il ne touche pas de salaire parce qu'il est malade ou victime d'un accident, est déterminant le salaire qu'il aurait normalement obtenu (art. 39 de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité [OACI] en corrélation avec l'art. 13 al. 2 let. c 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 (art. 23 al. 3 LACI). Le salaire pris en compte comme gain assuré se rapproche de la notion de salaire déterminant au sens de la LAVS (cf. art. 5 al. 2), mais ne se recouvre pas exactement avec celui-ci, ce qui ressort d'ailleurs de la formulation «normalement» contenue dans le texte légal de l'art. 23 al. 1 LACI (NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, ch. 303 p. 116). Certains montants perçus par le salarié, certes soumis à cotisations, n'entrent pas dans la fixation du gain assuré. Il en va ainsi de la rémunération des heures supplémentaires (ATF 129 V 105), de l'in-

demnité de vacances à certaines conditions (DTA 2000 n° 7 p. 33), des gains accessoires (ATF 125 V 478 consid. 5a) ou encore des indemnités de frais (DTA 1992 n° 14 p. 141). L'assurance-chômage n'a en effet pas vocation d'indemniser les pertes d'activités qui dépassent l'horaire normal de travail (ATFA non publié du 26 juin 2006, C 139/05, consid. 4.1).

6. L'art. 23 al. 1 LACI ne définit pas la période de référence pour le calcul du gain assuré. Le législateur a délégué cette compétence au Conseil fédéral qui en a fait usage en édictant l'art. 37 OACI (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 30 juin 2003). Cette disposition prévoit qu'en règle générale, est réputée période de référence pour le calcul du gain assuré, le dernier mois de cotisation avant le début du délai-cadre relatif à la période d'indemnisation (al. 1). Sont réservées les exceptions prévues aux alinéas 2 à 4.

L'art. 37 al. 1 OACI se réfère, à titre de règle générale, au dernier mois de cotisation précédant le début du délai-cadre d'indemnisation. Afin d'atténuer l'effet de variations purement casuelles du revenu, la période de référence est portée à six mois en application de l'art. 37 al. 2 OACI lorsque l'écart entre le revenu ainsi déterminé et celui du seul dernier mois atteint 10% en valeur absolue (NUSSBAUMER, op. cit, ch. 315, p. 120). La caisse peut cependant se fonder sur une période de référence plus longue, mais au plus sur les douze derniers mois de cotisations, lorsque le résultat obtenu en application des alinéas 1 et 2 se révèle injuste pour l'assuré (al. 3). Les exceptions prévues par ces deux derniers alinéas doivent ainsi permettre de tenir compte des fluctuations du revenu de l'assuré qui peuvent résulter, par exemple, de changements réitérés d'emplois, le cas échéant exercés à temps partiel, de la fixation du revenu en fonction du résultat (rémunération à la commission) ou encore du fait que l'assuré qui est partie à un rapport de travail durable n'est occupé que sur appel avec une fréquence variable, tels le personnel de vente auxiliaire et certains agents de compagnies privées de sécurité (ATF 121 V 172 consid. 4b et les arrêts cités).

7. Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf disposition contraire 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).

Par ailleurs, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe

n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire. Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et les faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 195 consid. 2 et les références).

8. Ainsi que cela a été dit plus haut, le gain assuré est calculé sur la base du gain obtenu le dernier mois de cotisation précédant le début du délai-cadre, lequel a, dans le cas présent, été justement fixé par la caisse du 4 avril 2001 au 3 avril 2003. Or, en mars 2001, le recourant était incapable de travailler et, dans son arrêt du 17 novembre 2005 - entré en force -, le Tribunal de céans a eu l'occasion de constater que le recourant était toujours partie à un rapport de travail avec X_____ Sàrl. Durant ce mois de mars 2001, le recourant n'a pas touché de salaire de la part de X_____ Sàrl, mais il a reçu de la part de l'assurance perte de gain des indemnités journalières qui libèrent l'employeur de l'obligation de payer le salaire (cf. ATF non publié C 112/02 du 23 juillet 2002, consid. 2.1). Par conséquent, il y a lieu de tenir compte du salaire que l'assuré aurait normalement obtenu durant cette période (art. 39 OACI en corrélation avec l'art. 13 al. 2 let. c LACI; cf. DTA 1999 n° 7 p. 28 consid. 2a) et non des indemnités journalières qui lui ont été versées en vertu des art. 324a al. 4 CO et 324b CO (ATF non publié C 336/05 du 7 novembre 2006, consid. 4.1).

Le recourant allègue que ce salaire était de 8'667 fr. en se basant sur son compte individuel AVS, le salaire assuré dans le cadre de l'assurance perte de gain et les cotisations versées en LPP. L'intimée soutient pour sa part qu'il s'agit d'un salaire contractuel convenu fictivement entre les parties et que, faute de preuve du versement d'un tel salaire, le droit du recourant à une indemnité journalière doit être nié.

En l'espèce, le recourant était associé gérant avec signature individuelle de X_____ Sàrl, société qui appartenait à Monsieur W_____, associé principal sans signature, décédé le 29 janvier 2001. Le recourant ne disposait d'aucun contrat de travail écrit, ni de décompte de salaire. Depuis le décès de l'associé principal, la société n'a plus eu d'activité mais est néanmoins restée inscrite au RC. Selon le compte individuel AVS du recourant, X_____ Sàrl a versé des cotisations de mai à juillet 2000, sur la base d'un salaire total de 24'000 fr. - correspondant à un salaire mensuel de 8'000 fr. Le décompte de sortie du 23 septembre 2003 de la FONDATION COLLECTIVE LPP de ZURICH, COMPAGNIE SUR LA VIE, fait état d'une couverture d'assurance du 1^{er} mai 2000 au 31 juillet 2002. De plus, la liste des primes et frais du 23 septembre 2003 concernant X_____ Sàrl mentionne un salaire annoncé de 106'800 fr. - correspondant à un salaire mensuel de 8'215 fr. dans l'hypothèse où le salaire est versé treize fois par année. Le recourant a également produit trois chèques établis par X_____ Sàrl en sa faveur, qui n'ont pas été signés de sa main (un de 7'000

euros, daté du 30 avril 2000 et portant la mention « salaire d'avril et frais », un de 9'000 euros, daté du 22 mai 2000 et portant la mention « salaire de mai et frais », et un de 11'500 euros, établi le 28 juin 2000 et portant la mention « salaire de juin et frais »), soit un montant total de 27'500 euros - correspondant globalement à 41'000 fr. - qui, au regard des autres éléments concordants, rend vraisemblable le versement d'un salaire mensuel d'environ 8'000 fr. de mai à juillet 2000, même si ces éléments ne permettent pas de distinguer la part de salaire et de frais. En effet, les cotisations AVS et LPP confirment un tel salaire mensuel de 8'000 fr. de sorte qu'en tenant compte de toutes les circonstances, il faut admettre qu'au degré de preuve de la vraisemblance prépondérante, X_____ Sàrl s'est non seulement acquittée des cotisations sociales sur la base d'un salaire mensuel d'environ 8'000 fr. mais a également versé ce salaire au recourant de sorte qu'il ne s'agit pas d'un salaire fictif. En effet, en produisant une copie des trois chèques, le recourant a apporté un élément probatoire supplémentaire, qui ne peut pas être influencé par lui-même, établissant qu'il a réellement perçu un salaire ainsi que l'exige la jurisprudence. Contrairement à ce que soutient l'intimée, la situation n'est pas comparable à celle qui prévalait dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt publié dans DTA 2001 n° 27 p. 225. Dans cette affaire, l'assuré n'avait jamais reçu de salaire durant ses périodes d'activité au service de l'employeur; le salaire contractuel - convenu fictivement entre les parties - ne pouvait dès lors pas être pris en considération (comp. aussi avec DTA 1999 n° 7 p. 28 consid. 2).

Il convient à présent d'établir le montant précis de ce salaire. Le recourant a cotisé à raison de 8'000 fr. à l'AVS. Il a par ailleurs cotisé sur la base d'un revenu annuel de 106'800 fr. en LPP et en assurance perte de gain. Il ressort des explications de cette dernière en date du 5 août 2008 que, dans sa déclaration de sinistre du 25 juillet 2000, X_____ Sàrl a mentionné un salaire de 104'000 fr. (correspondant à un salaire de base de 96'000 fr. et à une gratification de 8'000 fr.) La divergence de chiffres entre les divers documents fournis par le recourant quant au montant du salaire doit être prise en considération dans le calcul du gain assuré déterminant (ATF 131 V 444 consid. 3.3). Le défaut de preuve quant au salaire exact versé n'entraîne pas la négation du droit à l'indemnité mais doit être interprété en défaveur de l'assuré (ATF non publié 284/05 du 25 avril 2006, consid. 2.5). Par conséquent, au vu de la différence des revenus sur lesquels les cotisations ont été payées en AVS par rapport à la LPP et l'assurance perte de gain, il convient de retenir un gain assuré de 8'000 fr.

9. Il reste à déterminer si l'activité que le recourant a exercée en faveur de Z_____ SA est une activité accessoire étendue.

Est réputé accessoire tout gain que l'assuré retire d'une activité dépendante exercée en dehors de la durée normale de son travail ou d'une activité qui sort du cadre ordinaire d'une activité lucrative indépendante. Si plusieurs rapports de travail courent parallèlement, est réputée durée normale de travail l'horaire hebdomadaire de tra-

vail normal de l'activité principale. Cela vaut même si le gain accessoire est supérieur au gain retiré de l'activité principale. Si l'assuré exerce deux activités à temps partiel au même taux d'occupation, est réputée accessoire l'activité lui procurant le gain le plus bas. [Circulaire 2007 du SECO relative à l'indemnité de chômage (ci-après : IC), C8].

Un gain accessoire ne devient pas gain intermédiaire pendant le chômage. Par contre, si l'assuré étend son activité accessoire, le gain supplémentaire qu'il en tire sera considéré comme gain intermédiaire (IC, C9).

En l'espèce, le recourant a débuté son activité accessoire d'administrateur avec signature individuelle de Z_____ SA, le 28 août 2002, ainsi que cela ressort de l'inscription au RC. Dans sa demande d'indemnités de chômage du 4 avril 2003, il a indiqué que cette activité l'occupait depuis le 31 août 2002, le soir et des jours isolés. Dans son courrier du 18 août 2003 répondant aux questions de la SACH, il a précisé, qu'elle lui prenait un maximum de deux heures par mois. Dans une attestation du 14 novembre 2003, Z_____ SA a confirmé que l'activité déployée par le recourant ne dépassait pas deux à trois heures mensuelles. Lors de l'audience du 6 octobre 2005 dans le cadre de la procédure judiciaire précédente (A/1259/2004), il a déclaré que sa tâche consistait à trouver des locaux, concevoir un papier à entête pour le deuxième semestre 2003, se rendre auprès de la fiduciaire et du notaire. Il a confirmé que ladite activité représentait quelques heures de travail par mois. Par conséquent, le recourant a toujours affirmé que son activité d'administrateur lui prenait quelques heures par mois et ses déclarations sont confirmées par l'attestation de son employeur du 14 novembre 2003. Or, même si les actionnaires de la SA étaient en stage à l'étranger et ne pouvaient pas forcément vérifier le temps de présence du recourant, ce dernier n'a pas varié dans ses déclarations qui sont, au demeurant, confirmées par la modicité de l'indemnisation reçue pour son activité d'administrateur. Faute d'éléments contraires, il n'y a pas lieu de considérer que la durée du travail du recourant ne peut pas être déterminée et qu'il s'agit d'une activité à plein temps dont le salaire doit être fixé fictivement conformément aux usages de la branche (IC, C 134).

L'extrait du compte individuel AVS de l'assuré fait état, s'agissant de Z_____ SA, de cotisations prélevées sur la base d'un revenu de 1'000 fr. pour l'année 2002, de 10'682 fr. pour l'année 2003 et de 18'900 fr. pour l'année 2004. Le certificat de salaire établi par Z_____ SA en faveur du recourant en date du 24 août 2004 mentionne un salaire de 10'862 fr. 50 pour la période du 1^{er} novembre au 31 décembre 2003. Sur demande de l'intimée, dans son courriel du 27 novembre 2006, le recourant a précisé qu'il avait gagné chez Z_____ SA 1'000 fr. en 2003 et que le solde avait été obtenu pour novembre et décembre. Puis, dans son courrier du 31 mars 2007, il a confirmé qu'il avait réalisé le gain de 10'682 fr. en novembre et décembre 2003 exclusivement. Enfin, l'attestation du 25 juillet 2007 établie par Z_____ SA et la fiduciaire XA_____ & Cie SA

confirme que le recourant a reçu un défraiement de 1'000 fr. en 2002 et 2003 pour son activité d'administrateur. S'agissant du gain accessoire en tant qu'administrateur de Z_____ SA, il est établi que le recourant a obtenu un défraiement de 1'000 fr. en 2002 et 2003 puisque les allégations du recourant ont été confirmées par le réviseur de la société. Par conséquent, ledit gain accessoire n'est pas un gain étendu et n'est donc pas considéré comme un gain intermédiaire de sorte que le gain assuré s'élève à 8'000 fr.

10. Il reste à déterminer si l'indemnisation du recourant doit se faire du 4 avril jusqu'au 30 septembre 2003 ou jusqu'au 31 octobre 2003.

Les données de contrôle du mois d'octobre 2003 mentionnent le code 420 dès le 1^{er} octobre qui signifie gain intermédiaire. Toutefois, le recourant a annulé son inscription au chômage en date du 13 novembre 2003 avec effet au 1^{er} novembre 2003 parce qu'il avait trouvé un emploi.

Même s'il y a effectivement une contradiction entre les données de contrôle d'octobre 2003 et l'IPA du mois d'octobre 2003, rien ne permet de considérer que les déclarations de la première heure l'emportent comme le soutiennent le SECO et l'intimée. En effet, d'une part, le recourant a toujours soutenu que son conseiller avait commis une erreur en mentionnant le code 420 et, d'autre part, il n'a pas rempli d'IPA pour le mois d'octobre 2003 avant 2006 semble-t-il parce qu'il attendait qu'un remplaçant soit désigné à son conseiller ainsi qu'il l'a indiqué dans son courriel du 8 juin 2006. Or, le certificat de salaire établi par Z_____ SA en date du 24 août 2004 ne fait état d'un salaire que pour la période du 1^{er} novembre au 31 décembre 2003 ce qui confirme que le recourant n'a pas eu de gain intermédiaire avant cette période et qu'il a donc droit à l'indemnité de chômage jusqu'au 31 octobre 2003.

11. L'intimée relève que l'attestation du 25 juillet 2007 ne contient pas d'information relative aux heures effectuées par le recourant auprès de Z_____ SA. Elle reproche à ce dernier de ne pas avoir rempli d'attestation de gain intermédiaire pour chaque mois et de ne s'être jamais prononcé quant aux heures effectuées. Elle en déduit une violation de son devoir de renseigner justifiant une décision négative due aux informations manquantes.

Conformément à l'art. 43 LPGA, si l'assuré ou d'autres requérants refusent de manière inexcusable de se conformer à leur obligation de renseigner ou de collaborer à l'instruction, l'assureur peut se prononcer en l'état du dossier ou clore l'instruction et décider de ne pas entrer en matière (al. 2). Il doit leur avoir adressé une mise en demeure écrite les avertissant des conséquences juridiques et leur impartissant un délai de réflexion convenable (al. 3). L'assureur ne peut se prononcer en l'état du dossier ou refuser d'entrer en matière que s'il ne lui est pas possible d'élucider les

faits sans difficultés ni complications spéciales, malgré l'absence de collaboration de l'assuré (ATFA non publié U 316/06 du 6 juillet 2007, consid. 3.1.1).

Il est vrai que le recourant a fait preuve de beaucoup de mauvaise volonté face aux demandes de renseignements de l'intimée, allant même jusqu'à annuler un entretien destiné à trouver une solution une fois pour toutes aux divers problèmes en suspens. Il est également vrai que l'intimée a demandé au recourant à plusieurs reprises des précisions et des pièces que ce dernier avait déjà communiquées auparavant ou qui étaient inutiles, ce qui n'a pas manqué d'irriter l'intéressé. Toutefois, contrairement à ce que soutient l'intimée, le recourant avait déjà donné les précisions nécessaires quant à ses heures de travail en tant qu'administrateur de Z_____ SA dans sa demande d'indemnités de chômage du 4 avril 2003, dans son courrier du 18 août 2003, dans l'attestation de Z_____ SECURITY SA du 14 novembre 2003 et lors de l'audience du 6 octobre 2005. Même si certains de ces renseignements ne lui ont pas été communiqués directement, la caisse aurait pu demander sans difficultés, ni complications spéciales à consulter le dossier de l'OCE dans lesquels ils figuraient. Au sujet de l'attestation de gain intermédiaire, il ressort du téléfax du 22 novembre 2006 que le recourant a pris l'initiative de ne remplir qu'une seule attestation de gain intermédiaire pour la période du 1^{er} mars au 31 octobre 2003 car, pour un revenu mensuel de 83 fr. 35, il ne jugeait pas très utile d'en remplir une chaque mois et supposait que l'intimée était d'accord. Puis par e-mail du 24 novembre 2006, il a observé qu'il n'avait pas eu de nouvelles de l'intimée et en a conclu que le document faxé correspondait à son attente. Lors de son instruction complémentaire du 7 décembre 2006, l'intimée n'a pas réclamé un formulaire par mois. Ce n'est que le 2 mars 2007 qu'elle a formulé cette exigence afin de connaître le nombre d'heures passées chaque mois à cette fonction. Or, on ne voit pas en quoi le fait de ne remplir qu'un seul formulaire pour toute la période concernée en indiquant qu'aucune durée hebdomadaire de travail n'avait été convenue a une incidence sur la détermination du nombre d'heures de travail puisque l'employeur avait déjà confirmé dans son attestation du 14 novembre 2003 que l'activité du recourant ne dépassait pas les deux à trois heures mensuelles. Par conséquent, l'intimée ne peut pas prétendre que l'absence de ces renseignements et des attestations mensuelles de gain intermédiaire l'ont contrainte à rendre une décision négative en l'état du dossier.

12. Dans un second moyen, le recourant réclame des intérêts moratoires.

L'art. 26 al. 2 LPGA (en liaison avec les art. 6 et 7 OPGA) prévoit que des intérêts moratoires sont dus pour toute créance de prestations d'assurances sociales à l'échéance d'un délai de 24 mois à compter de la naissance du droit, mais au plus tôt douze mois à partir du moment où l'assuré fait valoir ce droit, pour autant qu'il se soit entièrement conformé à l'obligation de collaborer qui lui incombe. Selon l'art. 7 al. 1 OPGA, le taux de l'intérêt moratoire est de 5 % par an.

En l'espèce, le droit du recourant à des indemnités de chômage pour la période du 4 avril au 31 octobre 2003 a pris naissance il y a plus de 24 mois et il s'est écoulé plus de 12 mois depuis sa demande de prestations de sorte qu'il a en principe droit à des intérêts moratoires pour autant qu'il ait respecté son obligation de collaborer. Or, ainsi qu'il ressort des développements précédents, même si le recourant a fait preuve de mauvaise volonté pour répondre aux actes d'instruction de l'intimée, il n'en a pas pour autant violé son obligation de collaborer dès lors qu'il n'a pas refusé de manière inexcusable de se conformer à l'obligation de collaborer ou de renseigner au sens de l'art. 43 al. 3 LPGA. Par conséquent, il a droit à des intérêts moratoires à 5 % dès le 4 avril 2005.

13. Dans un troisième moyen, le recourant demande à être dédommagé intégralement des frais encourus, soit 20 heures de travail à 400 fr. (hors TVA), pour le travail de l'avocat auquel il a dû faire appel en raison de la légèreté tendant à la témérité avec laquelle l'intimée a traité son dossier. Autrement dit, le recourant soutient que l'intimée lui a causé un dommage.

Dans la procédure juridictionnelle administrative, ne peuvent être examinés et jugés, en principe, que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée préalablement d'une manière qui la lie, sous la forme d'une décision. Dans cette mesure, la décision détermine l'objet de la contestation qui peut être déféré en justice par voie de recours. En revanche, dans la mesure où aucune décision n'a été rendue, la contestation n'a pas d'objet, et un jugement sur le fond ne peut pas être prononcé (ATF 131 V 164 consid. 2.1 et 125 V 413 consid. 1a).

L'obligation des assureurs de répondre des dommages causés illicitement à un assuré ou à des tiers par leurs organes d'exécution ou par leur personnel est prévue à l'art. 78 LPGA. La demande en réparation doit être présentée à l'autorité compétente, qui se prononce par une décision (art. 78 al. 2 LPGA). Il appartient aux lois spéciales de déterminer quelle autorité est compétente et pour quelle assurance (rapport du 26 mars 1999 de la Commission du Conseil national de la sécurité sociale et de la santé [CSSS], FF 1999 4317). En matière d'assurance-chômage, l'art. 85h LACI prévoit à cet effet que les demandes en réparation doivent être adressées à l'autorité cantonale compétente, qui statue par voie de décision.

Selon l'art. 3 du règlement d'exécution de la loi genevoise en matière de chômage (dans sa version en vigueur jusqu'au 31 janvier 2008, RMC), l'autorité cantonale compétente au sens de la LACI est l'OCE (al. 1).

En l'occurrence, faute de compétence à ce sujet, la caisse n'a rendu aucune décision au sujet de sa responsabilité éventuelle pour un dommage causé illicitement à l'intéressé, de sorte qu'un jugement ne peut être rendu sur ce point. La conclusion du recourant est dès lors irrecevable.

14. Au vu de ce qui précède, le recours est partiellement admis et les décisions du 16 juillet 2007 ainsi que du 31 octobre 2008 annulées. Le recourant obtenant gain de cause, une indemnité de 2'000 fr. lui sera accordée à titre de participation à ses frais et dépens (art. 61 let. g LPGA). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement et annule les décisions d'UNIA des 16 juillet 2007 et 31 octobre 2008.
3. Dit que le recourant a droit à une indemnité de chômage du 4 avril au 31 octobre 2003, basée sur un gain assuré de 8'000 fr., ainsi que des intérêts moratoires à 5% dès le 4 avril 2005.
4. Renvoie la cause à l'intimée pour calcul des prestations dues.
5. Condamne l'intimée à verser au recourant une indemnité de 2'000 fr. à titre de 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); 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

Yaël BENZ

Karine STECK

Le secrétaire-juriste : Philippe LE GRAND ROY

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