REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/974/2007 **ATAS/1054/2007**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 1

du 25 septembre 2007

En la cause

Monsieur B_____, domicilié , VERSOIX - GENEVE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître STOLLER FÜLLEMANN Monique	recourant
contre	
UNIA ARBEITSLOSENKASSE, sis Strassburgstrasse 11, ZURICH	intimé

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

EN FAIT

1. Monsieur

2. B_____ s'est inscrit auprès de la caisse de chômage UNIA (ci-après la caisse) en mai 2006. Un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur du 12 mai 2006 au 11 mai 2008. La caisse a pris en considération un gain assuré de 7'421 fr. et l'indemnité journalière a été fixée à 239 fr. 40, soit à 70% du gain assuré journalier.

3. L'assuré travaillait depuis le 1er février 1989 au service de la société X_____ en qualité de comptable à plein temps. Il a été licencié par courrier du 14 septembre 2005 avec effet au 31 décembre 2005, pour cause de restructuration. Parallèlement à cet emploi et en sus, l'assuré exerçait une activité lucrative d'animateur depuis le 13 décembre 1998 à Y_____ SA, ce en accord avec la société X_____. Le salaire relatif à cette activité a été considéré comme gain accessoire et n'a dès lors pas été pris en compte pour le calcul de l'indemnité de chômage.

4. Y_____ SA a proposé à l'assuré en juin 2005 de participer aux matinales de la station pour la rentrée de septembre 2005 (cf. attestation du 9 janvier 2007), toujours en dehors des heures de bureau, ce que celui-ci a accepté.

5. Par décision du 28 novembre 2006, la caisse a procédé à un nouveau calcul du gain assuré, considérant que le salaire réalisé à Y_____ SA devait être pris en compte en tant que gain intermédiaire de mai à octobre 2006. Elle s'est fondée sur le fait que l'assuré avait pratiquement doublé son activité à Y_____ SA peu avant la résiliation de son contrat de travail avec la société X_____. Des décomptes de salaires Y_____ SA, il ressort à cet égard les montants bruts suivants :

2005:	janvier	Fr.	930.00
	février	"	1'092.50
	mars	"	1'320.00
	avril	"	930.00
	mai	"	930.00
	juin	"	962.50
	juillet	"	572.50
	août	"	962.50
	septembre	"	1'780.00
	octobre	"	2'177.50
	novembre	"	1'917.50
	décembre	"	2'132.50
2006	janvier	"	2'520.00
	février	"	2'224.80
	mars	"	2'159.20
	avril	"	2'388.80
	mai	"	2'159.20

La caisse a ainsi déduit du salaire de Y_____ SA le gain accessoire réalisé durant les 12 derniers mois d'activité, soit de septembre 2004 à août 2005, période durant laquelle l'assuré a reçu en moyenne 1'076 fr. par mois, pour obtenir le gain intermédiaire de mai à octobre 2006 et a réclamé à l'assuré le remboursement de la somme de 1'612 fr. 35 représentant les prestations versées à tort.

5. L'assuré, représenté par Maître Monique STOLLER-FULLEMANN, a formé opposition le 11 janvier 2007. Il conteste le fait que le salaire que lui verse Y_____ SA, lequel varie considérablement d'un mois à l'autre, soit considéré comme gain intermédiaire, rappelant qu'il travaille accessoirement comme animateur- radio depuis de nombreuses années en parallèle à son activité de comptable à 100%, et que c'est en juin 2005, bien avant de savoir qu'il serait licencié, qu'il avait accepté la proposition de s'occuper aussi des matinales, ceci toujours en dehors des heures de bureau. Il reproche également à la caisse d'avoir retenu à titre de période de référence celle de septembre 2004 à août 2005, alors qu'elle aurait dû tenir compte des 12 derniers mois, soit du 11 mai 2005 au 11 mai 2006. La moyenne de 1'076 fr. fixée par la caisse à titre de gain accessoire n'est donc selon lui pas correcte.

6. Par décision du 8 février 2007, la caisse a rejeté l'opposition. Le fait que l'assuré ait travaillé à Y_____ SA en dehors des heures de bureau de son emploi principal ne change rien à sa position. Elle tient à cet égard à relever que l'assuré a augmenté son temps d'activité auprès de Y_____ SA peu avant la résiliation du contrat de travail chez X_____ et que le travail s'effectuait aussi en dehors des heures de bureau.

7. L'assuré, par son mandataire, a interjeté recours le 9 mars 2007 contre ladite décision. Il insiste sur le fait que lorsqu'il a accepté en juin 2005 de travailler pour les matinales de Y_____ SA dès septembre 2005, il ne savait pas encore qu'il serait licencié quelques mois plus tard; il ne le savait pas non plus lorsqu'il a commencé les matinales début septembre 2005. Il conteste ainsi que ce qui avait été considéré initialement comme un gain accessoire soit devenu gain intermédiaire. Il conteste également la période de référence retenue par la caisse.

8. Dans sa réponse du 11 avril 2007, la caisse relève que les salaires réalisés par l'assuré à Y_____ SA se sont multipliés plus ou moins par deux dès septembre 2005, par rapport à la période janvier à août 2005. S'agissant de la période de référence, elle constate que du 1er janvier 2006 jusqu'à l'inscription au chômage, l'emploi chez Y_____ SA constituait le gain principal et unique de l'assuré, raison pour laquelle cette période devait être exclue pour le calcul du gain accessoire. Elle conclut dès lors au rejet du recours, rappelant par ailleurs que l'assuré a la possibilité de demander la remise de l'obligation de restituer.

9. Ce courrier a été transmis à l'assuré et la cause gardée à juger.

EN DROIT

1. En vertu de l'art. 56 V al. 1 let. a, ch. 8 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ), 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) qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant des modifications législatives notamment dans le droit de l'assurance-invalidité. Du point de vue temporel, sont en principe applicables les règles de droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits et le juge des assurances sociales se fonde en principe, pour apprécier une cause, sur l'état de fait réalisé à la date déterminante de la décision sur opposition litigieuse (ATF 129 V 4 consid. 1.2; 169 consid. 1 ; 356 consid. 1 et les arrêts cités). En ce qui concerne la procédure et à défaut de règles transitoires contraires, la LPGA et son ordonnance d'application s'appliquent sans réserve dès le jour de leur entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b; 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b).

3. Déposé dans les forme et délai légaux, le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA).

4. Le litige porte sur la demande de restitution de la somme de 1'612 fr. 35 que la caisse considère avoir versée à tort.

5. A teneur de l'art. 23 al. 1 LACI, 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 de telles indemnités ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail.

6. Dans un premier temps en l'espèce, le gain provenant de Y_____ SA a été considéré comme gain accessoire et n'a dès lors pas été, à juste titre, pris en considération dans le calcul du gain assuré, conformément à l'art. 23 al. 1 LACI première phrase.

   En revanche, la caisse, constatant que l'assuré avait sensiblement augmenté le temps de travail qu'il consacrait à cet emploi dès septembre 2005, a qualifié ce gain de gain intermédiaire, de mai à octobre 2006, ce qui l'a conduite à procéder à un nouveau calcul du gain assuré. Il est apparu de ce nouveau calcul que des indemnités de l'assurance chômage avaient été versées à tort, raison pour laquelle la caisse en a demandé la restitution à l'assuré.

7. Selon l'art. 95 LACI, la demande de restitution est réglée par l'art. 25 LPGA. Cette disposition légale ne fait que reprendre la réglementation de l'art. 47 al. 1 LAVS qui était jusque là applicable soit directement, soit par renvoi ou encore par analogie dans d'autres domaines du droit des assurances sociales (Patrice Keller, La restitution des prestations indûment touchées dans la LPGA, in : Partie générale du droit des assurances sociales, Lausanne 2003, p. 149 ss, plus spécialement p. 167 ss).

   Comme par le passé, l'obligation de restituer suppose, conformément à la jurisprudence rendue à propos de l'art. 47 al. 1 LAVS ou de l'art. 95 LACI (ATF 129 V 110 consid. 1.1, 126 V 23 consid. 4b, 122 V 21 consid. 3a, 368 consid. 3, et les arrêts cités) que soient remplies les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale de la décision - formelle ou non - par laquelle les prestations en cause ont été allouées (Ueli KIESER, op. cit., note 2 ss ad art. 25; Thomas LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, Berne 2003 § 42, p. 279; Edgar IMHOF/Christian ZÜND, ATSG und Arbeitslosenversicherung, in: RSAS 2003 p. 304 sv. [à propos de l'art. 95 LACI]; Jürg BRECHBÜHL, Umsetzung des ATSG auf Verordnungsebene / Verordnung zum Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, in: Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG], Saint-Gall 2003, p. 208; ATF 130 V 319).

   La reconsidération et la révision sont désormais explicitement réglées à l'art. 53 LPGA, qui codifie la jurisprudence antérieure à son entrée en vigueur : selon un principe général du droit des assurances sociales, l'administration peut reconsidérer une décision formellement passée en force de chose jugée sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée quant au fond, à condition qu'elle soit sans nul doute erronée et que sa rectification revête une importance notable. En outre, par analogie avec la révision des décisions rendues par les autorités judiciaires, l'administration est tenue de procéder à la révision d'une décision entrée en force formelle lorsque sont découverts des faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuve, pouvant conduire à une appréciation juridique différente (ATF 127 V 469 consid. 2c et les références; SVR 2004 ALV n° 14 p. 43 sv. consid. 3 [arrêt D. du 23 mars 2004, C 227/03]).

   Ces principes sont aussi applicables lorsque des prestations ont été accordées sans avoir fait l'objet d'une décision formelle et que leur versement, néanmoins, a acquis force de chose décidée. Il y a force de chose décidée si l'assuré n'a pas, dans un délai d'examen et de réflexion convenable, manifesté son désaccord avec une certaine solution adoptée par l'administration et exprimé sa volonté de voir statuer sur ses droits dans un acte administratif susceptible de recours (ATF 129 V 110 consid. 1.1, 126 V 24 consid. 4b, 122 V 369 consid. 3).

8. La caisse savait dès l'inscription de l'assuré en mai 2006 que celui-ci avait augmenté son temps de travail à Y_____ SA et depuis quand. Il ne s'agit dès

lors pas d'un fait nouveau important découvert subséquemment; les conditions de la révision au sens de l'art. 53 al. 1 LPGA ne sont pas réunies.

Il y a ainsi lieu de déterminer si la caisse, lorsqu'elle a calculé le gain assuré sans tenir compte des revenus perçus de Y_____ SA, puisque considérés comme gains accessoires, l'a fait de façon erronée; en d'autres termes, de savoir si le revenu réalisé auprès de Y_____ SA de mai à octobre 2006 constitue un gain intermédiaire ou s'il s'agit en réalité toujours d'un gain accessoire.

9. Aux termes de l'art. 24 al. 1 et 3 LACI:

"[1] 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.

[3] 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)".

Le gain accessoire, selon l'art. 23 al. 3 LACI, est défini comme étant le 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. Le gain accessoire n'est pas assuré.

Si plusieurs rapports de travail courent parallèlement, est réputée durée normale de travail l'horaire hebdomadaire de travail normal de l'activité principale. Cela vaut même si le gain accessoire est supérieur au gain retiré de l'activité principale. Selon la jurisprudence (ATF 126 V 209 consid. 1, 125 V 475), le gain assuré comprend exclusivement le revenu tiré de l'activité salariée normale, même si les gains procurés par une activité accessoire sont proportionnellement plus élevés que celui-ci. 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 relative à l'indemnité de chômage, janvier 2007, C8/C11).

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).

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 (cf. op. cit. C9).

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. (op. cit. C11).

10. a) Plusieurs périodes doivent être distinguées dans le cas d'espèce s'agissant de la qualification du gain Y_____ SA.

b) Jusqu'en septembre 2005, date à laquelle l'assuré a augmenté son temps de travail, et partant, son revenu auprès de Y_____ SA, le gain est à l'évidence un gain accessoire, ce que la caisse admet au demeurant. Elle calcule du reste, pour ce motif, les douze derniers mois de l'activité accessoire, de septembre 2004 à août 2005.

c) De septembre à décembre 2005, l'assuré travaille encore au service de la Société X_____. Sa situation n'a pas changé par rapport à la période antérieure, si ce n'est que son activité comme animateur-radio a augmenté. Or, si l'assuré étend son activité accessoire, le gain supplémentaire qu'il en tire doit être considéré comme gain intermédiaire (op. cit. C 9). Cette augmentation n'implique cependant pas en tant que telle une nouvelle qualification de son gain, dès lors que selon la jurisprudence du TFA, en cas de cumul de deux activités dont le taux dépasse 100%, la part excédentaire est déduite de l'activité secondaire au titre d'activité accessoire. Aussi la part de revenu qui correspond au gain tiré de Y_____ SA ne peut-elle être qualifiée que d'accessoire par rapport à l'activité principale chez X_____. Au surplus, quand bien même il aurait su, en acceptant de participer aux matinales de Y_____ SA, qu'il allait être prochainement licencié, son gain jusque-là accessoire ne pourrait être pris en compte comme gain intermédiaire que lorsqu'il aurait perdu son emploi principal (op. cit. C 11).

d) Dès janvier 2006 en revanche, l'assuré n'exerce plus d'activité principale par rapport à laquelle son activité à Y_____ SA aurait été accessoire. Aussi les gains réalisés à cette occasion ne le sont-ils plus non plus dès son inscription auprès de la caisse le 12 mai 2006. C'est en conséquence à bon droit que celle-ci les a qualifiés de gain intermédiaire au sens de l'art. 24 al. 1 LACI (ATFA du 12 janvier 1999, C. 357/97 ; ATFA du 19 octobre 2004, C. 230/03).

11. Aussi était-elle fondée à procéder à un nouveau calcul du gain assuré et à réclamer, conformément aux arts 95 al. 1 LACI et 25 LPGA, la restitution des prestations versées à tort. Il y a toutefois lieu de préciser que la période de référence pour le calcul du gain accessoire portant sur les douze derniers mois d'activité, et compte tenu du fait que l'activité exercée par l'assuré jusqu'au 31 décembre 2005, et partant

le gain réalisé, est qualifiée d'accessoire, la période de référence s'étend du 1er janvier au 31 décembre 2005.

12. Le recours est en conséquence admis partiellement et la cause renvoyée à la caisse pour nouveau calcul et nouvelle décision.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.

3. Renvoie la cause à la caisse pour nouveau calcul des prestations indûment versées.

4. Condamne l'intimé à verser au recourant la somme de 500 fr., à titre de participation à ses frais et dépens.

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); 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 :
Marie-Louise QUELOZ	Doris WANGELER

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