

GE_GERICHTE ATAS/1160/2014 vom 6. November 2014

GE Cour de justice, 2014-11-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1160_2014

FR: GE_GERICHTE ATAS/1160/2014 du 6 novembre 2014

IT: GE_GERICHTE ATAS/1160/2014 del 6 novembre 2014

Erwägungen

E. 10

a) L'art. 25 al. 2 LPGA soumet le droit de demander la restitution à trois délais de prescription différents. Le premier commence à courir pendant un an à compter du moment où l'assurance « a eu connaissance du fait ». Le second s'écoule pendant

A/3165/2009 - 16/28 - cinq ans à compter du versement de la prestation. Enfin, si la créance naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est déterminant. Les délais mentionnés à l'art. 25 al. 2 LPGA sont des délais de péremption, qui ne peuvent être ni suspendus, ni interrompus (ATF 122 V 270 consid. 5a). Ils doivent être appliqués d'office par le juge et ne laissent subsister aucune obligation naturelle (Boris RUBIN, op. cit p. 729). b) La recourante n'ayant pas été inculpée dans le cadre de la procédure pénale P/1170/2008, ni inquiétée d'une autre manière d'un point de vue pénal, il convient d'examiner à titre préjudiciel si, comme le soutient l'intimée, son comportement relève à tout le moins de la complicité de gestion déloyale (art. 158 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 [CP ; RS 311.0]). Aux termes de l'art. 158 ch. 1 CP - dans sa teneur en vigueur au moment des versements litigieux de novembre 1998 et février 1999 -, celui qui, en vertu de la loi, d'un mandat officiel ou d'un acte juridique, est tenu de gérer les intérêts pécuniaires d'autrui ou de veiller sur leur gestion et qui, en violation de ses devoirs, aura porté atteinte à ces intérêts ou aura permis qu'ils soient lésés sera puni de l'emprisonnement (al. 1). Le gérant d'affaires qui, sans mandat, aura agi de même encourra la même peine (al. 2). Si l'auteur a agi dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, le juge pourra prononcer la réclusion. Étant donné que la recourante s'est retrouvée associée d'une manière similaire au complexe de faits ayant abouti, pour Mmes E_____ et D_____ à leur inculpation puis à leur acquittement du chef d'escroquerie aggravée et qu'en outre, le modus operandi mis en œuvre par M. B_____ était le même que pour procurer des avantages indus à ces deux personnes, il convient de se référer aux considérants du jugement du Tribunal correctionnel du 20 juin 2012. Il en ressort que la procédure P/1170/2008 « n'établit pas que la modification du gain assuré, respectivement l'ordre de paiement, relèveraient d'une concertation entre M. B_____ et l'une ou l'autre prévenues, d'une décision commune, exprimée, préalable [...]. Il semble au contraire que M. B_____ ait agi seul, taisant aux prévenues ce qu'il faisait, restant vague dans les explications qu'il leur fournissait. Il n'a jamais fait état expressément, à leur attention, de détournements ou d'actes illicites de sa part [...]. On cherche en vain, partant, sous l'angle de la coactivité retenue par le Ministère public, en quoi les prévenues auraient collaboré, de manière déterminante [...] à l'organisation et à la commission des infractions, au point d'apparaître, l'une ou l'autre, [...] comme des participantes principales [...]. Partant, la coactivité de gestion déloyale – respectivement d'escroquerie référence faite à l'acte d'accusation – n'est pas démontrée [...]. Quant à la complicité, elle suppose une aide,

causale, de la part du complice. Or c'est en vain, là aussi, que l'on cherche en quoi les prévenues auraient aidé, assisté, concrètement M. B_____. Elles ne faisaient que prendre acte du versement, imminent, qui leur était annoncé. Elles n'intervenaient alors pas, leur rôle restant purement passif, étant

A/3165/2009 - 17/28 - précisé que l'infraction de M. B_____ était consommée au moment où leurs comptes étaient crédités, une éventuelle aide causale ne pouvant donc être conçue qu'en amont. Partant, la complicité de gestion déloyale – respectivement d'escroquerie référence faite à l'acte d'accusation – n'est pas démontrée. Aucune infraction contre le patrimoine ne peut être imputée aux prévenus, notamment l'appropriation illégitime ou le recel » (jugement du Tribunal correctionnel du 20 juin 2012, p. 19-20). Dès lors que le comportement de la recourante, dans le déroulement des opérations qui conduisaient au versement de prestations indues, ne diffère pas de manière pertinente de celui adopté par les assurées finalement acquittées, la Chambre de céans considèrera à la lumière des éléments qui précèdent que la recourante ne réalise pas non plus les éléments constitutifs objectifs d'une quelconque infraction. Partant, l'intimée ne saurait exiger d'être mise au bénéfice d'un délai de prescription plus long prévu par le droit pénal. Pour le surplus, seuls seront examinés en détail les délais de péremption d'un et cinq ans. c) Selon la jurisprudence, le délai de péremption relatif 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). La caisse doit disposer de tous les éléments qui sont décisifs dans le cas concret et dont la connaissance fonde - quant à son principe et à son étendue - la créance en restitution à l'encontre d'une personne déterminée, tenue à restitution (ATF 111 V 14 consid. 3). Lorsque la restitution est imputable à une faute de l'administration, on ne saurait considérer comme point de départ du délai le moment où la faute a été commise, mais bien celui auquel l'administration aurait dû, dans un deuxième temps (par exemple à l'occasion d'un contrôle comptable), se rendre compte de son erreur en faisant preuve de l'attention requise (ATF 124 V 380 consid. 1 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 80/05 du 3 février 2006). Si l'administration dispose d'indices laissant supposer l'existence d'une créance en restitution, mais que les éléments disponibles ne suffisent pas encore à en établir le bien-fondé, elle doit procéder, dans un délai raisonnable, aux investigations nécessaires pour déterminer de manière précise la créance en question (ATF 112 V 180 consid. 4b). À défaut, le début du délai de péremption doit être fixé au moment où elle aurait été en mesure de rendre une décision de restitution si elle avait fait preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle. Le délai de péremption d'une année commence à courir dans tous les cas aussitôt qu'il s'avère que les prestations en question étaient indues (Arrêt du Tribunal fédéral K 70/06 du 30 juillet 2007 consid. 5.1). Le délai de péremption absolu de cinq ans commence à courir à la date du versement effectif de la prestation (ATF 112 V 180 consid. 4a ; 111 V 14 consid. 3 in fine). Il met un point final à un rapport d'obligation entre l'assurance et le

A/3165/2009 - 18/28 - débiteur (Arrêt du Tribunal Fédéral 8C_616/2009 du 14 décembre 2009 consid. 3.2). d) Si pendant le délai de péremption d'un an, l'administration rend une décision par laquelle elle exige le remboursement des prestations, le remboursement peut s'étendre, le cas échéant, aux prestations versées pendant les cinq dernières années (DTA 1996/1997 p. 130 consid. 5a). Cette jurisprudence vise un double but, à savoir obliger l'administration à faire preuve de diligence, d'une part, et protéger l'assuré au cas où celle-ci

manquerait à ce devoir de diligence, d'autre part (Arrêt du Tribunal Fédéral 8C_616/2009 du 14 décembre 2009 consid. 3.2). Lorsque l'administration a fait valoir sa créance en restitution en bonne et due forme, le délai de péremption est sauvegardé une fois pour toutes, même lorsque la décision de restitution initiale est annulée et remplacée par une décision subséquente qui en modifie le contenu (Arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 271/04 du 21 mars 2006 consid. 2.5 ; SVR 1997 p. 256 consid. 2c aa). e) En l'espèce, il n'est pas contesté que l'intimée a découvert les agissements de son collaborateur indélicat en janvier 2008 et qu'elle a réclamé pour la première fois le remboursement des prestations touchées indûment par décision du 17 juillet 2008. L'intimée soutient ainsi avoir agi en temps utile, soit dans le cadre du délai de péremption d'un an. Pour sa part, la recourante soutient en substance qu'en faisant preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle, c'est au plus tard lors du contrôle de l'exercice annuel 2004, c'est-à-dire au plus tard début 2005 que l'intimée aurait dû découvrir le dernier versement litigieux. La recourante se réfère en particulier au passage suivant d'un arrêt rendu par la Chambre de céans en date du 5 avril 2011 : « S'agissant du versement intervenu le 2 mars 2007, la décision du 17 juillet 2008 intervient dans le délai de péremption absolu de 5 ans. S'agissant du délai d'un an, il a commencé à courir lorsque la caisse a découvert les malversations de son employé indélicat, soit à la fin de l'année 2007 vraisemblablement, la plainte pénale ayant été déposée le 21 janvier 2008. Les versements indus ne proviennent pas d'une erreur de la caisse au sens de la jurisprudence, qui fait alors partir le délai de la date à laquelle la caisse aurait dû s'apercevoir de son erreur, mais d'un acte illicite volontairement commis par l'un de ses agents. Cela étant et même si ces principes devaient s'appliquer au cas d'espèce, la question de savoir si la surveillance et les mesures de contrôle de la caisse ou du SECO ont été suffisantes pourra rester ouverte dès lors qu'elle n'est pas déterminante pour la solution du litige. En effet, si la surveillance s'était exercée et/ou si elle avait permis de découvrir les malversations commises, l'activité délictueuse de l'employé mis en cause, initiée en 1996 déjà, aurait pris fin avant les versements effectués en 2003 et 2007. Il faut donc admettre au degré de la vraisemblance prépondérante que, tout en faisant preuve de l'attention que l'on peut attendre d'elle postérieurement aux versements litigieux, cas échéant en procédant à un

A/3165/2009 - 19/28 - contrôle annuel de tous les versements faits en 2007, la caisse n'aurait pas pu découvrir avant la clôture de l'exercice en décembre 2007 que la somme versée le 2 mars 2007 était indue. Le délai de péremption d'un an n'est donc pas échu le 17 juillet 2008 et la décision de restitution est intervenue en temps utile » (ATAS 351/2011, p. 14). Les thèses de la recourante ne sauraient être suivies. En effet, l'ATF 124 V 380 consid. 2c in fine et la jurisprudence antérieure à laquelle cet arrêt se réfère prévoient uniquement que si l'administration dispose d'indices laissant supposer l'existence d'une créance en restitution, mais que les éléments disponibles ne suffisent pas encore à en établir le bien-fondé, elle doit procéder, dans un délai raisonnable, aux investigations nécessaires pour déterminer de manière précise la créance en question (dans le même sens : ATF 112 V 180 consid. 4b). Ainsi, contrairement à ce que soutient la recourante, la jurisprudence ne prévoit nullement qu'il convient de fixer le point de départ du délai de péremption d'une année dès l'achèvement d'un contrôle de l'exercice annuel qui aurait valeur obligatoire. Par ailleurs, il sied de relever qu'en tant que l'ATF 122 V 270 se réfère à « l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger [d'une caisse de chômage] », cet arrêt ne consacre pas de solution plus restrictive puisqu'il précise qu'on ne saurait faire dépendre la connaissance du caractère indu des prestations de l'existence d'un indice supplémentaire – le registre du

commerce, réputé connu – qui s’ajouterait au premier indice laissant déjà supposer l’existence d’une créance en restitution (ATF 122 V 270 consid. 5b/aa). Par surabondance, on relèvera que, même en appliquant les thèses de la recourante qui postulent un devoir de contrôle accru en lieu et place d’un devoir d’investigation dès l’apparition d’indices de prestations indues (solution expressément rejetée par le Tribunal fédéral en matière de versement d’indemnités pour réduction de l’horaire de travail ; ATF 124 V 380 consid. 2b et 2c), force est d’admettre que ce serait faire fi du critère jurisprudentiel de l’attention raisonnablement exigible que d’exiger que l’on découvrit les agissements illicites de M. B _____, responsable du contrôle interne « au dernier échelon de la [caisse] » (pièce 50'054 PP) antérieurement. En effet, celui-ci s’est employé à déjouer les procédures de contrôle du SECO, qu’il connaissait parfaitement, en choisissant de modifier le gain assuré des assurées sur des périodes remontant à plus de deux ans en arrière. En outre, comme l’a relevé M. C _____, le système, qui était valable de surcroît « pour toutes les caisses cantonales et privées (syndicales) », ne pouvait être programmé de telle façon qu’on ne puisse plus modifier des gains assurés après une durée équivalente au délai de prescription de trois ans de l’indemnité (art. 20 al. 3 LACI). M. C _____ a en effet expliqué qu’il arrive que des paiements rétroactifs remontent à cinq ou six ans, par exemple suite à une procédure jusqu’au Tribunal fédéral (pièce 50'052 PP). Quant à l’arrêt de la Chambre de céans du 11 avril 2011 (ATAS 351/2011), la recourante se méprend sur le sens donné au contrôle de l’exercice annuel,

A/3165/2009 - 20/28 - mentionné à titre d’éventualité (« cas échéant ») et non d’impératif. En outre, cet arrêt a expressément laissé ouverte la question de savoir si la surveillance et les mesures de contrôle de la caisse ou du SECO étaient suffisantes. Par ailleurs, s’il est vrai que l’un des représentants du SECO, M. G _____, a déclaré devant le Tribunal correctionnel que le système lui-même n’avait pas de contrôle sur ce que faisait M. B _____ et que les contrôles organisationnels, manifestement n’avaient pas été faits, il n’en demeure pas moins qu’au regard des intérêts en jeu, la portée d’une telle déclaration émanant d’un Service de la Confédération doit être appréhendée avant tout sous l’angle de l’art. 82 al. 1 LACI qui règle la responsabilité du fondateur de la caisse de chômage envers la Confédération pour les dommages que sa caisse a causés intentionnellement ou par négligence dans l’exécution de ses tâches. Ainsi, en tant que la recourante entend tirer parti des problèmes stigmatisés par le SECO, elle semble manifestement oublier que vis-à-vis de l’intimée, son statut est celui de bénéficiaire de prestations indûment touchées. Or, le but de l’art. 25 al. 2 LPGA ne saurait être de rendre difficile à l’excès la restitution de ces prestations en offrant à leur bénéficiaire une protection inversement proportionnelle à la gravité d’un comportement délictueux occulte dont il/elle a provisoirement sinon définitivement tiré un avantage patrimonial indu. C’est toutefois bien ce qui se produit si l’on se permet de considérer ex post qu’une caisse qui a octroyé des prestations indues par le biais de tels agissements, présente nécessairement un système de contrôle défaillant puisque des détournements ont eu lieu et qu’ils n’ont pas été découverts dans l’année qui a suivi leur commission. Ceci étant posé, on rappellera qu’aux termes des déclarations faites par MM. E _____ et F _____ par devant le Tribunal correctionnel, les contrôles du SECO, en l’absence de problèmes particuliers, se font tous les deux ans et qu’il s’agit uniquement d’un contrôle par sondage, qui ne concerne que les dossiers en cours, les dossiers les plus anciens ayant déjà fait l’objet d’un contrôle antérieur. Ainsi, faute d’un contrôle exhaustif portant sur toutes les opérations annuelles – qui ne correspond de toute manière pas aux standards décrits – on ne voit pas par quel moyen les agissements de M. B _____ auraient pu être découverts à coup sûr.

Enfin, il n'y a pas lieu d'apprécier le degré de diligence requis à l'aune des mesures de prévention des risques et de surveillance renforcées qui ont été prises a posteriori, soit en réaction aux événements incriminés alors que ceux-ci ne correspondaient manifestement ni aux prévisions de l'intimée ni à celles du SECO lorsqu'ils se sont produits. En effet, s'il a été tenu compte de l'absence de contrôle sur ce que faisait M. B_____ par la scission en deux entités de son ancien service et en faisant en sorte que les gestionnaires de contrôle et les membres de la direction ne puissent plus saisir des données de droit, ni effectuer des paiements (cf. pièce 50'052 PP), on ne voit pas par quel biais l'intimée aurait pu et dû connaître plus tôt les faits fondant l'obligation de restituer sous l'empire de son ancienne organisation.

A/3165/2009 - 21/28 - Concrètement, il ressort notamment de l'audition de M. C_____ par le Juge d'instruction que ce n'est qu'en janvier 2008 que l'intimée a éprouvé des doutes au sujet du dossier de la recourante, après que des collaborateurs eurent constatés que M. B_____ « bloquait » les décomptes de la recourante (pièce 50'051 PP). Ainsi, en procédant, dès l'apparition des doutes, aux investigations nécessaires et en réclamant le 17 juillet 2008 la restitution des prestations litigieuses à la recourante, l'intimée a agi en temps utile de sorte que les prestations versées indûment depuis le 17 juillet 2003 restent comprises dans le délai de péremption de cinq ans et sont partant sujettes à répétition. À la lumière de ce qui précède, la Chambre de céans s'abstiendra d'instruire plus avant la question de l'attention que l'on pouvait raisonnablement attendre de l'intimée en relation avec la péremption des créances invoquées.

E. 11

a) S'agissant du premier délai-cadre d'indemnisation ouvert du 23 octobre 1996 au 22 octobre 1998 avec un gain assuré de CHF 1'729.- (= CHF 3'457.00 ÷ 2 à l'entame du délai en raison d'une aptitude au placement de 50%) puis de CHF 3'457.- à partir d'avril 1997 en fonction d'une aptitude reconnue à 100%, il est constant que tous les versements recensés à partir de novembre 1998 ont été effectués sur la base d'un gain assuré augmenté successivement et sans raison apparente à CHF 4'863.- puis CHF 6'963.- (cf. chargé III, pièce 35 intimée). Selon l'intimée, il ressort de l'addition des prestations versées que l'intéressée a reçu CHF 81'477.70, soit un total de prestations indues de CHF 38'713.30 après déduction du droit effectif de CHF 42'764.40 (cf. chargé VI intimée, pièce 55). Toutefois, compte tenu de la péremption des prestations versées indûment les 2 et 3 novembre 1998 (chèque de CHF 13'800.- et virement de CHF 118.35) ainsi que le 19 février 1999 (CHF 3'444.60), le montant à restituer pour le premier délai-cadre est de CHF 21'350.35 comme l'illustre les deux tableaux ci-après :

DC_1a	23.10.96-	22.10.98	10.96	11.96	12.96	01.97	02.97	03.97	04.97	05.97	06.97	07.97
GA	1'729.-	1'729.-	1'729.-	1'729.-	1'729.-	1'729.-	3'457.-	3'457.-	3'457.-	3'457.-		
	1'122.60	1'176.00	1'269.35	2'115.55	2'115.55	2'327.10	4'967.10	3'421.35	2'577.80	→ total :		
cf. DC_1b	Décomptes du 03.11.98 GA 2'432.- GA 2'432.- GA 2'432.- GA 4'863.- GA 4'863.- GA 4'863.- GA 4'863.- GA 4'863.- GA 4'863.- GA 4'863.- Montant 152.10 456.10 477.80 261.65 436.00 436.00 479.65 479.65 457.80 959.15 → total : cf. DC_1b Chèque de CHF 13'800.- du 2.11.98 cf. DC_1b Compte BCG											
	1'446.70	1'515.70	→ total :									

A/3165/2009 - 22/28 - 3'444.60

5'350.- GA 5'350.- Montant

432.50 1'360.65 1'425.10 1'489.60 1'296.10 1'282.90 1'425.10 1'360.65 → total : cf. DC_2b Compte BCG cf. DC_2b Décomptes du 01.12.04 GA 5'850.- GA 5'850.- GA 5'850.- GA 5'850.- GA 5'850.- GA 5'850.- GA 5'850.- GA 5'850.- GA 5'850.- GA 5'850.- Montant 158.75 242.90 339.35 355.50 371.50 323.35 336.20 355.50 339.35 → total : cf. DC_2b Compte BCG cf. DC_2b Bon de paiement (chèque) de 5'824.60

cf. DC_2b À restit. après déduct. du droit

432.50 1'360.65 1'425.10 1'489.60 1'296.10 1'282.90 1'425.10 1'360.65 → total : cf. DC_2b DC_2b 07.05.93 – 06.05.95

E. 11.02

12.02 01.03 02.03 03.03 04.03 05.03 09.03 GA 3'350.- 3'350.- 3'350.- 3'350.- 3'350.- 3'350.- 3'350.- 3'350.- 3'350.- Droit 1'081.50 863.50 1'230.90 1'082.10 691.55 804.85 918.15 457.20 918.30 → total : 15'299.85 Décomptes GA GA GA GA GA GA GA GA GA

A/3165/2009 - 24/28 - du 14.09.04 5'350.- 5'350.- 5'350.- 5'350.- 5'350.- 5'350.- 5'350.- 5'350.- 5'350.- Montant 1'489.60 1'360.65 1'425.10 1'489.55 1'291.95 1'359.05 1'426.20 756.70 1'426.30 → total : 22'097.70 Compte BCG 22'097.70 au 14.09.04 (cf. pièce 20'127 PP) Décomptes du 01.12.04 GA 5'850.- GA 5'850.- GA 5'850.- GA 5'850.- GA 5'850.- GA 5'850.- GA 5'850.- GA 5'850.- GA 5'850.- Montant 371.50 339.35 355.50 371.55 322.30 339.00 355.70 191.55 355.75 → total : 5'824.60 Compte BCG 5'824.60 crédités puis extournés s/ ordre de la caisse (pièces 28 et 29 recourante) Bon de paiement (chèque) de 5'824.60

Non prouvé À restit. après déduct. du droit 1'489.60 1'360.65 1'425.10 1'489.55 1'291.95 1'359.05 1'426.20 756.70 1'426.30 → total : 22'097.70

E. 12

a) La bonne foi au sens du droit administratif, qui découle de l'art. 9 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (RS 101 ; Cst.) se réfère à la protection d'un administré contre la violation, par un organe d'exécution, du principe de la confiance ou de l'obligation de renseigner ou de conseiller (Boris RUBIN, Assurance-chômage, 2ème éd. 2006 p. 736). Cette notion ne doit pas être confondue avec la bonne foi de l'art. 25 al. 1er LPG, cette dernière ayant pour objet de déterminer si une personne était consciente ou non de l'illicéité de l'acte ou de l'omission à l'origine du versement erroné (Boris RUBIN, op. cit p. 734). Bien qu'à rigueur de texte, l'art. 25 al. 1er LPG indique que la restitution ne peut être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile, l'examen de ces deux conditions n'intervient qu'une fois la décision de restitution entrée en force, dans le cadre d'une demande de remise faisant l'objet d'une procédure distincte (cf. art. 4 al. 2 OPGA; Arrêts du Tribunal fédéral 9C_678/2011 du 4 janvier 2012 consid. 5.2 et C 264/05 du 25 janvier 2006, consid. 2.1). En revanche, la protection de la bonne foi au sens de l'art. 9 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (RS 101 ; Cst.) doit être examinée dans la procédure de demande de restitution et non dans celle de la demande de remise de l'obligation de restituer. En d'autres termes la bonne foi au sens de la première procédure citée est à distinguer clairement de la bonne foi comme condition d'une remise (DTA 2006, p. 160, Boris RUBIN, op. cit. p. 724). La protection de la bonne foi au sens de l'art. 9 Cst. est ainsi susceptible de faire échec à la restitution en tant que telle. Valant pour

l'ensemble de l'activité étatique, ce principe protège la confiance légitime que le citoyen a placée dans les assurances reçues de l'autorité ou dans tout

A/3165/2009 - 25/28 - autre comportement adopté par celle-ci et suscitant une expectative déterminée (ATF 126 II 377 consid. 3a p. 387; 122 II 113 consid. 3b/cc p. 123; cf. aussi ATF 128 II 112 consid. 10b/aa p. 125). Ainsi, l'art. 9 Cst. confère d'abord au citoyen le droit d'exiger de l'autorité qu'elle se conforme aux assurances (promesses, renseignements, communications, recommandations ou autres déclarations) reçues, si les conditions cumulatives suivantes sont réunies (ATF 121 II 473 consid. 2c; 118 Ia 245 consid. 4b et les arrêts cités ; Arrêt du Tribunal fédéral 2A.466/2002 du 6 février 2003, consid. 5.1) : a) l'autorité est intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées; b) l'autorité a agi ou est censée avoir agi dans les limites de sa compétence; c) l'administré a eu de sérieuses raisons de croire à la validité de l'acte suivant lequel il a réglé sa conduite; d) l'administré s'est fondé sur l'acte en question pour prendre des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir un préjudice; e) la loi n'a pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée. S'agissant plus particulièrement de la condition b selon laquelle l'autorité doit avoir agi dans les limites de ses compétences réelles ou apparentes, ce dernier qualificatif signifiant que l'autorité était généralement, quoique à tort, perçue comme compétente, ou que, dans le cas particulier, son comportement pouvait légitimement donner à croire qu'elle l'était (ATF 127 I 31 consid. 3 ; Pierre MOOR, Alexandre FLÜCKIGER, Vincent MARTENET, Droit administratif vol. I, 3ème éd. 2012 p. 923). Conformément à la condition c exposée ci-dessus, ne peut invoquer l'art. 9 Cst. celui qui a reconnu l'erreur commise, ou qui aurait pu la reconnaître en déployant l'attention exigée par les circonstances et sa situation personnelle (cf. ZBl 103 2002 188 consid. 4c; RAMA 1999 KV 97 521 consid. 4b; cf. aussi art. 5 al. 3 Cst.). Les assurances ou le comportement de l'autorité pouvant être présumés conformes au droit, la protection de la bonne foi n'est exclue que si l'erreur est clairement reconnaissable, en raison d'éléments objectifs (la nature de l'indication fournie et le rôle apparent de celui dont elle émane) et subjectifs (la position ou la qualité de l'administré ou du justiciable concerné) (ATF 117 Ia 297 consid. 2; André GRISEL, Traité de droit administratif, vol. I, 1984 p. 392; Béatrice WEBER-DURLER, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, 1983, p. 231). Ainsi, un simple citoyen n'est tenu de vérifier les informations données par l'administration qu'en présence de motifs particuliers, notamment lorsqu'elles apparaissent manifestement ambiguës ou déraisonnables. Des exigences plus élevées seront toutefois imposées aux spécialistes (cf. ATF 111 Ib 213 consid. 6a p. 222). Par exemple, ne mérite pas de protection la partie dont l'avocat eût pu déceler l'omission ou l'erreur affectant l'indication de la voie de droit par la seule lecture du texte légal, sans même

A/3165/2009 - 26/28 - recourir à la consultation de la jurisprudence ou de la doctrine (ATF 127 I 31 consid. 3b/bb; 127 II 198 consid. 2c). Plus largement, la bonne foi est protégée lorsque l'administration crée certaines expectatives par son comportement, que celui-ci soit actif ou passif (déclarations par « actes concluants »). Notamment, son silence peut susciter un « état de confiance » (« Vertrauenstatbestand ») lorsqu'elle laisse subsister une situation illégale en toute connaissance de cause (cf. RDAF 1982 137 consid. 5; voir aussi ATF 118 Ia 384 consid. 3 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2A.466/2002 du 6 février 2003 consid. 5.1.1 et les références citées). En cas de silence de l'autorité dans une situation de fait contraire au droit, l'administré ne peut invoquer que tout à fait exceptionnellement le principe de la bonne foi ; pour qu'il soit autorisé à s'en prévaloir, il faut avant tout que l'administration ait

été mise au courant de la situation et la laisse subsister ensuite en toute connaissance de cause ; dans ces conditions, si elle intervient pour réprimer la situation tolérée ultérieurement, son comportement apparaît en contradiction manifeste avec son attitude antérieure. En revanche, si son attention n'a pas été attirée sur une situation illégale et qu'elle l'ignore, l'administration ne peut se voir reprocher son intervention lorsqu'elle constate l'existence d'un état de fait illicite, et cela même si la tolérance a duré un certain temps (RDAF 1982 137 consid. 5). La Chambre de céans a déjà considéré dans un arrêt du 5 avril 2011 (ATAS/351/2011) que l'administration cantonale et fédérale, à l'instar de tout organisme parapublic, n'encaisse aucune somme d'argent sans délivrer de quittance. b) En l'espèce, la recourante prétend dans son mémoire de recours que M. B_____ l'aurait assurée que les montants restitués étaient reversés à la caisse. Cette allégation est pourtant contredite par les déclarations de la recourante à la police judiciaire et n'est corroborée par aucune pièce, bien au contraire : il ressort en effet de l'instruction pénale que M. B_____ entretenait l'ambiguïté au sujet de l'utilisation des montants restitués : « Je n'ai pas donné d'explications s'agissant de l'argent que [les assurées] me remettaient. Elles ne m'ont jamais posé de questions à ce sujet. Je suis convaincu qu'elles pensaient que cet argent retournait dans la caisse » (PV du Tribunal correctionnel du 18 au 20 juin 2012, p. 7). Indépendamment des convictions de la recourante au sujet des montants restitués, il n'en demeure pas moins que l'exigence d'un remboursement immédiat en cash d'une partie des sommes versées, formulée sans décision écrite préalable et sans mention d'un moyen de paiement courant dans les rapports avec l'administration (bulletin de versement, coordonnées bancaires) pouvait d'autant moins laisser à penser que M. B_____ agissait dans le cadre de ses compétences d'organe d'exécution de la caisse qu'il ne remettait même pas de quittance à la recourante. Par ailleurs les sommes très importantes reçues se rapportaient à des gains assurés

A/3165/2009 - 27/28 - et/ou des périodes d'indemnisation tout à fait fantaisistes. Il en va ainsi du chèque de CHF 13'800.- portant la mention « avance sur ind. 11.98 », en parfaite contradiction avec la fin du délai-cadre au 22 octobre 1998. Cela étant, même à supposer que la recourante fût convaincue d'un retour des fonds à la caisse, on ne saurait considérer que l'intimée créait des attentes par son comportement puisqu'il est manifeste que M. B_____ outrepassait ses compétences. En outre, même si l'on admettait que la recourante était fondée à croire que cet employé indélicat agissait dans le cadre de ses compétences, une dispense de devoir rembourser à l'intimée les montants remis à M. B_____ ne saurait être envisagée pour deux raisons au moins. Premièrement, il était exigible, au vu de l'ambiguïté de la situation, que la recourante demande des informations complémentaires ou sollicite au moins la remise d'une quittance. Deuxièmement : dans la mesure où la recourante restituait de la main à la main et dans le plus grand secret une partie des prestations qu'elle avait touchées indûment, l'intimée ne pouvait raisonnablement avoir connaissance de ces agissements dont les premiers indices ne sont apparus qu'en janvier 2008 (cf. également supra). Ainsi, on ne saurait faire grief à cette dernière d'avoir laissé subsister une situation illégale en toute connaissance de cause. Dans ces circonstances, les conditions liées à la protection d'un « état de confiance » ne sont manifestement pas réalisées. La Chambre de céans se dispensera ainsi d'examiner les autres conditions cumulatives énoncées plus haut. Partant, la recourante ne saurait valablement exiger que les montants à restituer fussent limités à ceux qu'elle aurait effectivement conservés.

a) En résumé, sur les deux délais-cadres et sous déduction de l'ensemble des créances périmées, la recourante doit la somme de CHF 43'373.05, soit CHF 43'448.05 sous déduction d'un remboursement de CHF 75.00 : Délai-cadre 1 CHF 21'350.35 Délai-cadre 2 CHF 22'097.70 Remboursement CHF -75.00

Total :

CHF

43'448.05

E. 14

Eu égard aux considérations qui précèdent, le recours est partiellement admis en ce sens que la recourante doit la somme de CHF 43'448.05 à l'intimée sous déduction des remboursements qui auraient été effectués par M. B. _____ sur les créances correspondant à ce montant. La recourante, qui obtient partiellement gain de cause, a droit à une indemnité à titre de participation à ses frais et dépens, que la Cour fixe en l'espèce à CHF 2'500.- (art. 61 let. g LPGA ; art. 89H al. 3 LPA).

A/3165/2009 - 28/28 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant Préalablement :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.