

## **GE\_GERICHTE ATAS/1275/2012 vom 23. Oktober 2012**

GE Cour de justice, 2012-10-23, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_1275\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1275_2012)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/1275/2012 du 23 octobre 2012

IT: GE\_GERICHTE ATAS/1275/2012 del 23 ottobre 2012

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ; RS E 2 05) en vigueur dès le 1er janvier 2011, la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA; RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982 (loi sur l'assurance-chômage, LACI; RS 837.0). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

#### **E. 2**

Déposé dans les forme et délai prévus par la loi, le présent recours est recevable (art. 60 LPGA).

A/1646/2012 - 6/10 -

#### **E. 3**

Le litige porte sur la remise de l'obligation de rembourser la somme de 25'183 fr. 20. représentant les indemnités versées à tort du 1er juin au 30 septembre 2010, étant précisé que les décisions des 22 février (inaptitude au placement) et 15 juin 2011 (demande de restitution) sont entrées en force, faute de recours.

#### **E. 4**

À teneur de l'art. 25 LPGA, les prestations indûment touchées doivent être restituées, la restitution ne pouvant toutefois être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile (al. 1er).

#### **E. 5**

Les deux conditions matérielles, soit la bonne foi et la situation difficile, sont cumulatives et leur réalisation est nécessaire pour que la remise de l'obligation de restituer soit accordée (ATF 126 V 48 consid. 3c p. 53; DTA 2001 p. 160, C 223/00, consid. 5). Selon l'art. 4 al. 1 de l'ordonnance sur la partie générale du droit des assurances sociales (OPGA ; RS 830.11), la restitution entière ou partielle des prestations allouées indûment, mais reçues de bonne foi, ne peut être exigée si l'intéressé se trouve dans une situation difficile. La bonne foi doit faire l'objet d'un examen minutieux dans chaque cas particulier. A cet égard, la jurisprudence développée à propos de l'art. 47 al. 1 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS ; en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002) est applicable par analogie en matière d'assurance- chômage (ATF 126 V 48, consid. 1b, p. 50). C'est ainsi que l'ignorance, par le bénéficiaire, du fait qu'il n'avait pas droit aux prestations versées ne suffit pas pour admettre qu'il était de bonne foi. Il faut

bien plutôt qu'il ne se soit rendu coupable non seulement d'aucune intention malicieuse mais encore d'aucune négligence grave. Il s'ensuit que la bonne foi en tant que condition de la remise est exclue d'emblée lorsque les faits qui conduisent à l'obligation de restituer (violation du devoir d'annoncer ou de renseigner) sont imputables à un comportement dolosif (indications inexactes données intentionnellement par exemple) ou à une négligence grave. Tel est le cas si, lors du dépôt de la demande et de l'examen des conditions personnelles ou économiques, certains faits ont été passés sous silence ou que de fausses indications ont été fournies intentionnellement ou par négligence. Il en va de même lorsqu'un changement dans la situation personnelle ou matérielle n'a, intentionnellement ou par négligence grave, pas été annoncé ou l'a été avec retard ou que des prestations indues ont été acceptées de manière dolosive ou gravement négligente (cf. ATF 112 V 103 consid. 2c, 110 V 180 consid. 3c; DTA 1998 n° 14 p. 72 consid. 4a). En revanche, l'intéressé peut invoquer sa bonne foi lorsque l'acte ou l'omission fautifs ne constituent qu'une violation légère de l'obligation d'annoncer ou de renseigner (ATF 112 V 97 consid. 2c p. 103; ATF 110 V 176 consid. 3c p. 180; arrêt du Tribunal fédéral non publié du 23 janvier 2009, 8C\_403/08, consid. 2.2).

A/1646/2012 - 7/10 - Il en résulte que la mauvaise foi ne peut être qu'antérieure ou contemporaine de la perception indue de prestations (ATF non publié du 17 avril 2008, 8C\_766/2007, consid. 4.1 et les références citées). Ainsi et en résumé, la bonne foi doit notamment être niée lorsque le versement indu de la prestation a pour origine le comportement intentionnel ou la négligence grave de la personne tenue à restitution. Il y a négligence grave lorsque l'intéressé ne se conforme pas à ce qui peut être raisonnablement exigé de personne capable de discernement, se trouvant dans une situation identique et dans les mêmes circonstances (ATF 110 V 181 consid. 3d).

## **E. 6**

Il y a lieu de rappeler que, dans le domaine des assurances sociales notamment, 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 des 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). Selon la jurisprudence et la doctrine, l'autorité administrative ou le juge ne doivent considérer un fait comme prouvé que lorsqu'ils sont convaincus de sa réalité (Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4ème éd., Berne 1984, p. 136 ; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2ème éd., p. 278 ch. 5).

## **E. 7**

Le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b, 125 V 195 consid. 2 et les références). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5a).

## **E. 8**

Il appert des pièces figurant dans le dossier, que l'assuré a commencé à exercer son activité d'indépendant dès juin 2010. Cette activité est certes modeste et ne lui a pas permis de réaliser les revenus qu'il espérait (60'000 fr.), elle existe néanmoins dans la mesure où il a recherché des contrats depuis cette date, et a pris les mesures nécessaires pour s'installer, soit notamment : demande d'affiliation, retrait anticipé d'une partie de son avoir LPP, abonnement Bloomberg. L'ORP a dès lors annulé son dossier le 1er décembre 2010 pour cause de "mise en indépendant", le service de l'OCE l'a déclaré inapte au placement dès le 1er juin 2010 et la Caisse lui a réclamé la restitution des indemnités de chômage versées depuis cette date. Les décisions y

A/1646/2012 - 8/10 - relatives sont entrées en force l'assuré ne les ayant pas contestées. Elles ne font dès lors pas l'objet de la présente procédure.

## **E. 9**

L'assuré a déposé une demande de remise de l'obligation de rembourser les prestations reçues à tort. Le service juridique de l'OCE a rejeté sa demande, considérant qu'il n'avait pas été de bonne foi. Il lui reproche de n'avoir pas annoncé à la Caisse qu'il exerçait un mandat indépendant durant la période de contrôle, soit dès le mois de juin 2010 et qu'il avait ainsi tu des faits importants pour le calcul de son droit à l'indemnité.

## **E. 10**

Il est vrai que sur les IPA relatives aux mois de juin à septembre 2010, l'assuré a répondu par la négative à la question de savoir s'il exerçait une activité lucrative comme indépendant. Il a toutefois déclaré des recherches d'emploi en Arabie Saoudite et au Liban sur celle de juin 2010, une demande d'affiliation comme indépendant auprès de la caisse AVS-AI sur celle de juillet 2010, des gains intermédiaires, à hauteur de 1'732 fr. 56 sur celle d'août 2010, et enfin que la caisse AVS-AI avait accepté de l'affilier sur celle d'octobre 2010. On ne saurait dans ces conditions lui reprocher d'avoir omis d'informer la Caisse. Il la tient, bien au contraire, étroitement au courant, mois après mois, de l'évolution de ses démarches pour se mettre à son compte. Il a régulièrement fait état de l'avancement de son projet à sa conseillère. Il lui a clairement expliqué, à plusieurs reprises, soit le 4 août 2010, dans son courrier du 4 février 2011 et lors de l'audience du 9 octobre 2012, qu'il cherchait à la fois un travail salarié et des contrats d'indépendant. Découragé par les difficultés à trouver un emploi salarié, il avait en effet finalement tenté de prospector également pour des mandats d'indépendant lorsqu'il était parti en Arabie Saoudite et au Liban, ce qui ne l'a pas empêché de continuer à rechercher un emploi salarié parallèlement. Il ressort à cet égard de sa feuille de recherches d'emploi de juillet 2010 qu'il a également effectué dix recherches d'emploi salarié. La Caisse considère qu'il a entretenu depuis juin 2010 une certaine confusion, laissant entendre que son activité d'indépendant n'avait pas démarré. Or, l'assuré, interrogé par la Cour de céans à cet égard, a répondu que "j'ai indiqué sur les IPA que je n'exerçais pas d'activité indépendante, parce que je n'avais pas encore trouvé de contrats pour lesquels j'aurais travaillé et réalisé un revenu". Il est vrai que l'assurance-chômage ne peut pas assumer la phase de recherche. Le fait que l'assuré ne réalise en règle générale aucun revenu, voire qu'un revenu minime durant ces préparatifs ou immédiatement après la prise d'une activité indépendante n'y change rien. En effet, le rôle de l'assurance-chômage n'est pas de fournir une aide en capital à la création d'entreprise ou de couvrir de quelconques risques d'entreprises (DTA 1993/1994 p. 212). Il y a toutefois lieu de rappeler

qu'en l'espèce, le présent examen porte sur la bonne foi, condition de la remise. Or, la Cour de céans considère qu'il est vraisemblable, au degré requis par la jurisprudence, que vu le montant modeste des gains réalisés, l'assuré a pensé que son activité indépendante n'avait en réalité pas commencé. Il restait au demeurant ouvert à l'idée d'un emploi salarié, conscient

A/1646/2012 - 9/10 - qu'il était également difficile de décrocher des mandats. Ses explications n'ont jamais varié et sont cohérentes. Il y a de surcroît lieu de constater que sa conseillère lui a bien recommandé de déclarer ses gains lors de l'entretien du 4 août 2010, ce à quoi il s'est scrupuleusement tenu. Il n'a en effet pas manqué d'annoncer immédiatement à la Caisse les gains réalisés en gains intermédiaires. La conseillère lui a également indiqué que dès qu'il serait inscrit au Registre du commerce, il devrait sortir du chômage, ce qu'il a fait dès octobre 2010. Il a par ailleurs obtenu d'elle un allègement de conseil et de contrôle lors de son séjour en Arabie Saoudite et au Liban en juin 2010, ce qui n'a pu que le conforter, si besoin était, dans l'idée qu'il était en règle avec les autorités de chômage. Il y a enfin lieu de relever que le recourant n'a pas été mis au bénéfice des art. 71a ss LACI, lesquels prévoient un soutien aux assurés qui entreprennent une activité indépendante.

#### **E. 11**

Eu égard aux considérations qui précèdent, la Cour de céans admet que la condition de la bonne foi est réalisée. Reste à examiner la seconde condition, cumulative, permettant l'octroi d'une remise, à savoir la situation financière du recourant. Le dossier est renvoyé à l'autorité intimée pour examen de cette question et nouvelle décision.

A/1646/2012 - 10/10 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme :

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