

## **GE\_GERICHTE A/1646/2012 vom 23. Oktober 2012**

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

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_1646\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_1646_2012)

FR: GE\_GERICHTE A/1646/2012 du 23 octobre 2012

IT: GE\_GERICHTE A/1646/2012 del 23 ottobre 2012

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

ère Chambre En la cause Monsieur F \_\_\_\_\_, domicilié à Chambésy recourant contre OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Service juridique, sis rue des Gares 16, case postale 2555, 1211 Genève 2 intimé EN FAIT Monsieur F \_\_\_\_\_, né en 1952, exerçant la profession de conseiller financier, a été licencié de son dernier emploi le 31 janvier 2009. Il s'est inscrit auprès de l'OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI (ci-après OCE) le 29 janvier 2010, de sorte qu'un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur dès cette date par la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE (ci-après la Caisse). Il appert du dossier qu'au moment de son licenciement, il avait tenté de se mettre à son compte mais y avait finalement renoncé, et s'était inscrit à l'assurance-chômage. Sur le formulaire "indications de la personne assurée" (IPA) de juin 2010, il a indiqué s'être rendu en Arabie Saoudite et au Liban pour chercher du travail du 3 au 15 juin 2010. Sur celui de juillet 2010, il a annoncé avoir pris contact avec la caisse AVS-AI. Il a en effet déposé une demande d'affiliation comme indépendant le 12 juillet 2010. La société fiduciaire et d'administration X \_\_\_\_\_, agissant au nom et pour le compte de l'assuré, a transmis à la caisse AVS-AI le formulaire d'inscription de l'entreprise individuelle "Y \_\_\_\_\_, F \_\_\_\_\_ G.", précisant que "l'entreprise vient de se créer et a signé les premiers contrats avec des clients suisses et étrangers. Les premières factures partiront d'ici fin août, et un chiffre d'affaires d'environ 60'000 fr. est attendu pour le solde de l'année 2010". Par courrier électronique du 2 août 2010, l'assuré a informé l'ORP qu'il n'avait obtenu aucun revenu en juillet 2010 et que dès lors, jusqu'à ce qu'il soit reconnu comme personne indépendante, il continuerait à envoyer ses formulaires à la Caisse. Sur l'IPA d'août 2010, l'assuré a toutefois déclaré l'exercice d'une activité indépendante en gain intermédiaire en tant que consultant, et avoir ainsi réalisé un revenu de 1'732 fr. 56 en août 2010. Lors d'un entretien de conseil, le 4 août 2010, il a indiqué qu'il avait eu de bons contacts durant son séjour en Arabie Saoudite et au Liban pour d'éventuels contrats indépendants, soulignant toutefois qu'il avait parallèlement cherché un emploi salarié. Sa conseillère lui a alors expliqué que dès qu'il serait inscrit au Registre du commerce, il devait sortir du chômage, et que d'ici-là il devait déclarer à la Caisse, factures, honoraires ou autres qu'il aurait eus sur mandats indépendants. Les 18 août, 8 et 17 septembre 2010, l'assuré a communiqué les premières factures payées concernant l'exploitation de l'entreprise, les copies de mandats et contrats, ainsi que divers documents attestant de son activité d'indépendant. Sur l'IPA d'octobre 2010, il a informé la Caisse qu'il venait d'obtenir l'approbation de la caisse AVS-AI pour exercer son activité en qualité d'indépendant, de sorte que cette activité débiterait dans un futur proche. Le 4 novembre 2010, la caisse AVS-AI a confirmé que l'assuré était affilié comme indépendant à compter du 1<sup>er</sup> juin 2010. L'OFFICE REGIONAL DE PLACEMENT (ORP) a annulé son dossier le 1<sup>er</sup> décembre 2010 pour cause de "mise en indépendant". Par courrier du 4 février 2011, l'assuré a expliqué que "Mon profil étant difficile à placer, j'ai commencé à

réfléchir à la question si je ne devrais pas plutôt à me mettre à mon compte. Dans cette perspective, j'ai entrepris plusieurs démarches de prospection qui n'ont toutefois pas immédiatement abouti à des contrats rémunérateurs. A partir du mois de juin 2010, j'ai réussi à obtenir quelques contrats et ai pu démarrer prudemment mon activité indépendante accessoire. A présent, je n'ai pas beaucoup facturé, et les montants obtenus entre février et septembre 2010 ont été dûment annoncés à l'ORP comme gain intermédiaire. Nonobstant ceci, je me suis désinscrit au chômage en octobre 2010. Les perspectives pour 2011 sont un peu meilleures. (...) J'ai réellement commencé mon activité indépendante le 1<sup>er</sup> octobre 2010. Il s'agit de mon activité principale. Toutefois, les revenus que j'en tire ne suffisent pas encore à couvrir les frais de mon ménage. (...) J'ai obtenu un versement anticipé de mon 2<sup>ème</sup> pilier dont j'ai investi 25'000 fr. pour mon activité indépendante. Ce versement couvrirait essentiellement les frais de subsistance, de voyage pour prospector des clients. (...) Je m'efforce à avoir du succès dans mon activité indépendante. Toutefois, si un travail exceptionnel, bien rémunéré et à la hauteur de mes compétences se présentait, j'examinerais bien entendu cette opportunité. Mais, après plusieurs mois de recherche d'emploi en vain, je n'ai pas grand espoir que cela se produise." Par décision du 22 février 2011, le service juridique de l'OCE l'a déclaré inapte au placement à compter du 1<sup>er</sup> juin 2010, considérant qu'il avait, dès son inscription à l'OCE le souhait de devenir indépendant, qu'il a déclaré à la caisse AVS-AI avoir commencé dès le 1<sup>er</sup> juin 2010 à exercer une activité indépendante dans le domaine bancaire, et qu'il est du reste affilié comme assuré de condition indépendante auprès d'elle depuis cette date. Par décision du 15 juin 2011, la Caisse lui a réclamé le paiement de la somme de 25'183 fr. 20, représentant les indemnités de chômage perçues à tort du 1<sup>er</sup> juin au 30 septembre 2010. Le 22 août 2011, l'assuré a sollicité la remise de l'obligation de rembourser ladite somme. Par décision du 8 décembre 2011, le service juridique de l'OCE a refusé la remise, au motif que la condition de la bonne foi n'était pas réalisée. Il a en effet relevé que "vous n'avez pas cessé de prétendre que vous prospectiez le marché suisse, celui d'Arabie Saoudite et le Liban, dans le but de trouver une activité lucrative, alors que vos démarches avaient uniquement pour but de constituer votre propre clientèle." L'assuré a formé opposition le 29 décembre 2011. Il produit la correspondance échangée avec son avocat par courrier électronique, aux termes de laquelle il explique à celui-ci : "J'aimerais surtout faire comprendre que j'ai voulu demander mon statut d'indépendant pour juillet/août 2010 tout en recherchant activement un emploi en Suisse ou à l'étranger. La fiduciaire m'a conseillé de déposer mon statut d'indépendant en juin 2010 ce que j'ai fait car je lui faisais confiance et j'estime avoir été grugé. Toutes ces erreurs, tout ce retard, tous ces malentendus n'émanent pas d'une négligence personnelle mais d'une méconnaissance totale de la loi suisse et de la langue française." Par décision du 24 avril 2012, le service juridique de l'OCE a rejeté son opposition, retenant qu'il avait effectivement déployé son activité indépendante dès juin 2010, alors qu'il répondait par la négative à la question qui lui était posée à ce propos dans les IPA depuis cette date. Le service juridique de l'OCE considère qu'il a entretenu une certaine confusion, laissant entendre que son activité d'indépendant n'avait pas démarré, et qu'il continuait à rechercher un emploi salarié, alors que dans son courrier du 12 juillet 2010 adressé à la caisse AVS-AI, il avait déclaré avoir signé ses premiers contrats et avoir prévu d'envoyer ses premières factures au début du mois d'août 2010. L'assuré a interjeté recours le 22 mai 2012 contre ladite décision, alléguant être actuellement à la recherche d'un travail et n'avoir aucun revenu. Dans sa réponse du 26 juin 2012, le service juridique de l'OCE a conclu au rejet du recours. La Cour de céans a ordonné la comparution personnelle des parties le 9 octobre

2012. L'assuré, s'exprimant difficilement en français, a déclaré que "Je n'ai pas contesté les décisions des 22 février et 15 juin 2011, parce que je n'ai pas lu suffisamment attentivement le dernier paragraphe relatif à la possibilité de former opposition dans les trente jours. Il m'est très difficile de trouver un emploi dans ma branche. Il est également difficile d'avoir des contrats en tant qu'indépendant. J'ai réussi à décrocher trois contrats en juin 2010 lorsque je suis parti en Arabie Saoudite et au Liban. L'un a commencé en octobre 2011 et s'est terminé en avril 2012, les deux autres sont terminés. Je rectifie ce que je viens de dire. Je suis parti en Arabie Saoudite et au Liban pour chercher un emploi salarié. Je n'avais pas d'autre choix que de devenir indépendant puisque je ne trouvais pas d'emploi salarié. J'ai indiqué sur le formulaire à l'attention de la Caisse AVS que mon activité d'indépendant avait commencé en juin 2010 sur les conseils de ma fiduciaire. Je ne me souvenais plus de la date et la fiduciaire m'a dit que ce n'était pas très important. J'ai dit en août 2010 à mon conseiller en chômage que j'avais de bons espoirs. Il s'agissait de deux contrats intéressants qui n'ont cependant pas abouti. Je ne me souviens pas d'une séance d'informations au cours de laquelle il m'aurait été expliqué qu'il me fallait faire attention aux risques que je pouvais courir quant aux indemnités de chômage si j'avais une activité indépendante parallèlement. Je ne me souviens pas non plus que ma conseillère m'en ait parlé. Je ne me suis pas posé de question particulière non plus dans la mesure où lorsque je recevais les indemnités de l'assurance-chômage, je ne percevais pas d'argent en relation avec les contrats. J'ai reçu une sorte de commission (rétrocession) à raison de quatre versements pour un montant total de 1'732 fr. Je l'ai déclarée dans l'IPA du mois d'août 2010. Je n'ai rien reçu d'autre s'agissant d'autres contrats. Si j'avais trouvé un emploi salarié durant cette période, je l'aurais pris. En réalité, je recherchais tant un emploi salarié que des contrats d'indépendant à partir de mai 2010. 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. Les dix recherches d'emploi figurant sur le formulaire de recherches d'emploi du mois de juillet 2010 correspondent à des recherches en tant que salarié." Sur ce, la cause a été gardée à juger. EN DROIT 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 1<sup>er</sup> 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. Déposé dans les forme et délai prévus par la loi, le présent recours est recevable (art. 60 LPGA). 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 1<sup>er</sup> 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. 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). 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). 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). 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). 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). 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 1<sup>er</sup> décembre 2010 pour cause de "mise en indépendant", le service de l'OCE l'a déclaré inapte au placement dès le 1<sup>er</sup> juin 2010 et la Caisse lui a réclamé la restitution des indemnités de chômage versées depuis cette date. Les décisions y relatives sont entrées en force l'assuré ne les ayant pas contestées. Elles ne font dès lors pas l'objet de la présente procédure. 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. 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 prospecter 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 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. 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. **PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES** : Statuant A la forme : Déclare le recours recevable. Au fond : L'admet et annule les décisions des 8 décembre 2011 et 24 avril 2012. Renvoie le dossier à l'OCE pour examen de la question de la situation financière de l'assuré et nouvelle décision. Dit que la procédure est gratuite. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi. La greffière Nathalie LOCHER La présidente Doris GALEAZZI Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'au Secrétariat d'Etat à l'économie par le greffe le

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