RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/134/2004 **ATAS/861/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 28 octobre 2004

3ème chambre

En la cause

Monsieur S_____ recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Groupe réclamation, case postale 3507, 1211 Genève 3 intimé

Siégeant : Madame Karine STECK, Présidente,
Mesdames Valérie MONTANI et Isabelle DUBOIS, juges

EN FAIT

1. Monsieur S_____ a bénéficié d'un délai cadre d'indemnisation de l'assurance-chômage du 26 septembre 1996 au 25 septembre 1998.

2. Du 2 novembre 1998 au 31 mai 2000, il a travaillé comme mécanicien-régleur à plein temps auprès de la société X_____.

3. Le 15 décembre 2000, il s'est inscrit à l'Office cantonal de l'emploi (ci-après OCE) et a demandé à bénéficier des indemnités de chômage. Un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur du 15 décembre 2000 au 14 décembre 2002.

4. Sur sa demande d'indemnités, l'assuré s'est déclaré disposé et capable de travailler à 100% en qualité de mécanicien et mécanicien régleur. Il a confirmé avoir résilié son contrat de travail pour le 31 mai 2000 et a mentionné comme motif de sa démission : « intermittent du spectacle (auteur compositeur interprète). Réalisation d'un support sonore (CD). Promotion à l'étranger ».

5. Aux termes d'un entretien de conseil qui s'est tenu le 16 février 2001, le conseiller en personnel de l'assuré a rédigé le compte-rendu suivant : « jeune candidat dynamique qui souhaiterait réussir dans son domaine artistique (chansons) mais doit rechercher un emploi dans sa formation pour gagner sa vie ».

6. Le même jour, l'assuré a été assigné à un emploi de mécanicien régleur à pourvoir auprès de la société Y_____ SA.

7. Par décision du 3 mai 2001, l'Office régional de placement (ORP) a prononcé une suspension de 31 jours du droit à l'indemnité de l'assuré au motif que ce dernier avait fait échouer, sans motif valable, une possibilité d'emploi auprès de la société précitée. Cette décision est entrée en force et, le 1er juin 2001, l'assuré a diminué son taux de disponibilité à l'emploi de 50%.

8. Le 16 novembre 2001, le conseiller en personnel de l'assuré a rédigé le compte-rendu suivant : « il confirme être apte au placement le matin, l'après-midi lui étant nécessaire pour son activité musicale (notamment en raison de répétitions). Conclusion, la difficulté d'un placement à 50% demeure et ceci vu l'inexistence de postes en partiel ».

9. Le 17 mai 2002, l'assuré a demandé à son conseil en personnel de le réinscrire à 100%. Le même jour, son conseiller en personnel lui a remis six assignations pour des postes de mécanicien de machines et mécanicien régleur.

10. Par courriers des 28, 30 et 31 mai 2002, trois entreprises ont informé l'OCE que l'assuré n'avait pas fait acte de candidature auprès d'elles.

11. Le 6 juin 2002, la Caisse cantonale de chômage (ci-après la caisse) a soumis le dossier de l'assuré à la section assurance-chômage de l'OCE (ci-après la SACH), afin que celle-ci se détermine sur son aptitude au placement.

12. Par décision du 1er novembre 2002, la SACH a déclaré l'assuré inapte au placement dès le 1er septembre 2001.

13. Sur réclamation de l'assuré, l'OCE, en date du 9 janvier 2003, est partiellement revenu sur cette décision et ne l'a déclaré inapte qu'à partir du 1er mai 2002 seulement. Il a été relevé que l'assuré avait prévu de quitter la Suisse à la fin de l'année 2002 pour une tournée aux Etats-Unis avec son groupe. A compter du 1er mai 2002, il n'était donc en réalité plus disposé à accepter un emploi salarié qui l'aurait conduit à renoncer à sa tournée, laquelle - selon ses propres déclarations - pouvait être un tremplin vers une activité principale. L'absence de disposition à accepter un emploi salarié a été confirmée par le fait que l'assuré n'avait pas donné suite aux assignations d'emploi du 17 mai 2002, au motif précisément qu'il venait de recevoir la confirmation des dates de sa tournée. Cette décision n'ayant fait l'objet d'aucun recours, elle est entrée en force.

14. Par décision du 20 février 2003, la caisse a demandé à l'intéressé le remboursement de Fr. 10'621.60 net, représentant 109 jours d'indemnités touchés indûment du 1er mai au 30 septembre 2002.

15. Par courrier du 7 mars 2003, l'assuré a demandé la remise de l'obligation de restituer cette somme en invoquant sa bonne foi ainsi qu'une situation financière difficile tout en précisant qu'il avait été disposé à travailler avant son départ pour l'étranger. Le cas a été soumis à la SACH pour raison de compétence.

16. Par décision du 19 août 2003, la SACH a refusé d'accorder la remise demandée. Elle a considéré que l'assuré avait agi intentionnellement, de manière à percevoir des indemnités pleines de l'assurance-chômage durant la période considérée et que la condition de la bonne foi n'était par conséquent pas réalisée.

17. Le 17 septembre 2003, l'assuré a formé réclamation contre la décision susmentionnée. Il a allégué avoir toujours été apte au placement et affirmé qu'un malentendu serait intervenu entre son conseiller en personnel et lui-même s'agissant des assignations qu'il n'avait pas honorées. Il a protesté de sa bonne foi et précisé que, son activité de musicien n'étant pas rémunérée, il rencontrait d'importantes difficultés financières.

18. Le 18 décembre 2003, le groupe réclamations a rendu une décision sur opposition confirmant la décision litigieuse. Il a été relevé que la décision par laquelle l'assuré avait été reconnu inapte au placement du 1er mai 2002 au 30 septembre 2002 était entrée en force. S'agissant de la bonne foi de l'assuré, il a été constaté que ce dernier avait expressément demandé à être indemnisé à 100% alors qu'il avait déjà

mis sur pied une tournée musicale aux Etats-Unis pour la fin de l'année 2002 et qu'il n'était donc en réalité plus disposé à accepter un emploi salarié qui l'obligerait à y renoncer. Il avait d'ailleurs fait échouer toutes les possibilités d'emploi qui lui avaient été offertes en ne donnant pas suite aux assignations de l'office régional de placement.

19. Par courrier du 22 janvier 2003, l'assuré a interjeté recours contre cette décision. Il allègue qu'à la réception des six assignations d'emploi qui lui ont été remises, il a immédiatement téléphoné à son conseiller pour lui indiquer qu'il partirait en tournée le 27 septembre 2002 et lui demander s'il devait malgré tout se présenter aux employeurs potentiels, étant précisé qu'il ne voyait pas d'inconvénient à exercer une activité temporaire avant son départ. Son conseiller lui aurait alors répondu de « laisser tomber les assignations ». L'assuré souligne qu'il a toujours tenu son conseiller informé de sa situation et de ses intention. Il explique qu'il a désormais terminé ses tournées à l'étranger et qu'il travaille en tant qu'opérateur chez X_____ SA.

20. Invité à se prononcer, le groupe réclamations a conclu au rejet du recours en faisant remarquer que l'entretien qui s'était tenu entre l'assuré et son conseiller le jour en question avait précisément pour objectif de déterminer s'il était véritablement apte à 100%, ce qui faisait apparaître comme peu vraisemblable l'affirmation selon laquelle il lui aurait conseillé de « laisser tomber les assignations ». L'autorité intimée a émis le souhait d'entendre le conseiller en question.

21. Entendu en comparution personnelle le 24 juin 2004, le recourant a réitéré ses explications et affirmé qu'il aurait été prêt à prendre un emploi pour une durée limitée de trois mois.

22. Le 14 juillet 2004, Monsieur A_____, conseiller en personnel du recourant, a déclaré au Tribunal qu'il ne se souvenait pas des propos qui avaient été tenus par téléphone mais qu'il ne pouvait certainement pas avoir tenu les propos qu'on lui prêtait.

23. La cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

Suite à l'annulation de l'élection des juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs (art. 162 LOJ).

Statuant sur un recours de droit public, le Tribunal fédéral a, dans un arrêt du 1er juillet 2004, confirmé que la disposition transitoire constituait la solution la plus rationnelle et était conforme, de surcroît, au droit fédéral (ATF 130 I 226).

2. Le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît, en instance unique, des contestations relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 notamment (LACI ; cf. art. 56V al. 1 let. b LOJ). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. Interjeté dans le délai légal de trente jours dès la notification de la décision sur opposition, le recours est recevable (art. 56 et 60 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000, entrée en vigueur le 1er janvier 2003 [LPGA]).

4. En l'espèce, la question de l'aptitude au placement du recourant a fait l'objet d'une décision entrée en force. Il n'y a dès lors pas lieu d'y revenir. Seule demeure litigieuse la question de l'éventuelle remise de son obligation de restituer les prestations qui lui ont été versées indûment.

5. Aux termes des art. 95 al. 1 et 2 LACI, la caisse est tenue d'exiger de l'assuré la restitution des indemnités auxquelles il n'avait pas droit à moins qu'il n'ait été de bonne foi et que la restitution n'entraîne des rigueurs financières particulières. Il s'agit là d'une obligation légale à laquelle il est impossible de déroger sauf cas expressément prévu par la loi (art. 95 al. 2 LACI ; art. 25 al. 1 LPGA).

6. La bonne foi doit faire l'objet d'un examen minutieux dans chaque cas particulier. Elle 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. Tel est le cas lorsque des faits ont été tus ou des indications inexactes données intentionnellement ou à la suite d'une négligence grave. Il en va de même lorsqu'une obligation d'aviser n'a pas été remplie en temps utile, intentionnellement ou à la suite d'une négligence grave. Il y a ainsi faute grave chaque fois que la nécessité d'annoncer un changement survenu est évidente (RCC 1986 p. 668). 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.

A cet égard, la jurisprudence développée à propos de l'art. 47 al. 1 LAVS vaut par analogie en matière d'assurance chômage (ATF 126 V 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 ou à une négligence grave. 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 (DTA 2001 p. 160 ; DTA 1998 p. 70 ; ATF du 23 janvier 2002 en la cause C. 110/01).

7. En l'espèce, le recourant a appris, le jour même de son entretien avec son conseiller, qu'il partirait en tournée au mois de septembre 2002 et l'en a avisé immédiatement. Ce fait n'est pas contesté et c'est d'ailleurs la raison pour laquelle ledit conseiller a transmis son dossier à qui de droit pour examiner son aptitude au placement. Dès lors, on ne saurait reprocher au recourant d'avoir dissimulé des informations à l'autorité. Il a au contraire toujours clairement manifesté ses intentions. Même si on parvient à la conclusion qu'il n'avait en réalité pas l'intention de travailler à plein temps durant les trois mois précédant son départ, ce point relève de la question de l'aptitude au placement et non de la bonne foi de l'assuré. Dès le moment où il a annoncé ses intentions aux organes de l'assurance, on ne peut lui reprocher d'avoir été de mauvaise foi. Un terme aurait – théoriquement – pu être mis immédiatement au versement des prestations.

8. Eu égard aux considérations qui précèdent, le Tribunal admet la réalisation de la première condition permettant l'octroi d'une remise. Reste à examiner la seconde condition, cumulative, 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,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant,

conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ

A la forme :

1. Déclare le recours recevable ;

Au fond :

2. L'admet partiellement ;

3. Annule la décision du 18 décembre 2003 ;

4. Renvoie la cause à l'autorité intimée pour examen de la situation financière du recourant et nouvelle décision ;

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 par plis recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière:	La Présidente :
Janine BOFFI	Karine STECK

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