RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2529/2003 **ATAS/136/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 17 février 2005

3ème chambre

En la cause

Monsieur G_____, recourant

contre

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

Siégeant : **Madame Karine STECK, Présidente,**
Mesdames Juliana BALDE et Doris WANGELER, juges

EN FAIT

1. Monsieur G_____, né le 20 mars 1964 a suivi une formation d'employé de commerce. Il a bénéficié d'un premier délai-cadre d'indemnisation de l'assurance-chômage du 2 juin 1997 au 1er juin 1999.

2. Du 20 novembre au 24 décembre 2000 et du 5 février au 31 juillet 2001, l'assuré a travaillé pour X_____

3. Il s'est réinscrit le 8 novembre 2001 auprès de l'Office cantonal de l'emploi (OCE) et a demandé à bénéficier des indemnités de chômage à compter de cette date. Un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur du 8 novembre 2001 au 7 novembre 2003.

4. Par décision du 10 juin 2003, l'assuré a été informé que sa demande d'indemnisation était « rejetée de manière rétroactive », au motif qu'il ne pouvait justifier que de sept mois et deux jours cotisations (20 novembre au 22 décembre 2002 et du 5 février au 31 juillet 2001) en lieu et place des douze mois exigés par la loi. Aucun motif permettant de le libérer de son obligation de cotisé n'était par ailleurs réalisé.

5. Le 13 juin 2003, l'assuré a formé réclamation contre cette décision en exposant qu'il avait bénéficié de l'assurance-accidents depuis le 25 juin 1999, qu'il ne se rappelait toutefois pas de la durée de cette indemnisation mais que la SUVA pourrait fournir les renseignements sur ce point, qu'il avait suivi un cours à plein temps auprès de la société CHALLENGE OPTIMUM à Genève du 1er mai au 30 juin 2000 et mis ses connaissances à profit sans rémunération durant deux mois, soit du 1er juillet au 30 septembre 2000, qu'enfin, il avait effectué une mission temporaire à la FIM à Mies du 5 février au 31 juillet 2001. Il s'était donc beaucoup investi en 2000 et 2001 pour ne pas se retrouver au chômage. Il a enfin fait remarquer que sa situation tant financière que personnelle était des plus précaires. Il a produit une attestation de la société CHALLENGE OPTIMUM SA du 23 juin 2000 confirmant qu'il avait suivi avec succès une formation de 32 jours de « responsable management qualité ».

6. Le 22 août 2003, la Caisse nationale suisse d'accidents (schweizerische Unfallversicherungsanstalt ; ci-après : SUVA) a produit des décomptes dont il ressort que l'assuré a été victime d'un accident qui a entraîné une incapacité totale de travail et qu'il a de ce fait bénéficié d'indemnités journalières : à 100% du 28 juin 1999 au 10 janvier 2000, à 50% du 11 au 31 janvier 2000, à 100% du 31 août au 13 septembre 2000 et à 50% du 14 septembre au 1er octobre 2000.

7. Le 17 octobre 2003, l'OCE a rendu une décision sur opposition confirmant la décision du 10 juin 2003. L'OCE a considéré que la révocation de la décision

d'octroi de prestations était légitime. Cette décision était en effet manifestement erronée, puisque contraire aux prescriptions légales en vigueur, l'assuré ne remplissant pas les conditions relatives à la période de cotisations. L'OCE a refusé de prendre en considération la période du 1er juillet au 30 septembre 2000, durant laquelle l'assuré allègue avoir mis en pratique sans rémunération sa formation, dès lors qu'il n'a reçu aucun salaire soumis à cotisations. L'OCE a par ailleurs considéré que l'assuré n'avait été empêché de travailler que durant une peu plus de trois mois durant son délai-cadre de cotisation, les périodes durant lesquelles il avait été en incapacité de travail en raison de son accident ne pouvant être prises en considération, faute de lien de causalité. L'OCE a relevé qu'il n'était pas possible de cumuler les périodes de cotisation et de libération et estimé que c'était à juste titre que le droit à l'indemnité de chômage avait été rétroactivement nié.

8. Par courrier du 6 novembre 2003, l'assuré a interjeté recours contre cette décision. Il ne comprend pas la pourquoi il est sanctionné, fait remarquer qu'il vit dans des conditions précaires et sans domicile fixe et demande l'indulgence des autorités. Il relève que sur Fr. 18'000.-- qui lui sont réclamés, il en a déjà payé 12'000.— alors qu'il vit Fr. 1'500.- par mois.

9. Invité à se prononcer, dans son préavis du 24 février 2004, l'OCE a maintenu sa décision.

EN DROIT

1. La loi genevoise du 22 novembre 1941 sur l'organisation judiciaire (LOJ ; E 2 O5) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales. composé de cinq juges, dont un président et un vice-président, cinq suppléants et seize juges assesseurs (art. 1 let. r et 56T LOJ).

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

2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 8 LOJ, le TCAS connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 LPGA relatives à la loi fédérale 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est donc établie.

3. La question litigieuse porte sur le droit du recourant à des indemnités.

4. Pour bénéficier de l'indemnité de chômage un assuré doit remplir les conditions relatives à la période de cotisations ou en être libéré au sens de l'art. 8 al. 1 LACI. En vertu du l'art. 13 al. 1 première phrase LACI dans sa teneur en vigueur jusqu'au 30 juin 2003, pour remplir les conditions relatives à la période de cotisations, l'assuré doit avoir dans les limites du délai-cadre, exercé six mois au moins une activité soumise à cotisations. La deuxième phrase de cette disposition, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 30 juin 2003, précise que l'assuré qui se retrouve au chômage dans l'intervalle de trois ans à l'issue de son délai-cadre d'indemnisation doit justifier d'une période de cotisations minimale de douze mois. Or, dans le cas particulier l'assuré a bénéficié d'un délai-cadre d'indemnisation du 2 juin 1997 au 1er juin 1999 et a sollicité à nouveau des indemnités dès le 8 novembre 2001. Dès lors, il devait justifier d'une période de cotisations minimale de douze mois pour pouvoir prétendre à des indemnités de chômage.

5. A teneur de l'art. 9 al. 3 LACI, le délai-cadre applicable à la période de cotisations commence à courir deux ans plus tôt. Il s'agit des deux années précédant l'inscription de l'assuré au chômage, soit en l'espèce du 8 novembre 1999 au 7 novembre 2001.

   L'assuré doit avoir exercé pendant ce délai-cadre une activité soumise à cotisations, c'est-à-dire avoir touché un salaire pour lequel les cotisations de chômage ont été prélevées. Conformément à l'art. 11 al. 1 et 2 OACI, compte comme mois de cotisations chaque mois civil entier durant lequel l'assuré est tenu de cotiser. Les périodes de cotisations qui n'atteignent pas un mois civil entier sont additionnées. Trente jours sont réputés constituer un mois de cotisations. Les périodes de cotisations qui se chevauchent dans le temps ne peuvent être comptées qu'une fois. Lorsque le début ou la fin de l'activité soumise à cotisations ne coïncide pas avec le début ou la fin d'un mois civil, les jours de travail correspondant sont convertis en jours civils au moyen du facteur 1,4. Sont seuls réputés jours de travail les jours du lundi au vendredi. Ce facteur est le résultat de la conversion des cinq jours de travail en sept jours civils (7 : 5 = 1,4).

6. En l'espèce, il n'est pas contesté que pendant son délai-cadre de cotisations, l'assuré a travaillé auprès de X_____du 20 novembre au 24 décembre 2000 et du 5 février au 31 juillet 2001, soit durant sept mois et 0,2 jours.

   La période du 1er juillet au 30 septembre 2000 durant laquelle il allègue avoir mis en pratique sans rémunération la formation acquise auprès de la société CHALLENGE OPTIMUM SA ne peut être prise en considération à titre de période de cotisations dès lors qu'il n'a reçu aucun salaire soumis à cotisations pour cette activité. Ne pouvant justifier de douze mois de cotisations l'assuré ne peut prétendre à l'indemnité de chômage dès le 8 novembre 2001 sur la base de l'art. 13 al. 1 LACI.

7. A teneur de l'art. 14 al. 1 let. a LACI, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, l'assuré qui dans les limites du délai-cadre mais pendant plus de douze mois au total n'était pas partie à un rapport de travail et partant n'a pu s'acquitter des conditions relatives à la période de cotisations à raison d'une formation scolaire, d'une reconversion ou d'un perfectionnement professionnel est libéré des conditions relatives à la période de cotisations à la condition qu'il ait été domicilié en Suisse pendant dix ans au moins.

Est également libéré de ces conditions l'assuré qui, dans les limites du délai-cadre mais pendant plus de douze mois au total, n'était pas partie à un rapport de travail et partant n'a pas pu s'acquitter des conditions relatives à la période de cotisations en raison de maladie, accident ou maternité à la condition qu'il ait été domicilié en Suisse pendant la période correspondante.

Pour être libéré des conditions relatives à la période de cotisations un assuré doit prouver qu'il n'était pas partie à un rapport de travail soumis à cotisations pendant plus de douze mois au total en raison des situations de libération mentionnées à l'art. 14 al. 1 LACI. Il doit avoir été empêché, en raison d'un ou de plusieurs motifs prévus par la loi, d'être partie à un rapport de travail. En d'autres termes il doit exister un lien de causalité entre l'absence de rapport de travail et le motif de l'empêchement (circulaire IC 2003 du SECO B 129). Le lien de causalité exigé pour une libération des conditions relatives à la période de cotisations n'existe que s'il n'apparaît ni possible ni convenable pour l'assuré en raison d'un des motifs prévus par la loi d'exercer une activité à temps partiel ou complet. Le motif invoqué pour la libération des conditions relatives à la période de cotisations doit être suffisamment contrôlable. Pour contrôler s'il existe un lien de causalité entre l'absence de périodes de cotisations et l'empêchement d'exercer une activité soumise à cotisations, la caisse doit examiner si l'assuré était effectivement empêché de travailler et dans quelle mesure.

Un assuré dont la capacité de travail était par exemple réduite à 50% pour cause de maladie ne peut pas être libéré des conditions relatives à la période de cotisations, le lien de causalité faisant défaut puisqu'il pouvait mettre à profit sa capacité de travail restante pour acquérir une période de cotisations suffisante (circulaire IC 2003 du SECO chiffre B 129 ; bulletin AC 99/3 fiche 3 ; bulletin AC 98/1 fiche 5 ; DTA 1990 n° 2).

Dans un arrêt non publié du 25 mai 1999 en la cause C 423/98, le TFA a rappelé que l'art. 14 LACI constituait une disposition d'exception subsidiaire à la règle principale de la durée minimale d'activité soumise à cotisations de l'art. 13 LACI. Lorsque cette durée a atteint, voire dépasse six mois, l'art. 14 LACI n'est plus applicable. Il n'y a en outre pas de cumul possible entre ces deux dispositions.

8. En l'occurrence, durant son délai-cadre de cotisations, l'assuré a suivi une formation de trente deux jours et a été en incapacité de travail à 100% du 28 juin 1999 au 10 janvier 2000 et du 31 août 2000 au 13 septembre 2000, soit deux mois et 16,2 jours. Il n'a été ainsi empêché de travailler que durant un peu plus de trois mois durant son délai-cadre de cotisations. Les périodes d'accident à 50% du 11 janvier 2000 au 31 janvier 2000 et du 14 septembre au 1er octobre 2000 ne peuvent pas être prises en considération faute de lien de causalité. L'OCE a relevé qu'il n'était donc pas possible de cumuler les périodes de cotisations et de libération des art. 13 et 14 LACI et a donc estimé que c'était à juste titre que le droit à l'indemnité de chômage a été rétroactivement niée.

   Le Tribunal de céans constate que la décision litigieuse du 10 juin 2003 aurait dû prendre la forme d'une décision en restitution de prestations indues dans la mesure où le fait de nier rétroactivement le droit de l'assuré à des prestations conduit immanquablement à lui en demander le remboursement. Or, l'OCE s'est contenté de constater que le droit n'était pas ouvert et a omis de demander formellement la restitution. Les arguments opposés par le recourant concernent d'ailleurs cette dernière.

   La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant de nombreuses modifications dans le domaine des assurances. S'il est vrai que le cas d'espèce demeure régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002 quant au fond, eu égard au principe selon lequel le juge des assurances sociales n'a pas à prendre en considération les modifications du droit ou de l'état de fait postérieur à la date déterminante de la décision litigieuse (ATF 127 V 468 consid. 1 ; cf. également disposition transitoire, art. 82 al. 1 LPGA), il n'en demeure pas moins que la question litigieuse de la restitution des prestations indues s'est posée sous l'empire du nouveau droit. L'OCE aurait donc dû appliquer formellement l'art. 25 al. 1 LPGA, lequel prévoit que les prestations indûment touchées doivent être restituées mais précise encore que la restitution ne peut être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile.

   En l'espèce, s'il a été admis que les prestations avaient été indûment versées, il convient encore d'examiner si les conditions d'une restitution sont ou non réunies.

9. 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 c'est-à-dire si lors de l'avis ou de la clarification des circonstances, des faits ont été tus ou des indications inexactes données intentionnellement ou à la suite d'une négligence grave. Il en va de même lorsque l'obligation d'aviser n'a pas été remplie en temps utile intentionnellement ou à la suite d'une négligence grave. Commet une telle négligence celui qui, lors de l'avis de la clarification des

circonstances, de l'obligation d'aviser ou lors de l'acceptation des prestations injustifiées n'a pas voué le minimum de soins qu'on était en droit d'attendre de lui compte tenu de ses aptitudes et de sa formation.

A cet égard la jurisprudence développée à propos de l'art. 47al. 1 LAVS vaut par analogie. 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 exclu d'emblée lorsque les faits qui conduisent à l'obligation de restituer sont imputable à un comportement dolosif ou à une négligence grave. En revanche l'intéressé peut invoquer sa bonne foi lorsque l'acte ou l'omission fautif ne constitue qu'une violation légère de l'obligation d'annoncer ou de renseigner.

10. En l'espèce, il est incontestable qu'aucune négligence ni faut ne peut être imputée à l'assuré qui n'a dissimulé aucun fait à la caisse de chômage. Dès lors, il convient de renvoyer le dossier à l'autorité intimée afin que cette dernière examine la réalisation de la seconde condition permettant d'admettre la remise de l'obligation de restituer, à savoir les conditions financières difficiles, ce qui semble être le cas en l'occurrence.

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 ;

3. Renvoie la cause à l'Office cantonal de l'emploi afin que ce dernier examine si les conditions d'une remise de l'obligation de restituer sont réunies et rende une nouvelle décision sur ce point ;

4. Dit que la procédure est gratuite ;

5. 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 le