

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2758/2014

ATAS/1282/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 15 décembre 2014

6^{ème} Chambre

En la cause

A _____ SA, sis à PLAN-LES-OUATES, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître Jacques ROULET

recourante

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, sis rue des Gares 16,
GENEVE

intimé

**Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente; Teresa SOARES et Jean-Pierre WAVRE,
Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Le 30 mars 2009, l'entreprise A_____ SA (ci-après : l'employeur), active dans le domaine de l'horlogerie, a remis à l'office cantonal de l'emploi du canton de Genève (OCE) un préavis de réduction de l'horaire de travail (RHT) pour la période du 20 avril au 20 octobre 2009.
2. Par décision du 17 avril 2009, l'OCE a partiellement admis le préavis précité et a autorisé, pour autant que toutes les autres conditions du droit fussent remplies, la caisse cantonale genevoise de chômage (CCGC) à octroyer à l'employeur l'indemnité en cas de RHT pour la période du 20 avril au 18 juillet 2009.
3. Le 20 avril 2009, l'OCE a adressé à l'employeur un document récapitulant les dispositions légales pertinentes en matière de RHT, qu'il a contresigné le 30 mai 2009. Ce document précisait notamment, à son chiffre 5, que « la perte de travail est prise en considération lorsque a) elle est due à des facteurs d'ordre économique et lorsqu'elle est inévitable, b) si elle est d'au moins 10%. Elle se calcule sur le total des heures à effectuer dans l'entreprise, après déduction de tous les congés payés et non payés, cette condition est impérative, c) lorsque l'horaire normal est celui prévu par contrat ou l'usage local dans le secteur économique. d) lorsqu'elle est de nature temporaire. Au surplus, les emplois doivent être maintenus. Le document contresigné par l'employeur stipulait également, au chiffre 9, que les travailleurs, dont la réduction de l'horaire de travail ne pouvait être déterminée ou dont l'horaire de travail n'était pas suffisamment contrôlable, n'avaient pas droit à l'indemnité en cas de RHT.
4. Les 22 juillet 2009, 8 janvier 2010, 16 mars 2010, 21 septembre 2010 et 11 janvier 2011, l'employeur a demandé la prolongation de la RHT, ce qui a été accepté par l'OCE par décisions des 22 juillet 2009, 12 janvier 2010, 18 mars 2010, 5 octobre 2010 et 14 janvier 2011.
5. Mensuellement, l'employeur a fait valoir auprès de la CCGC l'indemnité RHT pour les travailleurs de son entreprise, en transmettant notamment les documents suivants :
 - la demande d'indemnité, dûment signée, dans laquelle il était notamment rappelé que les travailleurs, dont la RHT ne pouvait être déterminée ou dont l'horaire de travail n'était pas suffisamment contrôlable, n'avaient pas droit à l'indemnité ;
 - un décompte comportant l'indication de la durée hebdomadaire du travail convenue contractuellement, des heures à effectuer pendant la période de décompte, y inclus le rattrapage, du temps effectivement travaillé ainsi que des congés ; s'agissant de Madame B_____, assistante administrative (ci-après : l'assistante administrative), la durée de travail hebdomadaire contractuellement convenue selon les décomptes était de 20 heures ;
 - un rapport récapitulant les jours et les heures travaillés.

6. Sur la base des documents fournis mensuellement à la CCGC, l'employeur a perçu, pour les mois d'avril 2009 à mars 2011 inclus, des indemnités en cas de RHT d'un montant total de CHF 206'931.20 soit :

2009		2010		2011	
Avril	3'089.25	Janvier	6'832.10	Janvier	7'813.70
Mai	10'044.55	Février	7'164.70	Février	7'498.50
Juin	15'974.70	Mars	8'265.45	Mars	8'847.90
Juillet	11'872.00	Avril	7'167.70	Total	24'160.10
Août	8'770.05	Mai	6'382.55		
Septembre	16'430.40	Juin	7'794.70		
Octobre	14'515.65	Juillet	4'669.40		
Novembre	11'990.25	Août	6'380.60		
Décembre	6'131.15	Septembre	7'009.50		
Total	98'818.00	Octobre	7'638.45		
		Novembre	7'950.95		
		Décembre	6'697.00		
		Total	83'953.10		

7. Le 30 janvier 2013, le secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) à Berne a effectué un contrôle de l'employeur afin de s'assurer du versement, à bon droit, de l'indemnité en cas de RHT entre avril 2009 et mars 2011.
8. Par décision sur révision du 4 avril 2013, le SECO a enjoint la société assurée à rembourser un montant de CHF 51'181.20 correspondant à des prestations indûment versées pour le compte de l'assistante administrative. Cette dernière n'avait en effet pas droit à des indemnités en cas de RHT étant donné que selon les fiches de salaire mensuelles d'avril 2008 à mars 2009, elle travaillait selon le volume de travail sans qu'aucun contrat de travail ne fasse état d'un temps de travail. Par conséquent, la perte de travail concernant l'assistante administrative ne pouvait pas être déterminée, de sorte que le droit à l'indemnité en cas de RHT ne pouvait lui être reconnu.
9. Par courrier du 16 avril 2013, l'employeur en personne a sollicité, auprès de la CCGC, la remise de son obligation de restituer le montant de CHF 51'181.20, expliquant que l'assistante administrative avait été la première employée et qu'aucun contrat de travail écrit n'avait été établi. Cependant, même si ses horaires n'étaient pas fixes, un minimum de 80 heures par mois lui était assuré. Le dossier complet de l'entreprise, comprenant la situation de l'assistante administrative, avait été présenté à l'OCE. L'employeur n'avait ainsi ni cherché à dissimuler quelque chose ni à obtenir l'indemnité en cas de RHT en présentant des informations fausses.
10. Copie du courrier du 16 avril 2013 a été adressée, le 17 avril 2013, à Monsieur Pierre-François UNGER, Conseiller d'Etat alors en charge du département des affaires régionales, de l'économie et de la santé (DARES).
11. Par courrier du 16 mai 2013, le Conseiller d'Etat précité a expliqué à l'employeur que, dans la mesure où il n'avait pas contesté la décision du SECO du 4 avril 2013, la demande de remise était instruite par la CCGC, laquelle soumettait

éventuellement le dossier au service juridique de l'OCE. A sa connaissance, il était tenu compte de la situation des entreprises avec toute l'attention nécessaire s'agissant non seulement de leurs difficultés économiques que de leur bonne foi.

12. Dans le cadre de l'instruction de la demande de remise, l'OCE a demandé à Madame C_____, gestionnaire en charge du dossier de l'employeur au sein de la CCGC (ci-après : la gestionnaire), de lui indiquer sur la base de quels éléments elle avait déterminé si l'horaire de l'assistante administrative était suffisamment contrôlable pour permettre le versement des indemnités en cas de RHT.
13. Par courriel du 12 novembre 2013, la gestionnaire a expliqué qu'elle recevait la personne responsable de l'entreprise et que lors de cet entretien, ils déterminaient si l'horaire du travail était contrôlable ou non. La CCGC ne demandait jamais les contrats de travail, l'entreprise en question certifiant, par la signature de la demande d'indemnité en cas de RHT, que l'horaire était contrôlable.
14. A la demande de l'OCE, l'employeur a expliqué, par courriel du 19 novembre 2013, que son assistante administrative travaillait pour elle depuis le mois de septembre 2001. En fonction des besoins, le temps de travail pouvait dépasser 80 heures par mois mais un minimum de 86 (*recte* 80) heures en moyenne lui était assuré.

En annexe à ce courriel figuraient les fiches de salaire pour les mois de janvier 2008 à mars 2009.

15. Par décision du 25 mars 2014, l'OCE a refusé d'accorder à l'employeur la remise de son obligation de restituer CHF 51'181.20, considérant que la condition de la bonne foi n'était pas réalisée, l'employeur ayant commis une négligence grave, le SECO ayant mis en évidence, lors de son contrôle du 30 janvier 2013, que la réduction des heures de travail de l'assistante administrative ne pouvait être reconnue étant donné qu'aucun contrat de travail, stipulant un horaire de travail, n'avait été conclu. En l'absence d'un nombre d'heures de travail fixe, il était impossible de déterminer la perte de travail à prendre en considération. Dans ce contexte, les seules déclarations de l'employeur certifiant un temps de travail minimum de 80 heures n'étaient pas suffisantes, ce d'autant moins qu'entre avril 2008 et mars 2009, les variations d'horaires – et de salaires – étaient considérables, oscillant entre déficit et excédent d'heures, ce qui démontrait d'une part l'absence de temps de travail fixe prévu contractuellement et constituait d'autre part un élément plaidant en faveur d'un travail à la demande. Par ailleurs, en date du 30 mai 2009, l'employeur avait signé un document précisant, à son ch. 5 c) que la perte de travail était prise en considération lorsque l'horaire de travail normal était celui prévu par contrat ou l'usage local dans le secteur économique. Dans ce contexte, l'employeur se devait d'informer la CCGC des conditions d'engagement de son assistante administrative, laquelle ne travaillait pas et n'était pas rémunérée selon un horaire contractuel fixe. Compte tenu des informations reçues, l'employeur ne pouvait ainsi pas ignorer son devoir d'informer. La condition de la

bonne foi n'était par conséquent pas remplie et la demande de remise devait être rejetée.

16. Par écriture du 6 mai 2014, l'employeur s'est opposé à la décision de refus de remise du 25 mars 2014 et a notamment sollicité l'audition de la gestionnaire de la CCGC. S'agissant tout d'abord de la condition de la bonne foi, il relevait avoir abordé l'OCE en toute transparence, en lui fournissant toutes les données et les pièces nécessaires à la détermination du droit de ses cinq employés en cas de RHT, et notamment les fiches de salaire. Le cas particulier de l'assistante administrative avait été abordé avec la gestionnaire. Compte tenu de l'ensemble des circonstances, l'OCE (*recte* la CCGC) avait considéré qu'un taux de travail de 50% concernant l'assistante administrative pouvait être retenu. L'OCE (*recte* la CCGC) était par conséquent informé de la situation de l'assistante administrative. Si la gestionnaire avait précisé que l'assistante administrative ne pouvait pas bénéficier d'indemnités en cas de RHT, l'employeur l'aurait licenciée, ce qui lui aurait permis de percevoir des indemnités de chômage. Grâce aux indemnités en cas de RHT, l'assistante administrative avait pu garder son emploi au sein de l'entreprise. Si versement indu il y avait eu, celui-ci avait été effectué en raison d'une mauvaise appréciation de l'OCE (*recte* la CCGC), voire d'une divergence d'appréciation ou de lecture des dispositions légales, cinq ans après. Les éventuelles fautes professionnelles de la gestionnaire ne pouvaient être imputées à l'employeur, qui avait perçu de bonne foi les indemnités en cas de RHT relatives à son assistante administrative. C'était au contraire l'administration qui avait adopté un comportement propre à tromper l'administré. Concernant la condition de la situation difficile, l'employeur relevait que selon la circulaire du SECO, il y avait situation difficile lorsque la somme à rembourser était supérieure à 20% du bénéfice net moyen des trois derniers exercices. Dans son cas, le bénéfice net moyen des trois dernières années (2011, 2012 et 2013) s'élevait à CHF 16'186,49, ce qui avait pour conséquence que le remboursement du montant de CHF 51'181,20 réclamé à titre d'indemnités en cas de RHT indûment perçues le mettrait dans une situation financière difficile. Les conditions de la bonne foi et de la situation difficile étant remplies, l'OCE devait annuler sa décision et accorder la remise.

En annexe à l'opposition figuraient notamment les pièces suivantes :

- la moyenne annuelle des heures travaillées par l'assistante administrative entre les mois d'avril 2008 et de mars 2009, soit :

2008		2009	
Avril	150	Janvier	107
Mai	55	Février	148
Juin	100	Mars	94
Juillet	84		
Août	40		
Septembre	122		
Octobre	141		
Novembre	102		
Décembre	88		

Total sur l'année	1231 heures
Moyenne mensuelle	102 heures

- les comptes de pertes et profits pour les années 2010 à 2013, mettant en évidence les bénéfices/pertes suivants :

	Produits	Charges	Bénéfice	Perte
2011	745'815.52	1'084'846.71		339'031.19
2012	394'779.05	445'832.94		51'053.89
2013	964'170.03	525'525.48	438'644.55	
Moyenne	701'588.20	685'401.71	16'619.82	

17. Lors de l'instruction de l'opposition, le service juridique de l'OCE a approché la gestionnaire de la CCGC, par courriel du 11 juillet 2014, pour savoir si la situation de l'assistante administrative avait été évoquée avec elle et si elle avait donné son accord.
18. Par courriel du même jour, la gestionnaire a expliqué que plus de cinq ans après, elle ne se souvenait plus de la discussion en question. Elle a cependant précisé qu'avec toutes les entreprises, elle regardait les horaires des employés et s'enquêrait de leur contrôlabilité.
19. Par décision sur opposition du 22 juillet 2014, l'OCE a confirmé sa décision du 25 mars 2004, relevant tout d'abord que les allégations de l'employeur, selon lesquelles la situation de l'assistante administrative avait été abordée avec la gestionnaire de la CCGC n'avaient pas pu être vérifiées, cette dernière ne se souvenant pas des propos tenus. Par conséquent, faute d'avoir reçu un renseignement erroné de la part de la gestionnaire, l'employeur ne pouvait tirer aucun droit du principe de la protection de la bonne foi. L'OCE a ensuite relevé que l'employeur avait indiqué garantir à sa collaboratrice un minimum de 80 heures de travail mensuelles, ce qui ne correspondait pas aux pièces produites. Par conséquent, au vu de ce qui précède, il était établi que l'employeur avait donné des renseignements inexacts sur la durée du temps de travail contractuellement convenu avec l'assistante administrative, de sorte que la CCGC n'était quoi qu'il en soit pas en mesure de fournir un renseignement correct, ce que l'employeur ne pouvait ignorer. Cela étant précisé, l'OCE a constaté que, dans les faits, l'assistante administrative bénéficiait d'un contrat de travail sur appel, qui dépendait du volume des affaires, de sorte qu'elle tombait dans la catégorie des employés dont la perte de travail n'était pas déterminable. Le 30 mai 2009, l'employeur avait retourné, contresigné, à la CCGC un courrier relatif aux conditions d'octroi des indemnités RHT, notamment en ce qui concernait la condition de la perte de travail déterminable. Ladite entreprise avait par conséquent le devoir d'informer la CCGC des conditions d'engagement sur appel sans nombre d'heures garanti de son assistante administrative, de sorte que c'était à juste titre que l'OCE n'avait pas retenu la bonne foi et refusé d'accorder la remise de la somme de CHF 51'181.20.
20. Le 15 septembre 2014, l'employeur (ci-après : la recourante) a interjeté recours contre la décision du 22 juillet 2014, concluant, préalablement, à l'audition de la gestionnaire de la CCGC ainsi que de toute autre personne susceptible d'apporter

des éléments pertinents pour l'établissement des faits, et principalement, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de la décision du 25 mars 2014 et la remise de CHF 51'184.20. Avant de reprendre les arguments d'ores et déjà avancés dans son opposition, la recourante a invoqué une violation du droit d'être entendu, la gestionnaire de la CCGC n'ayant pas été entendue avant la décision sur opposition. S'agissant de la condition de la bonne foi, la recourante a expliqué avoir remis à la gestionnaire de la CCGC les fiches de salaire de son assistante administrative ainsi que le « carnet de lait » dans lequel les heures étaient relevées. Par ailleurs, une représentante de la recourante s'était également entretenue avec la gestionnaire sur la situation de l'assistante administrative. La recourante était par conséquent convaincue d'avoir apporté tous les renseignements nécessaires à la détermination du droit à l'indemnité en cas de RHT. Aucune violation de son devoir de renseigner ne pouvait donc lui être reprochée. Quand bien même cela aurait été le cas, il n'en demeurait pas moins que, sur la base des pièces fournies et de discussions, la gestionnaire lui avait assuré que l'assistante administrative avait, en moyenne, exercé une activité à 50%, conformément à un carnet de lait, de sorte que cette activité pouvait être considérée comme déterminable. C'était par conséquent en étant convaincue d'avoir fourni tous les renseignements nécessaires à la CCGC que la recourante avait accepté l'indemnité en cas de RHT. Par ailleurs, la décision d'octroi ayant été rendue sur la base de l'ensemble des pièces pertinentes, la recourante pouvait partir de l'idée que son droit avait fait l'objet d'un examen en bonne et due forme par l'autorité compétente et que celle-ci avait tranché en sa faveur. Dans tous les cas, seule une négligence légère pouvait lui reprochée. S'agissant de la condition de la situation difficile, la recourante a repris les explications données dans son opposition.

21. L'OCE (ci-après : l'intimé) s'est prononcé par courrier du 13 octobre 2014 et, après avoir considéré que l'audition de la gestionnaire de la CCGC pouvait s'avérer utile à la compréhension de cette affaire, a persisté dans les termes de sa décision sur opposition du 22 juillet 2014.
22. Le 14 novembre 2014, la chambre de céans a entendu la gestionnaire. A cette occasion, celle-ci a expliqué travailler pour la CCGC depuis vingt-deux ans en qualité de gestionnaire, traitant depuis lors des indemnités en cas de RHT. S'agissant de la procédure en matière de RHT, elle recevait généralement un appel de l'employeur et l'aiguillait vers le service juridique de l'OCE, lequel lui fournissait un formulaire de préavis et d'approbation à remplir. Cet office rendait ensuite son avis. Si celui-ci était favorable, et que la CCGC était choisie par l'employeur, elle prévoyait un entretien au bureau avec l'employeur, afin de lui expliquer la procédure et notamment la manière de calculer le gain horaire. En général, elle ne voyait l'employeur qu'à cette seule occasion. Elle lui détaillait également tous les documents devant être fournis mensuellement. En général, elle demandait à l'employeur d'amener, lors de ce premier entretien, les fiches de salaires des employés, avec les attestations des heures supplémentaires, ainsi que, si possible,

une attestation certifiant du paiement des charges sociales. Elle regardait également en détail la demande d'indemnité avec l'employeur étant donné que tous les horaires devaient être contrôlables et les contrats de durée indéterminée. Si tel n'était pas le cas, elle excluait l'indemnisation. En présence d'un contrat sur appel, l'indemnisation n'était pas possible. Cependant, à titre d'exemple, si une employée travaillait vingt heures par semaine au moins, son indemnisation était possible sur cette base. Si on lui disait qu'une personne travaillait au moins à 50%, elle n'acceptait pas l'indemnisation, car les termes "au moins" étaient de trop. Pour une personne travaillant à 50%, elle acceptait un nombre d'heures compris entre 80 et 92 heures par mois. S'agissant des personnes effectuant des heures supplémentaires, elle demandait une attestation des heures supplémentaires des six, voire des douze derniers mois, et déduisait les heures supplémentaires des heures chômées. Elle ne demandait pas le contrat de travail mais se fiait à ce que lui disait oralement l'employeur. Elle ne se souvenait pas du tout de l'entretien avec la représentante de la recourante ni du dossier, ce qui signifiait qu'il ne posait à l'évidence pas de problème. Elle ne se souvenait pas non plus d'avoir discuté d'une employée en particulier avec la représentante de la recourante.

23. Le même jour, une audition des parties a eu lieu.

Entendue à cette occasion, Madame A_____, représentant la recourante, a expliqué que l'assistante administrative, qui était leur première employée et avait été engagée en 2000, était au bénéfice d'un contrat oral, avec une assurance d'un travail à 50% (80 heures par mois) en moyenne sur l'année. Elle était payée en heures et travaillait notamment plus en cas de besoin, par exemple lors d'expositions. Ils n'avaient jamais conclu de contrat de travail sur appel avec l'assistante administrative, celle-ci venant travailler tous les jours à mi-temps et plus en cas de besoin. Après avoir été informée, par Monsieur UNGER, de l'existence du chômage technique, elle avait pris contact avec l'OCE et avait eu un rendez-vous avec la gestionnaire à Montbrillant. Elle lui avait alors exposé les dossiers des employés et remis les fiches de salaires, les déclarations AVS et la preuve du paiement des assurances sociales. Dans ce contexte, elle relevait que la gestionnaire avait admis voir les fiches de salaires des employés lors du premier entretien. Elle l'avait trouvée très professionnelle, examinant point par point si l'employeur pouvait prétendre à une indemnité. Lors de cette entrevue, elle avait notamment discuté du cas de l'assistante administrative, en précisant la nature du contrat et le nombre minimum d'heures garanti. La gestionnaire lui avait lors dit que cela représentait un temps de travail de 50% et qu'il fallait partir sur cette base. Par la suite, elle avait eu plusieurs contacts téléphoniques avec la gestionnaire sans que le cas de l'assistante administrative ne soit abordé. A la demande de la gestionnaire, elle avait tenu un carnet de lait, qui devait être présenté en cas de contrôle, pour attester des horaires de chaque employé. Ce carnet n'avait jamais dû être présenté dès lors que personne, pas même le SECO, l'avait demandé. Sans l'assistance d'un avocat, elle avait formé une demande de remise en date du 16 avril

2013, car cela lui semblait plus simple de prouver la bonne foi, que de contester formellement la décision. Si elle avait su que Mme B_____, qui avait au demeurant dû être licenciée deux ans auparavant, ne pouvait pas bénéficier du chômage technique, elle l'aurait licenciée.

Pour sa part, l'OCE n'était pas en mesure de dire, à ce stade, s'il acceptait de considérer que la recourante s'était trouvée dans une situation difficile durant la période concernée. Par ailleurs, il maintenait sa décision.

24. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05) en vigueur dès le 1^{er} 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.

2. A teneur de l'art. 1 al. 1 LACI, les dispositions de la LPGA, entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2003, s'appliquent à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité, à moins que la loi n'y déroge expressément.
3. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 à 60 LPGA).
4. La question litigieuse porte uniquement sur la remise, et plus particulièrement sur la condition de la bonne foi, la possibilité d'une telle remise étant également ouverte aux personnes morales (ATF 122 V 274 consid. 4 *in fine*, arrêt du Tribunal fédéral C 295/02 du 12 juin 2003 consid. 1.1).
5. La recourante invoque tout d'abord une violation de son droit d'être entendue, reprochant à l'intimé de ne pas avoir entendu la gestionnaire de la CCGC qu'elle avait cité dans son opposition.

Ce grief, de nature formelle, doit être examiné en premier lieu (ATF 127 V 431 consid. 3d/aa, 124 V 90 consid. 2 notamment).

a. La jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 4 aCst., qui s'applique également à l'art. 29 al. 2 Cst. (ATF 127 I 54 consid. 2b, 127 III 576 consid. 2c), a déduit du droit d'être entendu, en particulier, le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se

déterminer à leur propos (ATF 126 I 15 consid. 2a/aa, 124 V 180 consid. 1a). L'art. 29 al. 2 Cst. ne confère cependant pas le droit d'être entendu oralement (ATF 134 I 140 consid. 5.3 p. 148 et les références) ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 130 II 425 consid. 2.1), pas plus du reste que l'art. 42 LPGA, qui s'applique à la procédure administrative en matière d'assurances sociales (arrêt C 128/04 du 20 septembre 2005, in SVR 2006 ALV n° 5 p. 15). En effet, l'autorité peut mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 130 II 425 consid. 2.1 ; ATF 125 I 127 consid. 6c/cc in fine, ATF 124 I 417 consid. 7b; ATF 124 I 208 consid. 4a, ATF 124 I 274 consid. 5b; ATF 115 Ia 8 consid. 3a; ATF 106 Ia 161 consid. 2b).

La violation du droit d'être entendu - pour autant qu'elle ne soit pas d'une gravité particulière - est réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen. Au demeurant, la réparation d'un vice éventuel ne doit avoir lieu qu'exceptionnellement (ATF 127 V 431 consid. 3d/aa, 126 I 70, 126 V 130 consid. 2b et les références).

b. En l'espèce, la recourante a pu faire valoir ses arguments dans son opposition de sorte que son droit d'être entendu a été respecté. En effet, comme cela ressort du considérant ci-dessus, le droit d'être entendu ne confère pas le droit d'obtenir l'audition de témoins. Par ailleurs, en admettant même que le droit d'être entendu de la recourante ait été violé par l'intimé, il faut considérer que cette supposée violation a été réparée dès lors que la chambre de céans a entendu la gestionnaire. Le grief de violation du droit d'être entendu est par conséquent infondé.

6. Le droit d'être entendu de la recourante n'ayant pas été violé, il y a désormais lieu de déterminer si c'est à juste titre que l'intimé a refusé de lui accorder la remise de son obligation de restituer le montant de CHF 51'181.20.

a/aa. Applicable par renvoi de l'art. 95 al. 1 LACI, l'art. 25 al. 1^{er} 1^{ère} phrase LPGA dispose que les prestations indûment touchées doivent en principe être restituées. Selon le deuxième alinéa de cette disposition, le droit de demander la restitution s'éteint un an après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation. Il s'agit d'un délai de péremption, qui ne peut être interrompu.

Selon l'art. 95 al. 2 LACI, lorsque l'employeur a bénéficié, à tort, d'indemnités en cas de RHT, la caisse est compétente pour demander la restitution, sauf lorsque la découverte du motif de restitution a lieu dans le cadre d'une procédure de révision menée par l'organe de compensation, administré par le SECO. Dans cette dernière hypothèse, c'est à l'organe de compensation ou au SECO qu'il appartient de rendre la décision de restitution, charge à la caisse de procéder à l'encaissement (DTA 2013 p. 79 consid. 3.2 ; Boris RUBIN, *op. cit.*, n° 34 ad Art. 95 p. 618).

a/bb. L'assuré concerné peut toutefois demander la remise de l'obligation de restituer, lorsque la restitution des prestations allouées indûment, mais reçues de bonne foi, mettrait l'intéressé dans une situation difficile (art. 25 al. 1^{er} 2^e phrase LPGa). Ces deux conditions sont cumulatives et leur réalisation est nécessaire pour que la remise de l'obligation de restituer soit accordée (ATF 126 V 48 consid. 3c ; voir également arrêt du Tribunal fédéral 8C_807/2007 du 18 août 2008 consid. 3.1). La demande doit être écrite, motivée et accompagnée des pièces nécessaires et être déposée auprès de l'autorité cantonale compétente au plus tard 30 jours à compter de l'entrée en force de la décision de restitution (art. 4 al. 4 OPGA). Il ne s'agit là toutefois que d'un délai d'ordre, et non de péremption (ATF 132 V 42 consid. 3.4). La remise fait l'objet d'une décision (art. 4 al. 5 OPGA).

La compétence pour statuer sur la demande de remise de l'obligation de restituer appartient à l'autorité cantonale du canton dans lequel l'assuré était domicilié en dernier (art. 95 al. 3 LACI et 119 al. 3 OACI). A Genève, l'autorité compétente au sens de la disposition précitée est l'OCE (art. 3 al. 1 RMC).

b/aa. En ce qui concerne la notion de la bonne foi, la jurisprudence développée à propos de l'art. 47 al. 1 LAVS (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002) vaut par analogie en matière d'assurance-chômage (ATF 126 V 50).

En règle générale, la bonne foi est en règle générale présumée (arrêt du Tribunal fédéral des assurances P 3/01 consid. 3b ; voir également Boris RUBIN, *op.cit.*, n° 41 ad Art. 95 p. 620). Cependant, l'ignorance, par le bénéficiaire, du fait qu'il n'avait pas droit aux prestations 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 aussi 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 (ATF 112 V 103 consid. 2c ; DTA 2003 n° 29 p. 260 consid. 1.2 et les références ; RSAS 1999 p. 384). Il y a négligence grave quand un ayant droit ne se conforme pas à ce qui peut raisonnablement être exigé d'une personne capable de discernement dans une situation identique et dans les mêmes circonstances (ATF 110 V 181 consid. 3d). Il faut ainsi en particulier examiner si, en faisant preuve de la vigilance exigible, il aurait pu constater que les versements ne reposaient pas sur une base juridique. On signalera également, que, de jurisprudence constante, la condition de la bonne foi doit être réalisée dans la période où l'assuré concerné a reçu les prestations indues dont la restitution est exigée (ATF non publié du 17 avril 2008, 8C_766/2007, consid. 4.1 et les références citées). Enfin, le Tribunal fédéral des assurances a admis une négligence grave dans le cas où l'assuré a donné des réponses inexactes aux questions concrètes d'une formule à remplir (ATF 110 V 181, consid. 3 d, RCC 1985, p. 63).

b/bb. Dans le domaine de l'indemnité en cas de RHT, l'assuré a l'obligation de fournir tous les renseignements propres à permettre à la caisse de chômage de l'indemniser. La bonne foi est pratiquement toujours niée en cas d'omission de renseigner ou de fausses déclarations au sujet, notamment, d'un statut excluant le droit à l'indemnité (Boris RUBIN, *op. cit.*, n° 42 ad Art. 95 LACI et les références jurisprudentielles citées).

7. a. Les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité pour réduction de l'horaire de travail lorsque les autres conditions prévues par l'art. 31 al. 1 LACI sont réalisées. Selon l'art. 46 al. 1 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (ordonnance sur l'assurance-chômage, OACI - RS 837.02), est réputée durée normale du travail, la durée contractuelle du travail accompli par le travailleur, mais au plus la durée selon l'usage local dans la branche économique en question. Pour les travailleurs dont le temps de travail est variable, l'horaire annuel moyen convenu contractuellement est considéré comme horaire normal de travail. Selon la jurisprudence, par durée contractuelle du travail il faut entendre le travail effectivement fourni par les travailleurs dans le cadre de leurs obligations contractuelles (ATF 111 V 257 consid. 3). Une réduction de l'horaire de travail peut consister non seulement en une réduction de la durée quotidienne, hebdomadaire ou mensuelle du travail, mais aussi en une cessation d'activité pour une certaine période, sans résiliation des rapports de travail (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb p. 237).

b. A teneur de l'art. 31 al. 3 let. a LACI, les travailleurs dont la réduction de l'horaire de travail ne peut être déterminée ou dont l'horaire de travail n'est pas suffisamment contrôlable n'ont pas droit à l'indemnité. Est considérée comme une perte de travail ne pouvant pas être déterminée (indéterminable) celle des employés étant mis à contribution de manière sporadique, en fonction des besoins de l'employeur, tels que les travailleurs n'étant pas au bénéfice d'un contrat prévoyant un temps de travail précis à fournir (travailleurs sur appels, employés occasionnels, auxiliaires), dont le volume de travail est par nature fluctuant (Boris RUBIN, *Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage*, 2014, n° 34 ad Art. 31 p. 347).

Tant la jurisprudence que la doctrine différencient le contrat de travail occasionnel du contrat de travail sur appel. Le premier se caractérise par le fait que l'employeur n'a pas d'obligation de faire appel au travailleur et que ce dernier n'est pas tenu d'accepter un travail qui lui est proposé. Chaque fois que la personne sollicitée offre sa prestation de travail, il y a conclusion d'un contrat de travail à durée déterminée qui prend fin par la simple expiration de l'engagement prévu (JAR 1986/7 ; WYLER, *Droit du travail et jurisprudence récente : aperçu de quelques arrêts fédéraux et cantonaux*, in *JdT* 1998 I, pp. 98-101 ; BRUNNER / BÜHLER / WAEBER / BRUCHEZ, *Commentaire du contrat de travail*, 3e éd., p. 408). Le travail sur appel implique que le travailleur met à disposition tout ou partie de son temps, l'employeur faisant appel ou non à lui. Durant les périodes convenues, le

travailleur ne peut refuser une mission qui lui est proposée. En contrepartie, la rémunération porte non seulement sur le travail fourni, mais également sur l'indemnité due au titre de la disponibilité offerte par le travailleur (ATF 124 III 249 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/ BRUCHEZ, *op. cit.*, pp. 409-410).

c. Dans un arrêt du 20 novembre 1992, le Tribunal fédéral des assurances avait considéré que lorsque la durée du travail à accomplir dans le cadre d'un contrat de travail à temps partiel varie (travail à temps partiel improprement dit), la durée normale du travail et la perte de travail devaient être déterminées sur la base de la durée de travail effectivement accomplie au cours des trois derniers mois précédant la réduction de l'horaire de travail, par analogie avec l'art. 57 OACI (DTA 1992 p. 147).

Plus récemment, dans un arrêt du 29 avril 2009, le Tribunal administratif, section des assurances sociales, du canton de Berne, a considéré que lorsque le travail sur appel avait été effectué de manière plus ou moins constante pendant une période prolongée, le temps de travail effectué pendant cette période était considéré comme étant l'horaire de travail normal de l'assuré concerné, conformément à la doctrine et à la jurisprudence relative à l'indemnité de chômage. Par analogie, la réduction de la durée normale du travail à prendre en considération pour l'indemnité en cas de RHT pouvait être déterminée, dans de tels cas, sur la base du temps de travail effectif pendant la période considérée. La juridiction administrative bernoise avait ainsi considéré que, dans cette mesure, la circulaire du SECO sur l'indemnité en cas de RHT était contraire à la loi lorsqu'elle excluait de manière générale du droit à l'indemnité les personnes exerçant une activité dans le cadre d'un contrat de travail ne prévoyant pas un nombre d'heures de travail régulier, motif pris que leur perte de travail ne pouvait être déterminée (JAB 2009 p. 474 ; voir également Boris RUBIN, *op.cit.*, n° 34 ad Art. 31 p. 347).

8. a) Dans le domaine des assurances sociales, la procédure est régie par la maxime inquisitoire, selon laquelle 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 (art. 61 let. c LPGA). 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 ; cf. ATF 130 I 183 consid. 3.2). Le devoir du juge de constater les faits pertinents ne dispense donc pas les parties de collaborer à l'administration des preuves en donnant des indications sur les faits de la cause ou en désignant des moyens de preuve (ATF 130 I 184 consid. 3.2, 128 III 411 consid. 3.2).

Autrement dit, si la maxime inquisitoire dispense les parties de l'obligation de prouver, elle ne les libère pas du fardeau de la preuve. En cas d'absence de preuve, c'est à la partie qui voulait en déduire un droit d'en supporter les conséquences (ATF 117 V 264 consid. 3), sauf si l'impossibilité de prouver un fait peut être

imputée à son adverse partie (ATF 124 V 375 consid. 3). Au demeurant, il n'existe 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).

b) Le juge des assurances sociales 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 ; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). 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).

Si l'administration ou le juge, se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves fournies par les investigations auxquelles ils doivent procéder d'office, sont convaincus que certains faits présentent un degré de vraisemblance prépondérante et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation, il est superflu d'administrer d'autres preuves (appréciation anticipée des preuves ; ATF 122 II 469 consid. 4a, 122 III 223 consid. 3c). Une telle manière de procéder ne viole pas le droit d'être entendu selon l'art. 29 al. 2 Cst. (SVR 2001 IV n. 10 p. 28 consid. 4b), la jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 4 aCst. étant toujours valable (ATF 124 V 94 consid. 4b, 122 V 162 consid. 1d).

9. En l'espèce, l'intimé considère que la recourante avait le devoir d'informer la CCGC des conditions d'engagement sur appel de l'assistante administrative, sans nombre d'heures garanti, précisant que le nombre d'heures minimum garanti ne ressortait pas des pièces produites. Pour sa part, la recourante conteste avoir violé son obligation de renseigner relevant qu'elle avait transmis tous les documents à la gestionnaire puis discuté, avec celle-ci, du cas de l'assistante administrative.

Force est de constater que tant l'OCE que la gestionnaire se sont toujours référés à la notion de « contrat sur appel » pour nier le droit à toute indemnisation de l'assistante administrative. Or, selon les explications données par la recourante notamment lors de son audition, l'assistante administrative venait travailler tous les jours à mi-temps et plus en cas de besoin. Elle était payée à l'heure. Il ne ressort en outre pas des déclarations de la recourante que la disponibilité de l'assistante administrative était rémunérée. Partant, la recourante était à l'évidence fondée à considérer qu'elle n'avait pas à attirer l'attention de la CCGC sur ce point. En outre, même si la gestionnaire ne se souvient pas du dossier, ses explications sur la procédure appliquée correspondent à celles données par la recourante. La chambre de céans considère dès lors qu'il est établi, au degré de la vraisemblance prépondérante que la recourante a été convoquée pour une réunion et qu'à cette occasion, elle a remis à la gestionnaire les fiches de salaire de son assistante

administrative, lesquelles indiquaient au demeurant le nombre d'heures travaillées. Au cours de cette réunion, la demande d'indemnité a été examinée point par point et le cas de l'assistante administrative a été discuté s'agissant de la nature du contrat et du nombre minimum d'heures garanti.

Dans ces conditions, la recourante pouvait à l'évidence considérer qu'elle avait satisfait à son obligation de renseigner et que, dans la mesure où des indemnités en cas de RHT avaient été versées pour le compte de son assistante administrative, son droit avait fait l'objet d'un examen en bonne et due forme et que la CCGC avait tranché en sa faveur. Partant, la chambre de céans est d'avis que la condition de la bonne foi est réalisée, ce d'autant plus que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, un contrat de travail à temps partiel improprement dit (durée du travail à accomplir qui varie) ne supprime pas le droit à une indemnité en cas de RHT.

Par conséquent, le recours doit être admis sur ce point. Cependant, dans la mesure où l'OCE ne s'est pas prononcé sur la condition de la situation difficile, la chambre de céans n'a d'autre choix que de lui renvoyer la cause pour examen de cette seconde condition.

10. Au vu de ce qui précède, le recours sera partiellement admis et la décision du 22 juillet 2014 sera annulée. La cause sera renvoyée à l'intimé pour instruction complémentaire sur la question de la situation difficile et nouvelle décision.

La recourante obtenant gain de cause, une indemnité de CHF 2'500.- lui sera accordée à titre de participation à ses frais et dépens (art. 61 let. g LPGA).

Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.
3. Annule la décision de l'intimé du 22 juillet 2014.
4. Renvoie la cause à l'intimé pour instruction complémentaire au sens des considérants.
5. Condamne l'intimé à verser une indemnité de CHF 2'500.- à la recourante.
6. 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

La présidente

Alicia PERRONE

Valérie MONTANI

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