RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3034/2021 **ATAS/209/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 8 mars 2022

15ème Chambre

En la cause

Madame A_____, domiciliée _____ [GE], comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Claude ABERLE — recourante

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Service juridique, rue des Gares 16, GENÈVE — intimé

Siégeant : Marine WYSSENBACH, Présidente; Andres PEREZ et Christine TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs

EN FAIT

A. Madame A_____ (ci-après : l'assurée), titulaire d'une maîtrise universitaire, s'est inscrite à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE) le 17 mai 2016. Un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur du 1er juin 2016 au 31 mai 2018. Le gain assuré a été fixé à CHF 5'000.-, salaire brut que percevait l'assurée durant son précédent emploi à plein temps auprès d'une organisation non gouvernementale sise à Genève, où elle a collaboré en tant qu'assistante administrative du 14 avril 2014 au 31 mai 2016, date de la fin des rapports de travail consécutive à son licenciement.

B. **a.** Par décision du 29 novembre 2018, la caisse de chômage B_____ (ci-après : la caisse), auprès de laquelle l'assurée avait demandé des indemnités de chômage, a réclamé à celle-ci la restitution de CHF 8'569.65, représentant les prestations indûment perçues du 1er juin au 31 décembre 2016, motif pris que l'assurée avait travaillé auprès de la Commune de C_____ [GE] durant cette période, sans toutefois annoncer cette activité.

b. Par décision du 11 juin 2019, la caisse a exigé le remboursement de CHF 6'344.65, correspondant aux indemnités de chômage versées en trop du 1er janvier au 30 novembre 2017, compte tenu des revenus tirés de l'activité auprès de la Commune de C_____ pendant cette période.

c. Saisie de deux oppositions à l'encontre de ces décisions, la caisse, qui a joint les deux causes, a rendu le 28 février 2020 une décision par laquelle elle a partiellement admis les oppositions, en ce sens qu'elle a arrêté le montant à restituer à CHF 7'734.05 pour la période du 1er juin au 31 décembre 2016, et à CHF 6'314.85 pour la période du 1er janvier au 30 novembre 2017.

C. L'assurée a déféré la décision sur opposition du 28 février 2020 auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : CJCAS), qui, par arrêt du 3 novembre 2020 (ATAS/1041/2020) – non contesté –, a déclaré irrecevables les conclusions de l'assurée tendant au versement de prestations pour la période de décembre 2017 au 24 mai 2018, et a rejeté le recours pour le surplus.

D. **a.** Le 10 décembre 2020, l'assurée a sollicité la remise de son obligation de restituer la somme de CHF 14'048.90.

b. Par décision du 28 avril 2021, confirmée sur opposition le 13 juillet 2021, l'OCE a refusé d'accorder la remise, au motif que l'assurée ne pouvait pas se prévaloir de sa bonne foi.

E. **a.** Par acte du 13 septembre 2021, l'assurée, par l'intermédiaire de son conseil, a recouru contre la décision sur opposition du 13 juillet 2021 auprès de la CJCAS, en concluant, sous suite de frais et dépens, préalablement, à l'audition de sa conseillère en personnel, principalement, à l'annulation de cette décision et au renvoi de la cause à l'intimé pour complément d'instruction s'agissant de la

seconde condition d'une remise, à savoir celle de l'exposition à une situation financière difficile, et nouvelle décision, et subsidiairement, à l'octroi de la remise.

b. Dans sa réponse du 12 octobre 2021, l'intimé a conclu au rejet du recours, en considérant que la recourante n'avait apporté aucun élément permettant de revoir la décision litigieuse.

c. Le 22 novembre 2021, la recourante a informé la CJCAS qu'elle ne souhaitait pas répliquer.

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), 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. À teneur de l'art. 1 al. 1 LACI, les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-chômage, à moins que la loi n'y déroge expressément.

3. Le 1er janvier 2021, est entrée en vigueur la modification du 21 juin 2019 de la LPGA.

3.1 Sur le plan matériel, sont en principe applicables les règles de droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 129 V 1 consid. 1; ATF 127 V 467 consid. 1 et les références). En ce qui concerne en revanche la procédure, et à défaut de règles transitoires contraires, le nouveau droit s'applique sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b; ATF 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b).

3.2 Déposé après le 1er janvier 2021, le recours sera donc traité sous l'angle du nouveau droit de la LPGA (cf. ATAS/360/2021 du 15 avril 2021 consid. 3).

4. Le délai de recours est de trente jours (art. 56 LPGA; art. 62 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]).

Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, compte tenu de la suspension des délais pour la période du 15 juillet au 15 août inclusivement (art. 38 al. 4 let. b LPGA et art. 89C let. b LPA), le recours est recevable.

5. Le litige porte sur la question de savoir si la recourante peut bénéficier d'une remise de l'obligation de restituer les indemnités perçues à tort du 1er juin 2016 au 30 novembre 2017 à concurrence de CHF 14'048.90.

6. Selon l'art. 25 al. 1 LPGA, auquel renvoie l'art. 95 al. 1 LACI, les prestations indûment touchées doivent être restituées. La restitution ne peut être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile. Ces deux conditions matérielles sont cumulatives et leur réalisation est nécessaire pour que la remise de l'obligation de restituer soit accordée (ATF 126 V 48 consid. 3c; arrêt du Tribunal fédéral 8C_364/2019 du 9 juillet 2020 consid. 4.1).

7. Savoir si la condition de la bonne foi, présumée en règle générale (art. 3 du Code civil suisse, du 10 décembre 1907 - CC - RS 210), est réalisée doit être examiné dans chaque cas à la lumière des circonstances concrètes (arrêt du Tribunal fédéral 8C_269/2009 du 13 novembre 2009 consid. 5.2.1). La condition de la bonne foi doit être remplie dans la période où l'assuré concerné a reçu les prestations indues dont la restitution est exigée (arrêt du Tribunal fédéral 8C_766/2007 du 17 avril 2008 consid. 4.1 et les références).

7.1 La jurisprudence constante considère que 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'assuré 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 138 V 218 consid. 4 ; arrêts du Tribunal fédéral 9C_43/2020 du 13 octobre 2020 consid. 3 et 9C_16/2019 du 25 avril 2019 consid. 4).

On parlera de négligence grave lorsque l'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 176 consid. 3d ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_16/2019 du 25 avril 2019 consid. 4). La mesure de l'attention nécessaire qui peut être exigée doit être jugée selon des critères objectifs, où l'on ne peut occulter ce qui est possible et raisonnable dans la subjectivité de la personne concernée (faculté de jugement, état de santé, niveau de formation, etc.; arrêt du Tribunal fédéral 9C_413/2016 du 26 septembre 2016 consid. 3.1; Sylvie PÉTREMAND, in Commentaire romand, LPGA, 2018, n. 69 ad art. 25 LPGA). Il faut ainsi en particulier examiner si, en faisant preuve de la vigilance exigible, l'assuré aurait pu constater que les versements ne reposaient pas sur une base juridique. Il n'est pas demandé à un bénéficiaire de prestations de connaître dans leurs moindres détails les règles légales. En revanche, il est exigible de lui qu'il vérifie les éléments pris en compte par l'administration pour calculer son droit aux prestations. On peut attendre d'un assuré qu'il décèle des erreurs manifestes et qu'il en fasse l'annonce (arrêt du Tribunal fédéral

9C_498/2012 du 7 mars 2013 consid. 4.2). On ajoutera que la bonne foi doit être niée quand l'enrichi pouvait, au moment du versement, s'attendre à son obligation de restituer, parce qu'il savait ou devait savoir, en faisant preuve de l'attention requise, que la prestation était indue (art. 3 al. 2 CC ; ATF 130 V 414 consid. 4.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_319/2013 du 27 octobre 2013 consid. 2.2).

En revanche, l'intéressé peut invoquer sa bonne foi si son défaut de conscience du caractère indu de la prestation ne tient qu'à une négligence légère, notamment, en cas d'omission d'annoncer un élément susceptible d'influer sur le droit aux prestations sociales considérées, lorsque ladite omission ne constitue qu'une violation légère de l'obligation d'annoncer ou de renseigner sur un tel élément (ATF 112 V 97 consid. 2c; arrêts du Tribunal fédéral 9C_16/2019 précité consid. 4 et 9C_14/2007 du 2 mai 2007 consid. 4; DTA 2003 n° 29 p. 260 consid. 1.2 et les références; RSAS 1999 p. 384; Ueli KIESER, Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts - ATSG, 2020, n. 65 ad art. 25 LPGA).

7.2 À titre d'exemple, le Tribunal fédéral a retenu une négligence grave excluant toute bonne foi dans le cas d'une assurée qui avait perçu, en sa qualité de conseillère municipale, des jetons de présence et omis de signaler l'existence de ces gains ; le Tribunal fédéral a notamment relevé que l'intéressée ne pouvait raisonnablement pas déduire de la formulation des questions des fiches « indications de la personne assurée » (IPA) que son revenu de conseillère municipale n'avait pas à être annoncé ; on comprenait en effet bien à la lecture de ces questions qu'il était demandé à l'assurée de signaler l'exercice d'une activité lucrative, indépendamment de sa nature ; même si l'assurée n'était pas au bénéfice d'un contrat de travail, il n'en demeurait pas moins qu'elle percevait pour son activité de conseillère municipale un revenu (soumis à cotisation AVS) comme le démontraient les attestations de gain intermédiaire, remplies après coup, par la Commune de C_____ ; peu importe l'endroit du formulaire IPA où l'assurée devait signaler la rémunération tirée de son mandat ; il fallait qu'elle le déclare d'une manière ou d'une autre, ce qu'elle n'avait pas fait ; par ailleurs, elle n'avait jamais parlé avec sa conseillère de l'office régional de placement (ORP) du fait que son activité pour la Commune de C_____ était rémunérée et il n'était pas établi qu'elle se soit renseignée auprès d'autres personnes, qui lui auraient donné, le cas échéant, de mauvaises indications (arrêt du Tribunal fédéral 8C_373/2016 du 29 mars 2017 consid. 6.2).

En revanche, la condition de la bonne foi a été considérée comme remplie dans le cas d'un assuré qui avait omis d'annoncer une activité de concierge à 25% dans les formulaires IPA, alors qu'il avait annoncé cette activité tant à l'ORP qu'à la caisse de chômage ; en effet, si l'assuré était tenu d'indiquer cette activité dans les formulaires IPA, la caisse disposait néanmoins de toutes les indications nécessaires au dossier concernant la poursuite de l'emploi en tant que concierge

pour déterminer correctement le droit à l'indemnisation (arrêt du Tribunal fédéral 8C_684/2018 du 17 avril 2019 consid. 4.3).

8. 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 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3 ; ATF 126 V 353 consid. 5b ; ATF 125 V 193 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 319 consid. 5a).

9. En l'occurrence, il ressort du dossier que la recourante a fait des déclarations contraires à la vérité dans les formulaires IPA de juin 2016 à novembre 2017, en répondant par la négative à la question de savoir si elle avait travaillé chez un ou plusieurs employeurs, puisque durant cette même période, elle avait exercé une activité rémunérée auprès de la Commune de C_____ en qualité de sapeur-pompier volontaire.

Contrairement à ce que fait valoir la recourante, on ne peut pas admettre que, ce faisant, elle a commis uniquement une violation légère de l'obligation d'annoncer ou de renseigner. Le cas d'espèce se distingue en effet de celui auquel elle se réfère (arrêt du Tribunal fédéral 8C_684/2018 précité), dès lors que, si elle a effectivement annoncé en date du 23 mai 2016 à sa conseillère en placement de l'ORP qu'elle occupait la fonction de pompier volontaire à la Commune de C_____ (procès-verbal du même jour; courriel de la conseillère en personnel du 5 février 2019 à la caisse), en revanche, à l'inverse du cas ayant donné lieu à l'arrêt précité, elle n'a pas informé la caisse de l'existence de cette activité. Aussi celle-ci n'a-t-elle pu calculer l'indemnité de chômage en toute connaissance de cause. C'est le lieu de rappeler que c'est la caisse de chômage qui détermine le droit aux prestations et verse les indemnités de chômage (art. 81 al. 1 LACI) et c'est à elle que les formulaires IPA – qui doivent être dûment complétés conformément à la vérité – sont adressés (arrêt du Tribunal fédéral 8C_373/2016 du 29 mars 2017 consid. 8.2).

Quoi qu'en dise la recourante, même à supposer que sa conseillère en personnel lui ait indiqué que cette activité ne pouvait pas être considérée comme une « activité salariée » en l'absence d'un contrat de travail et qu'en conséquence, un gain intermédiaire ne pouvait pas être pris en compte – allégué que conteste la conseillère en personnel dans son courriel du 5 février 2019 –, rien ne permet d'inférer que celle-ci lui aurait suggéré de répondre par la négative à la question litigieuse figurant dans les formulaires IPA (dans ce sens : arrêt du Tribunal fédéral 8C_807/2007 du 18 août 2008 consid. 4.2), dont on comprend à la lecture qu'il est demandé à l'assurée de signaler l'exercice d'une activité lucrative,

indépendamment de sa nature (arrêt 8C_373/2016 précité consid. 6.2). Ainsi, même si la recourante n'était pas au bénéfice d'un contrat de travail, il n'empêche que, durant la période en cause où elle a perçu des indemnités de chômage, elle touchait en parallèle pour son activité de sapeur-pompier volontaire une rémunération soumise à cotisations AVS, ainsi que le démontrent tant le certificat de salaire du 5 février 2017 afférent au deuxième semestre 2016 que les feuilles de solde individuelle relatives à toute la période concernée. Dans ces circonstances, la recourante ne pouvait taire l'existence de ces gains à la caisse, ou croire qu'elle était dispensée de le faire. En tout cas, elle devait en faire état, par exemple dans la rubrique « remarques » des formulaires IPA (ATAS/300/2016 du 18 avril 2016 consid. 8c).

Contrairement à ce que prétend la recourante, le fait que la solde de sapeurs-pompiers volontaires n'était considérée comme un revenu provenant d'une activité lucrative au sens du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS - RS 831.101) – art. 6 al. 2 let. a et 34d al. 4 RAVS – qu'à partir d'un certain seuil annuel n'est pas pertinent, pas plus que ne l'est le fait que la Commune de C_____ n'a pas rempli le formulaire « Attestation de l'employeur » ou qu'à l'époque la recourante ne possédait pas encore les feuilles de solde individuelle. En effet, on reproche uniquement à la recourante de ne pas avoir déclaré à la caisse son activité lucrative auprès de la Commune de C_____, peu importe à cet égard la nature rémunératrice de cette activité. Il appartient ensuite exclusivement à la caisse, une fois cette information révélée, d'instruire et de déterminer le montant à prendre en compte à titre de gain intermédiaire au sens de l'assurance-chômage.

Partant, la recourante ne s'est pas conformée à ce qui pouvait raisonnablement être exigé d'une personne capable de discernement dans une situation identique. Elle a donc commis une négligence grave au sens de la jurisprudence.

L'intimé était par conséquent fondé à nier sa bonne foi, et à ne pas examiner si la restitution des prestations perçues indûment pourrait la mettre dans une situation difficile, les deux conditions de la remise de l'obligation de restituer étant cumulatives.

10. Au vu de ce qui précède, l'audition de la conseillère en personnel, sollicitée par la recourante, est, par appréciation anticipée des preuves (ATF 122 II 464 consid. 4a), inutile, de sorte que la chambre de céans n'y donnera pas suite.

11. Aussi le recours ne peut-il être que rejeté.

La recourante, qui succombe, n'a pas droit à des dépens (art. 61 let. g LPGA a contrario).

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

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. 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
Nathalie LOCHER	Marine WYSSENBACH

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